



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Alessandro Lucciola Molon

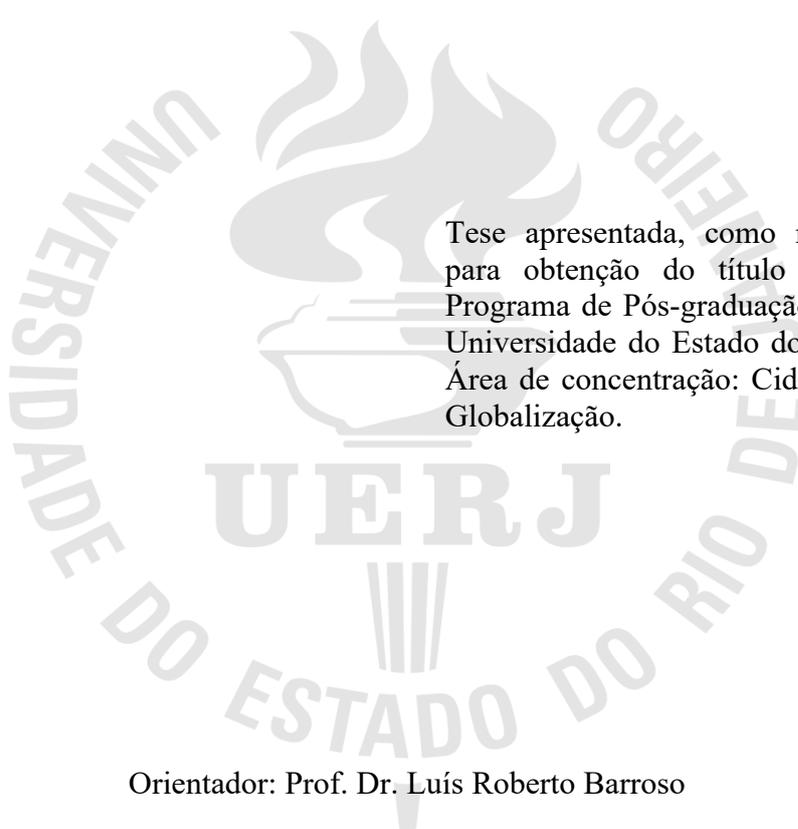
**Legitimidade constitucional procedimental: parâmetro para o controle
jurisdicional do processo legislativo**

Rio de Janeiro

2021

Alessandro Lucciola Molon

Legitimidade constitucional procedimental: parâmetro para o controle jurisdicional do processo legislativo



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M728 Molon, Alessandro Lucciola.
Legitimidade constitucional procedimental: parâmetro para o controle
jurisdicional do processo legislativo / Alessandro Lucciola Molon - 2021.

217 f.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

Poder legislativo - Teses. 2. Processo legislativo - Teses. 3. Brasil. Supremo
Tribunal Federal – Jurisprudência - Teses. 4. Legitimidade (Direito) – Teses
I. Barroso, Luís Roberto. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.52

Bibliotecária: Ana Clara Brandão / 6346

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Alessandro Lucciola Molon

Legitimidade constitucional procedimental: parâmetro para o controle jurisdicional do processo legislativo

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 24 de maio de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Daniel Sarmiento
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a. Ana Paula de Barcellos
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira
Fundação Getúlio Vargas

Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2021

NOTA PRÉVIA

As citações em língua estrangeira constantes do texto foram traduzidas livremente.

AGRADECIMENTOS

Defender esta tese e concluir este doutorado aumentou, em muito, a minha dívida de gratidão para com muitas pessoas. Em primeiro lugar, para com a banca examinadora, formada por nomes por quem tenho enorme admiração. A começar pelo Professor Luís Roberto Barroso, a quem sou imensamente grato, por ter me dado a honra e o privilégio de me orientar neste trabalho, e por ter acreditado que, apesar de minha vida agitada, conseguiria concluir o curso. Ao Professor e amigo Daniel Sarmiento, a quem também sou imensamente grato, pelas aulas, pelas ideias e sugestões para esta tese, pelo exemplo de cidadão e advogado que é, e pela amizade, um presente que a vida me deu. À Professora Ana Paula de Barcellos, ao Professor Oscar Vilhena e ao Professor Conrado Hubner, pelas arguições inteligentes, pelas ideias instigantes e pela honra de terem feito parte de minha banca examinadora.

Teria sido impossível chegar até aqui sem o amor e o apoio da minha família, a quem sou profunda e inteiramente grato. À minha mulher, Clarisse, por todo o apoio, incentivo, compreensão e ajuda, sempre! Além de tudo isso, por me cobrir nas tarefas familiares e caseiras tantas vezes, para que eu pudesse estudar e me dedicar à tese, em muitos e muitos finais de semana... Aos meus filhos, Mariana e Bernardo, que me enchem de orgulho e alegria, pelo apoio e pela compreensão por minhas ausências e por não estar disponível para eles quando era preciso estudar... À minha mãe, Marília, e ao meu pai, Nelson, já falecido, por toda a dedicação a mim, pelas oportunidades que me ofereceram com seu esforço e por todo o apoio para essa jornada. Ao meu irmão, Eduardo, a minhas cunhadas, Mônica e Joana, aos meus sobrinhos Pedro, Luanda, Enzo e Miguel e aos meus sogros, Marly e Carlos, por todo o apoio e incentivo também.

O Doutorado foi, para mim, uma experiência incrível. Aprendi muito, muito mesmo. Por isso, sou muito grato à UERJ, pela oportunidade que me ofereceu de aprender tanto, e especialmente aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito. Agradeço aos Professores Rodrigo Brandão e Bethania Assy, por todas as aulas e ensinamentos. Agradeço, também, muito especialmente aos Professores e amigos Ricardo Lodi, que honra toda a UERJ sendo seu reitor, Vânia Aieta e Fábio Zambitte, que muito me incentivaram e ajudaram. Sou também muito grato a um filho da UERJ, neste momento lecionando na UNICEUB, o Professor Eduardo Mendonça, cujo incentivo, apoio e sugestões para o projeto de tese foram decisivos para que eu decidisse ingressar no doutorado e conseguisse fazê-lo.

Devo um agradecimento muito especial a uma assessora que, para minha alegria, se tornou também uma amiga: Teresa Mello. Suas ideias, sugestões e preciosa ajuda foram fundamentais. Também agradeço por todos os livros generosamente emprestados.

Agradeço também à minha equipe, por sua dedicação, por seu trabalho e por seu compromisso com o Brasil. O sonho de um país melhor nos uniu e nos mantém na luta. Obrigado, também, pelas ideias que surgiram a partir de nosso trabalho coletivo.

Sou muito grato à PUC-Rio, universidade da qual tenho a honra de ser professor. Pelo incentivo de meu querido Professor e orientador de monografia, Adriano Pilatti, do Diretor do Departamento, Francisco de Guimarães, e do Reitor, Padre Josafá, o meu muito obrigado. Agradeço a eles também o presente de poder exercer o magistério, de ter podido conviver e aprender com meus alunos lá. Aos meus alunos da PUC-Rio e aos meus alunos da UERJ, do Estágio Docente, que têm me ensinado a ser professor, o meu muito obrigado.

Quero agradecer também aos meus amigos e amigas, que dividem comigo e com minha família nossas alegrias, esperanças, sonhos, assim como as dificuldades, lutas e tristezas. Muito obrigado aos amigos do Grupo Caminho, com quem partilho a fé cristã há muitos e muitos anos, e aos amigos do Grupo Emaús, que tanto têm me ensinado com seus exemplos e testemunhos cristãos. Muito obrigado também a Ricardo Brajterman, por sua amizade leal e vibrante, amigo de todas as horas. Muito obrigado a estes e a tantos amigas e amigos queridos, por tornarem minha vida mais feliz e mais leve.

Agradeço, ainda, a Thaís Estrella, Luana Aguiar, Juliana Ávila, Ketlyn Chaves e Joana Nabuco, que me emprestaram o seu talento auxiliando na pesquisa acadêmica e na revisão do texto final.

Por último, mas não menos importante, quero agradecer aos meus eleitores. A cada pessoa que já me honrou com seu voto, com sua confiança para representá-la. Foi também graças eles que cheguei aqui. Com esse doutorado, reafirmo meu compromisso com os valores que nos uniram e renovo minha aposta no Brasil, na nossa democracia, na nossa República, na nossa Constituição. Estamos num momento extremamente difícil da vida nacional e sei que temos um longo caminho pela frente. Mas o que estamos enfrentando vai passar e temos um mar de possibilidades pela frente. Amanhã há de ser outro dia!

DEDICATÓRIA

Para Clarisse, Mariana e Bernardo,
com toda a minha gratidão e todo o meu amor.

“A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático.

Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.”

Ministro Celso de Mello

RESUMO

MOLON, Alessandro Lucciola. *Legitimidade constitucional procedimental*: parâmetro para o controle jurisdicional do processo legislativo. 2021. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

O presente trabalho analisa pormenorizadamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre processo legislativo e, mais especificamente, a respeito da aplicação da doutrina das questões *interna corporis*, ainda majoritária no tribunal. A partir da análise do fundamento de tais julgados, o autor busca categorizar as violações procedimentais em três diferentes campos: (i) violações procedimentais a dispositivos regimentais (da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional); (ii) violações procedimentais a direitos e garantias individuais; (iii) violações procedimentais a preceitos constitucionais. A categorização tem por objetivo diferenciar as diversas hipóteses de violações procedimentais colocadas perante o STF, para refutar o entendimento de que qualquer questão regimental coincide com uma questão *interna corporis* que estaria imune ao controle judicial da Corte. O trabalho objetiva questionar a aplicação desse entendimento, defendendo o controle judicial de matéria regimental quando os dispositivos violados materializarem princípios e valores constitucionais. Dessa forma, questões hoje carimbadas como *interna corporis* pelo STF constituiriam, muitas vezes, verdadeiras *questões constitucionais interpostas*, que, nessa qualidade, atrairiam a jurisdição do STF. Para permitir a aplicação de tal entendimento, o trabalho apresenta a concepção contemporânea de separação de poderes, com a pretensão de afastar definitivamente o fundamento utilizado pelo STF para não conhecer de ações que questionam violações regimentais. Na maioria dos casos, ao invés de afrontar a separação de poderes, a atuação de um árbitro imparcial acaba por promovê-la e lhe conferir efetividade. Por fim, a presente tese propõe o conceito de “legitimidade constitucional procedimental” como parâmetro para o controle jurisdicional do processo legislativo. O exercício da jurisdição constitucional pelo STF no controle do processo legislativo deve buscar a dignidade do Parlamento e, em última análise, a efetividade dos princípios fundantes da atividade legislativa: república, democracia e estado de direito.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Processo Legislativo. Questões *interna corporis*. Separação de Poderes. Legitimidade Constitucional Procedimental.

ABSTRACT

MOLON, Alessandro Lucciola. *Procedural constitutional legitimacy: a standard for the judicial review of the legislative process*. 2021. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

This work analyzes in detail the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court (STF in Portuguese) on lawmaking and, more specifically, on the application of the doctrine of internal issues, still a majority in the Court. Based on the analysis of the grounds of such rulings, the author seeks to categorize procedural violations in three different fields: (i) procedural violations of the Legislative Branch bylaws (from the Chamber of Deputies, the Federal Senate, and the National Congress); (ii) procedural violations of individual rights and guarantees; (iii) procedural violations of constitutional precepts. The categorization aims to differentiate the cases of procedural violations brought before STF, to refute the understanding that any procedural violation coincides with an internal issue that would be immune to judicial review. The work aims to question the application of this understanding, defending the judicial review of legislative bylaws when its provisions materialize constitutional principles and values. Thus, issues now stamped as internal issues by STF are often true *constitutional issues interposed*, which, in this capacity, attract the jurisdiction of the Court. To allow such an understanding, the work presents the contemporary conception of separation of powers, intending to definitively depart from the basis used by the STF for not accepting to rule regimental violations. In most cases, instead of violating the separation of powers, the performance of an impartial arbitrator ends up promoting it and giving it effectiveness. Finally, this thesis proposes the concept of constitutional procedural legitimacy as a parameter for judicial review of the legislative process. The exercise of constitutional jurisdiction by the STF must seek the dignity of Parliament and, ultimately, the effectiveness of the founding principles of legislative activity: republic, democracy, and the rule of law.

Keywords: Legislative Branch. Due Process Lawmaking. Internal issues. Separation of Powers. Constitutional Procedural Legitimacy.

SOMMARIO

MOLON, Alessandro Lucciola. *Legittimità costituzionale procedurale*: parametro per il controllo giudiziario del processo legislativo. 2021. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

Il presente lavoro analizza in dettaglio la giurisprudenza della Corte suprema federale sul processo legislativo e, più specificamente, in merito all'applicazione della dottrina delle questioni interne, ancora a maggioranza nello STF. Sulla base dell'analisi dei motivi di tali sentenze, l'autore cerca di classificare le violazioni procedurali in tre diversi campi: (i) violazioni procedurali a disposizioni interne (dalla Camera dei Deputati, dal Senato federale e dal Congresso Nazionale); (ii) violazioni procedurali di diritti e garanzie individuali; (iii) violazioni procedurali di precetti costituzionali. La categorizzazione mira a differenziare le diverse ipotesi di violazioni procedurali presentate dinanzi alla Corte suprema federale, per confutare la comprensione che qualsiasi questione reggimentale coincida con una questione interna che sarebbe immune al controllo giudiziario da parte della Corte. Il lavoro mira a mettere in discussione l'applicazione di questa comprensione, difendendo il controllo giudiziario delle questioni reggimentali quando la disposizione reggimentale materializza un principio o valore costituzionale. Pertanto, le questioni ora contrassegnate come interne dalla Corte suprema federale sono spesso vere *questioni costituzionali interposte* che, in questa veste, attraggono la giurisdizione della Corte suprema. Per sostenere l'applicazione di questa comprensione, il lavoro presenta la concezione contemporanea della separazione dei poteri, con l'intenzione di discostarsi definitivamente dalle basi utilizzate dalla Corte suprema federale per non conoscere le azioni che mettono in discussione le violazioni dei reggimenti. Nella maggior parte dei casi, invece di affrontare la separazione dei poteri, le prestazioni di un arbitro imparziale finiscono per promuoverla e dargli efficacia. Infine, questa tesi propone il concetto di legittimità costituzionale procedurale come parametro per il controllo giurisdizionale del processo legislativo. L'esercizio della giurisdizione costituzionale da parte dello STF deve ricercare la dignità del Parlamento e, in definitiva, l'efficacia dei principi fondanti dell'attività legislativa: repubblica, democrazia e stato di diritto.

Parole-chiave: Potere Legislativo. Giusto iter legislativo. Questioni interne. Separazione dei poteri. Legittimità Costituzionale Procedurale.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|----------|---|
| ADCT | Ato das Disposições Constitucionais Transitórias |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| ALERJ | Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro |
| Art. | Artigo |
| CCJC | Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania |
| CD | Câmara dos Deputados |
| CDFMM | Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante |
| CF | Constituição Federal |
| COÉTICA | Conselho de Ética e Decoro |
| CN | Congresso Nacional |
| CNPL | Confederação Nacional das Profissões Liberais |
| CPI | Comissão Parlamentar de Inquérito |
| DPEN | Devido procedimento na elaboração normativa |
| EC | Emenda Constitucional |
| EMP | Emenda de Plenário |
| FMM | Fundo da Marinha Mercante |
| FUNAI | Fundação Nacional do Índio |
| Min. | Ministro |
| MP | Medida Provisória |
| MS | Mandado de Segurança |
| PAC | Programa de Aceleração do Crescimento |
| PEC | Proposta de Emenda à Constituição |
| PLV | Projeto de lei de conversão |
| PROIES | Programas de assistência a entidades de ensino superior |
| PROUCA | Programa Um Computador por Aluno |
| RECOMPE | Regime Especial de Aquisição de Computadores para Uso Educacional |
| REPENEC | Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera na regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste |
| RETAEROO | Regime Especial para a Indústria Aeronáutica Brasileira |
| TSE | Tribunal Superior Eleitoral |

| | |
|------|---|
| Red. | Redator |
| Rel. | Relator |
| RICD | Regimento Interno da Câmara dos Deputados |
| RC | Regimento Comum do Congresso Nacional |
| RISF | Regimento Interno do Senado Federal |
| SF | Senado Federal |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|------------|
| | INTRODUÇÃO..... | 15 |
| 1 | A DIGNIDADE DO PODER LEGISLATIVO E O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DE SEUS ATOS.. | 21 |
| 1.1 | Em que reside a dignidade do Poder Legislativo e de sua obra, a legislação?... | 21 |
| 1.2 | Qualquer decisão do Poder Legislativo é legítima?..... | 32 |
| 1.3 | O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo..... | 47 |
| 1.3.1 | <u>O constitucionalismo popular.....</u> | 48 |
| 1.3.2 | <u>O procedimentalismo.....</u> | 56 |
| 2 | O STF E O CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO..... | 68 |
| 2.1 | Violações procedimentais a regimentos das casas legislativas..... | 68 |
| 2.2 | Violações procedimentais a direitos e garantias individuais..... | 100 |
| 2.3 | Violações procedimentais a preceitos constitucionais..... | 106 |
| 2.3.1 | <u>Violações procedimentais a dispositivos constitucionais expressos.....</u> | 106 |
| 2.3.2 | <u>Violações procedimentais a princípios e valores constitucionais.....</u> | 122 |
| 3 | SEPARAÇÃO DE PODERES: OBSTÁCULO PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO..... | 139 |
| 3.1 | Surgimento da doutrina da separação de poderes..... | 139 |
| 3.2 | Separação de poderes para quê?..... | 150 |
| 3.3 | Separação de poderes: doutrina ou princípio constitucional?..... | 164 |
| 4 | LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PROCEDIMENTAL..... | 174 |
| 4.1 | O processo legislativo no ordenamento jurídico brasileiro..... | 174 |
| 4.2 | Fundamentos para o controle jurisdicional do processo legislativo..... | 178 |
| 4.3 | Legitimidade constitucional procedimental: parâmetro para o controle jurisdicional do processo legislativo..... | 187 |
| 4.3.1 | <u>Princípio Republicano.....</u> | 191 |
| 4.3.2 | <u>Princípio Democrático.....</u> | 195 |
| 4.3.3 | <u>Estado de Direito.....</u> | 198 |
| 4.4 | A que servirá o controle da legitimidade constitucional procedimental? | 200 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 4.5 | A necessária mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em defesa do controle jurisdicional da legitimidade constitucional procedimental..... | 204 |
| | CONCLUSÃO..... | 206 |
| | REFERÊNCIAS..... | 210 |

INTRODUÇÃO

Ao longo de minha formação intelectual e profissional, me deparei, por diversas vezes, com uma dúvida que sempre me intrigou: por que nós, brasileiros, nos tornamos quem nos tornamos, como povo, como nação? Acredito que essa questão sobre nossa formação, sobre o que nos trouxe até aqui, provoque, em alguma medida, a curiosidade de muitos de nós. Por que nosso país, com tantas potencialidades, com tantas riquezas, ainda está tão longe de ser o que sonhamos? Por que com um território continental, com um subsolo riquíssimo, com uma costa gigantesca, com um quarto da biodiversidade do planeta, com o maior potencial hídrico do mundo, com um clima que nos permite plantar e colher o ano todo, com um povo inteligente e não excessivamente numeroso para nosso território, não conseguimos fazer deste lugar o melhor do mundo para se viver? Por que parecemos patinar nas mesmas dificuldades, sem conseguir avançar como gostaríamos?

Naturalmente não há uma resposta única para essas dúvidas. Para não cairmos no equívoco de tentar encontrar uma chave que dê conta de todos os fatores desse enigma, é preciso lembrar de que, para todo problema complexo, existe sempre uma solução simples e errada. Com absoluta certeza, há fatores históricos, culturais, socioeconômicos, políticos, entre outros, que contribuíram para nossa situação. Para desatarmos os nós que nos amarram e impedem de avançarmos rumo a uma sociedade mais livre, justa e solidária; que promova o bem de todos; que faça do Brasil um país desenvolvido em todos os sentidos; e erradique a pobreza (art. 3º CF); é fundamental nos perguntarmos, todos, o que podemos fazer em nosso meio, naquilo que está ao nosso alcance, para que isso aconteça. Para que o futuro do “país do futuro” um dia chegue.

A preocupação em fazer com que o Parlamento funcionasse melhor de forma a contribuir para que o país avançasse nessa direção esbarrou num problema com que me deparei na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), onde exerci dois mandatos de deputado estadual (2003-2011). Por diversas vezes, presenciei e experimentei violações de direitos das minorias pelas majorias parlamentares naquela Casa Legislativa. Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) que o presidente da ALERJ se recusava a instalar, atropelos regimentais em votações em comissões e no plenário, irregularidades na tramitação de matérias, enfim, transgressões de toda ordem ao devido processo legislativo. Considerando a importância da contribuição que o Poder Legislativo pode dar para o desenvolvimento do país, seu mal funcionamento tende a impedi-lo de oferecer o que dele se espera, ou até a oferecer o que dele

não se espera – decisões tomadas em detrimento do interesse público para atender a interesses particulares escusos, por exemplo. Recorri ao Poder Judiciário estadual contra a violação mais explícita que sofri, ao tentar ver instalada uma comissão parlamentar de inquérito (CPI) para cujo requerimento consegui recolher mais assinaturas do que as necessárias, mas não obtive sucesso.

Na Câmara dos Deputados (CD), onde desde 2011 exerço mandato de deputado federal, pude testemunhar outros tantos abusos perpetrados pelas maiorias parlamentares e presidências em detrimento dos direitos das minorias e dos cidadãos. Especialmente no segundo mandato que ali exerci (2015-2019), vi de perto o desrespeito a regras regimentais e a prerrogativas de parlamentares. Sempre me chamaram a atenção não apenas as violações em si, mas sobretudo as razões que as motivavam, o que estava por trás dos atropelos e, especialmente, os prejuízos para o país decorrentes de tais práticas. Diante disso, retornava sempre à pergunta que não queria calar: o que fazer, diante de um presidente da Casa Legislativa disposto a descumprir regras para produzir um resultado previamente decidido, com o apoio de uma maioria consolidada? Como poderia a minoria reagir?

Antes dessa legislatura, porém, um fato capturou meu interesse para a forma como o Supremo Tribunal Federal (STF) lidava com transgressões ao devido processo legislativo. Foi o julgamento do Mandado de Segurança nº 31.816/DF, que impetrei no ano de 2012 contra a manobra realizada pelo então presidente do Congresso Nacional para pautar, fora de ordem, o veto presidencial à Lei dos Royalties do Petróleo (Lei nº 2.565/2011), violando o disposto no artigo (art.) 66, parágrafo 6º, da Constituição Federal (CF). O relator sorteado, Ministro Luiz Fux, concedeu a liminar requerida, impedindo, por cerca de três meses, o presidente do Congresso de fazer o que desejava. No entanto, em um julgamento que dividiu o Pleno do Tribunal, apesar de o argumento constitucional articulado no Mandado de Segurança ter sido considerado procedente, passando a ser exigida a observância do Art. 66, parágrafo 6º, da CF dali em diante – sem que isso alcançasse o estoque de vetos cujo prazo de análise estava expirado –, a liminar foi cassada. E, pior, um dos temas de fundo não foi enfrentado: pode o Parlamento atropelar suas próprias regras, estabelecidas em seus regimentos internos, a seu bel prazer, sem que o Supremo Tribunal Federal nada possa fazer? Cabe ao Supremo Tribunal Federal controlar a observância pelo Congresso Nacional de suas regras regimentais, por serem regras jurídicas, ou trata-se de um problema que só diz respeito ao Poder Legislativo e aos seus membros? Naquele julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, atendendo à sugestão do Ministro (Min.) Teori Zavascki, decidiu não travar esse debate, postergando-o, sem que até hoje o tenha enfrentado.

Mesmo assim, nos votos dos ministros, um conceito foi, por diversas vezes articulado nas manifestações: o conceito de “questões *interna corporis*”. Essa foi a base da argumentação dos ministros que se opuseram a que o Supremo Tribunal Federal controlasse as violações de regras regimentais pelo presidente do Congresso Nacional naquele episódio. Como veremos abaixo, esse fundamento é recorrentemente usado nos julgados para evitar o controle, por parte do Supremo Tribunal Federal, do respeito às regras regimentais no processo legislativo. Por considerarem que eventuais transgressões são insindicáveis pelo Poder Judiciário, situando-as dentro de um círculo de imunidade do Poder Legislativo em que o Tribunal não poderia penetrar, os ministros que adotam essa linha se recusam a conhecer das ações que as atacam. Isso a menos que algum dispositivo constitucional expreso tenha sido, simultaneamente, aviltado – e em geral apenas por essa causa, e quanto a ela, aceitam fazê-lo. Trata-se de assentada jurisprudência da Corte, que no julgamento daquele Mandado de Segurança, se reafirmava, resistindo-se ao insistente apelo do Ministro Luiz Fux para que fosse revisitada, por ultrapassada.

Foi então que decidi estudar o tema. Não me parecia – e continua a não me parecer – razoável que uma Casa de leis simplesmente decida descumprir suas próprias regras e nada nem ninguém possa impedi-la, ao menos em tese, mesmo se tal conduta puder provocar graves prejuízos para a nação, sob vários aspectos. Pareceu-me necessário, então, ir à raiz do problema: entender em que se apoiava tal conceito. A pesquisa me levou à separação de poderes, normalmente apresentada nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal como fundamento desse suposto impedimento para o controle jurisdicional de violações de regras regimentais no processo legislativo. Para avaliar se fazia sentido a relação de causa e efeito entre separação de poderes e insindicabilidade judicial de transgressões regimentais pelo Parlamento, contei com a preciosa ajuda de autores que fizeram uma espécie de arqueologia da ideia de separação de poderes ou analisaram qual papel ela desempenha em nosso ordenamento jurídico. O estudo mostrou que, para que possa ser usada como motivo da insindicabilidade de violações regimentais, escamoteia-se uma dimensão da separação de poderes extremamente importante em nosso projeto constitucional, no qual foi elevada à categoria de princípio: os mecanismos de freios e contrapesos que nossa Constituição deliberadamente estabelece, para que o poder freie o poder. Portanto, é preciso retomar o significado que o princípio da separação de poderes adquire a partir de nossa Lei Maior, para permitir que esse significado oriente a jurisprudência, em vez de apenas um determinado aspecto da doutrina da separação de poderes.

A pergunta que me guiou por todo esse percurso e que procuro responder com esta tese é: o que pode fazer o Poder Judiciário quando o Parlamento, ao praticar seus atos, descumpre

as regras que deveria observar em tais procedimentos? Em outras palavras, como pode o Supremo Tribunal Federal exercer o controle jurisdicional do processo legislativo de forma a assegurar que esse processo seja legítimo à luz da Constituição?

Via de regra, a resposta de nossa Suprema Corte a essas perguntas tem sido de que só lhe cabe fazer algo quando algum dispositivo constitucional expresso tiver sido violado no procedimento atacado. Não se verificando tal fato, nada há que fazer, ainda que a afronta às regras regimentais seja aviltante. Essa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem funcionado, lamentavelmente, como um incentivo para que os presidentes das casas legislativas e as maiorias parlamentares manipulem os procedimentos legislativos livremente, contando com a certeza da impunidade – ou, mais precisamente, da insindicabilidade de seus atos. Não parece ser o melhor caminho para uma democracia, menos ainda para uma que ainda tem tanto por avançar.

Meu objetivo, com esta tese, é mostrar que essa jurisprudência precisa ser, o quanto antes, mudada, e como pode e deve sê-lo. Para isso, vou apresentar uma proposta de parâmetro de controle jurisdicional do processo legislativo, o da legitimidade constitucional procedimental. Vou defender que esse seja o critério para que o Supremo Tribunal Federal decida quando deve e quando não deve controlar o processo legislativo e eventuais violações de regras regimentais: quando tais regras regimentais materializarem um princípio ou valor constitucional, justifica-se a intervenção judicial; quando não for o caso, não deve o Tribunal intervir. Evita-se, assim, tanto o risco da indesejada omissão quanto o da excessiva intromissão, que traria consigo o perigo de se sobrecarregar, ainda mais, a já repleta pauta de nossa Suprema Corte.

Se tal mudança jurisprudencial ocorrer, em muito nosso país tem a se beneficiar. Primeiro, porque uma Casa que faz leis precisa levar suas regras a sério, por uma questão de coerência. Isso é o mínimo que se espera, ao menos para dar o exemplo de como devem os legisladores se comportar onde vigora o governo das leis, não dos donos do poder de plantão. Segundo, porque um controle mais rigoroso pelo Judiciário do processo legislativo pode servir a que melhores decisões sejam tomadas pelo próprio Parlamento, promovendo e protegendo os direitos fundamentais de nosso povo e assegurando uma melhor gestão da coisa pública. Afinal, as regras estabelecidas para a tomada de decisões políticas no Congresso o foram pelo fato de se supor que elas ajudariam na qualidade das decisões que se tomariam mediante a sua observância. Terceiro, porque o jogo democrático dentro do Parlamento funcionará melhor, com a garantia de que os direitos das minorias parlamentares serão respeitados, e isso contribui para o amadurecimento de nossa democracia como um todo, uma tarefa ainda inconclusa.

Para tentar provar que esse é o caminho, nosso percurso atravessará quatro capítulos. No capítulo I, a partir dos escritos de Jeremy Waldron, abordo a dignidade do Parlamento e de sua obra, a legislação, assim como a relevância desse Poder e a força derivada de sua representatividade. Para revigorar nossa democracia, é fundamental recuperar o valor do Parlamento. O caminho para isso passa pelo aprimoramento de sua contribuição para o país e, portanto, pela qualificação de seus procedimentos, que precisam inspirar confiança nos representados. Porém, não raro temos visto o oposto: decisões equivocadas e processos ruins. Por vezes, o resultado do que se decidiu não se coaduna com nossa Constituição. Em outras, a forma pela qual se chegou a tal decisão não foi válida – o caminho foi tortuoso, as práticas foram viciadas. Daí a importância do controle jurisdicional de constitucionalidade, que também se estuda no primeiro capítulo.

Apesar de sua indiscutível contribuição para o avanço das nações que o experimentam, o controle jurisdicional de constitucionalidade suscita um debate quanto à sua própria legitimidade: como podem juízes não eleitos desfazer decisões tomadas por eleitos, cuja autoridade deriva diretamente do batismo do voto popular? É o que a doutrina se acostumou a chamar de dificuldade contramajoritária. Para refletir sobre essa questão, recorreremos à contribuição de duas correntes teóricas que enfrentam o tema, o constitucionalismo popular e o procedimentalismo, adotando os subsídios dessa última para nossa argumentação. Algumas ideias de autores como John Hart Ely, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino são apresentadas e debatidas com o propósito de nos ajudar na reflexão sobre por que e como o Poder Judiciário deve controlar o processo legislativo. Como nessa tese, pelo recorte de seu objeto, não era o caso de se estudar o controle substantivo de constitucionalidade, não tratei da terceira corrente que enfrenta o tema da dificuldade contramajoritária, o neoconstitucionalismo.

No capítulo II, analiso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle jurisdicional do processo legislativo. Dividi os julgados estudados em casos em que há violações procedimentais a dispositivos regimentais da Câmara, do Senado e do Congresso; casos que envolvem violações a direitos e garantias individuais; casos que dizem respeito a violações a dispositivos constitucionais expressos; e casos que contêm violações a princípios e valores constitucionais. Avalio, ao longo do capítulo, as decisões tomadas bem como os argumentos manejados nos julgamentos e apresento a minha visão sobre a correção ou não da decisão da Corte.

No capítulo III, apresento uma espécie de arqueologia da ideia de separação de poderes, a partir dos estudos de Nuno Piçarra. Revisito suas origens, refaço alguns de seus caminhos e procuro mostrar que uma dimensão fundamental do princípio da separação de poderes entre

nós, a do estabelecimento de mecanismos de freios e contrapesos, não é de menor importância. Ainda assim, tem sido menosprezada pela jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal quanto às questões *interna corporis*. A limitação do poder pelo poder está no centro desse princípio e não deve ser relegada. Por fim, destaco que a separação de poderes deve ser lida e interpretada pela jurisprudência como um princípio, não como uma doutrina. Isso é, deve ser interpretada a partir da Constituição, da conformação que lhe dá a nossa Constituição, e não como algo pré-existente à Constituição, sobre a qual pairaria e cujos contornos definiria.

No capítulo IV, apresento o parâmetro que defendo que deva orientar a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle jurisdicional do processo legislativo, que venha, espero, a substituir a atual. Trata-se da legitimidade constitucional procedimental, isso é, da verificação da observância ao menos das regras regimentais que materializam princípios e valores constitucionais. Para tanto, mostro que a maioria das regras de processo legislativo se encontra nos regimentos e, portanto, é do respeito aos regimentos que dependem muitos direitos das minorias parlamentares. Em seguida, apresento os fundamentos que justificam o controle jurisdicional do processo legislativo. Passo, após, à apresentação do conceito de legitimidade constitucional procedimental e exemplifico como se daria a sua aplicação no caso de violação de três princípios constitucionais: o princípio republicano, o princípio democrático e o Estado de Direito. Na sequência, aponto quais serão os benefícios dessa mudança jurisprudencial, em especial a tomada de melhores decisões pelo Congresso Nacional – frutos de melhores processos – e o amadurecimento e fortalecimento de nossa democracia, que se beneficiará do respeito às regras do jogo democrático **dentro** das casas legislativas. Concluo o capítulo reforçando o apelo para que nossa mais elevada Corte tenha a coragem de mudar a sua forma de tratar as violações de normas regimentais pelo Congresso Nacional. Diversas outras cortes constitucionais no mundo já deram esse passo, como se mostra nesse capítulo, e a experiência de outros países, como Israel, Espanha e Colômbia, prova que só temos a ganhar com essa virada. Ela servirá como incentivo para que as casas legislativas levem suas regras a sério e, também, para reduzir a necessidade de controle substantivo do que o Parlamento brasileiro tem produzido. Quanto melhor for o controle do processo legislativo, menor será a necessidade de controlar seus resultados. Já é hora de nossa Suprema Corte dar esse passo. Nossa democracia só tem a ganhar.

1. A DIGNIDADE DO PODER LEGISLATIVO E O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DE SEUS ATOS

1.1 Em que reside a dignidade do Poder Legislativo e de sua obra, a legislação?

Em pesquisas de opinião pública realizadas nos últimos anos no Brasil, quando se pergunta quais instituições brasileiras são mais confiáveis, em regra o Congresso Nacional ocupa uma das últimas posições. Não fosse isso suficientemente preocupante, em um momento em que as sombras do autoritarismo voltam a ameaçar nossa nação – como algumas outras nações –, ainda abaixo do Congresso nesses *rankings* costumam figurar os partidos políticos, instituições essenciais para o funcionamento do Congresso e da própria democracia.¹ Quais as raízes dessa desconfiança em relação ao Poder Legislativo?

Tendo acompanhado os acontecimentos da vida política brasileira nas últimas décadas, um observador atento certamente apontaria que as causas dessa desconfiança em relação ao Parlamento seriam os maus exemplos, os escândalos de corrupção que ocuparam as capas e manchetes dos jornais envolvendo políticos. Outro interlocutor talvez dissesse que a imagem do parlamentar como alguém cercado de regalias e mordomias, distante das dificuldades da vida de uma pessoa comum, justificaria essas reticências em relação à credibilidade dos legisladores. Um terceiro debatedor, com uma visão mais simpática ao Parlamento, talvez ponderasse que, sendo um Poder mais aberto e transparente, está mais sujeito a críticas por seus erros – ao ficar mais exposto, seus problemas aparecem mais claramente, o que contribui para uma imagem mais negativa.

¹ Em pesquisas de opinião divulgadas sobre o tema em 2019, o Congresso Nacional aparece em penúltimo lugar, e os partidos políticos em último lugar entre as instituições pesquisadas. Segundo o Instituto Datafolha, cuja pesquisa foi divulgada em 15/04/2019, o Congresso Nacional é tido como muito confiável por 8%, como um pouco confiável por 49% e para 41% é nada confiável; nos partidos políticos, 5% confiam muito, 39% confiam um pouco, e 54% não confiam (INSTITUTO DATAFOLHA. *Grau de confiança nas instituições*. [S.l.: s.n]. 15 abr. 2019. Disponível em:

<<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/04/15/e4dfasfas453434vfa423vavsxfd429b35922gci.pdf>>.

Acesso em: 01 abr. 2021). Segundo o IBOPE, cuja pesquisa sobre o tema foi divulgada em 07/08/2019, em seu Índice de Confiança Social (ICS) – que vai de 0 a 100, o Congresso Nacional recebeu o índice 34, e os partidos políticos, o índice 27. Em ambas as pesquisas, ressalte-se, o Congresso Nacional e os partidos políticos ocupam a penúltima e a última posição, respectivamente (INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. *Índice de Confiança Social*. [S.l.: s.n]. 07 ago. 2019).

No entanto, essa visão negativa do Parlamento não existe apenas no Brasil, e tampouco é algo recente. Em seu clássico livro *A dignidade da legislação*², Jeremy Waldron procura analisar as raízes do desprestígio do Parlamento e da legislação como fonte de Direito. Waldron é, reconhecidamente, um dos representantes do constitucionalismo popular³, concepção que sustenta a ilegitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, o que vai de encontro ao que nesta tese se procurará sustentar, especificamente no que diz respeito ao controle jurisdicional do processo legislativo. No entanto, mesmo sabendo disso, considero válida a contribuição do autor sobre um dos pontos que tratamos neste capítulo: a dignidade do Parlamento e de sua obra, a legislação. Procurarei defender que não há contradição entre a defesa da dignidade do Parlamento e o controle jurisdicional do processo legislativo; ao contrário, a meu ver este, se bem manejado, pode ser um fator de extrema relevância para resguardar aquela.

Para proceder a tal análise, Waldron mergulha na história e aponta que se trata de algo antigo. É o que mostra a observação de Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, o Marquês de Condorcet, filósofo iluminista que chegou a ser eleito deputado à Assembleia Nacional, tendo tido atuação destacada nas hostes girondinas da Revolução Francesa:

Uma assembleia muito numerosa não pode ser composta de homens muito esclarecidos; é até mesmo provável que os que compõem essa assembleia, em muitas questões, **combinarão grande ignorância com muitos preconceitos**. Haverá portanto um grande número de questões nas quais a probabilidade de verdade no voto de cada Votante estará abaixo de $\frac{1}{2}$; então, quanto mais numerosa a assembleia, mais ela estará exposta ao risco de tomar decisões erradas.⁴ (grifo meu, tradução minha)

Lendo essa citação de Condorcet, talvez se dissesse que o autor não questiona o Parlamento em si, mas um Parlamento muito numeroso, já que é a isso, indiretamente, que ele atribui a maior probabilidade de que sejam tomadas decisões erradas. O grande número de membros em uma assembleia representativa, aliás, também era motivo de preocupação para James Madison:

² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86.

⁴ CARITAT, Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat (Marquis de Condorcet). *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*. Paris: L'Imprimerie Royale, 1785 p. xxiv. O texto em língua estrangeira é: "Une assemblée très-nombreuse ne peut pas être composée d'hommes très-éclairés; il est même vraisemblable que ceux qui la forment joindront sur bien des objets beaucoup d'ignorance à beaucoup de préjugés. Il y aura donc un grand nombre de questions sur lesquelles la probabilité de la vérité de la voix de chaque Votant sera au-dessous de $\frac{1}{2}$; plus l'assemblée sera nombreuse, plus elle sera exposée à rendre des décisions fausses".

[...] quanto maior se tornar o número de pessoas em uma assembleia representativa, mais ela partilhará as deficiências que incidem sobre os encontros coletivos das pessoas. **A ignorância será vítima da astúcia, e a paixão, escrava do sofisma e da declamação.** O povo nunca consegue errar mais do que quando supõe que a multiplicação dos seus representantes além de certo limite fortalece a barreira contra o governo de poucos. A experiência sempre o advertirá que, pelo contrário, após assegurar certo número com o propósito de segurança, de informação local e de solidariedade difusiva com a sociedade inteira, ele irá opor-se às suas próprias visões a cada acréscimo em seus representantes. A fisionomia do governo pode tornar-se mais democrática, mas a alma que o anima será oligárquica.⁵ (grifo meu, tradução minha)

Não é apenas a preocupação com o número dos membros da assembleia que as observações de Condorcet e Madison têm em comum, mas também a ideia de que a falta de preparo e ignorância de parte dos membros será uma fraqueza que levará a escolhas erradas, tanto mais quanto maior for a assembleia. Ao lado desses, outros autores posteriormente manifestaram preocupações com a coerência das decisões de uma assembleia numerosa, como John Stuart Mill⁶, revelando também uma apreensão com a dificuldade de se coordenarem grupos heterogêneos. Portanto, o elevado número de membros e sua heterogeneidade eram vistos, por esses autores, como motivos de preocupação, e não como vantagens desse tipo de assembleia.

Waldron, por outro lado, levanta três razões que poderiam ajudar a explicar a visão depreciativa que se tem do Parlamento e de suas decisões na Inglaterra. A primeira diria respeito à relação entre instituições e criação de direitos. Enquanto tanto o Legislativo quanto o Judiciário acabam, muitas vezes, criando direitos, o Parlamento o faz de forma clara, assumida; já as cortes tendem a apresentar os novos direitos criados como se tivessem sido descobertos, revelados, e não criados, o que reduziria seu desgaste perante os insatisfeitos. A segunda razão residiria na forma pela qual se costuma descrever o processo legislativo *versus* a forma pela

⁵ MADISON, James. *The Federalist Papers No. 58: Objection That The Number of Members Will Not Be Augmented as the Progress of Population Demands Considered*. 1788. O texto em língua estrangeira é: “[...]the more multitudinous a representative assembly may be rendered, the more it will partake of the infirmities incident to collective meetings of the people. Ignorance will be the dupe of cunning, and passion the slave of sophistry and declamation. The people can never err more than in supposing that by multiplying their representatives beyond a certain limit, they strengthen the barrier against the government of a few. Experience will forever admonish them that, on the contrary, after securing a sufficient number for the purposes of safety, of local information, and of diffusive sympathy with the whole society, they will counteract their own views by every addition to their representatives. The countenance of the government may become more democratic, but the soul that animates it will be more oligarchic”.

⁶ “A incongruência de tal modo de legislar atingiria todas as mentes, não fosse que nossas leis já sejam, quanto à forma e construção, tal caos, que a confusão e a contradição parecem incapazes de ser aumentadas por qualquer adição à massa” (tradução minha) – MILL, John Stuart. *Considerations on Representative Government*. Edição Kindle. New York: Harper & Brothers, 1862, p. 109. O texto no original é: “The incongruity of such a mode of legislating would strike all minds, were it not that our laws are already, as to form and construction, such a chaos, that the confusion and contradiction seem incapable of being made greater by any addition to the mass”.

qual se descrevem os julgamentos. A visão que se tem do processo legislativo é de um processo repleto de problemas e vícios, a tal ponto que é melhor não conhecê-lo, segundo o aforismo de John Godfrey Saxe, equivocadamente atribuído a Otto von Bismarck: “leis, como salsichas, deixam de inspirar respeito em proporção a quanto sabemos como elas são feitas”. Já a visão predominante dos julgamentos corresponde a uma visão idealizada, não condizente com a realidade, segundo Waldron. Por último, uma terceira razão fundamentaria essa imagem negativa do Parlamento e da legislação: a ideia de que o direito consuetudinário, forjado pela comunidade nas vivências do dia a dia, seria mais legítimo do que o direito legislado, fruto da cabeça dos legisladores.

Contra a posição daqueles autores e essa visão desmerecedora do processo legislativo, Waldron recorre à tradição filosófica para mostrar que, por outro lado, grandes pensadores reconheceram e apontaram razões para valorizar corpos legislativos e as leis que produzem. O primeiro exemplo é John Locke, filósofo inglês do século XVII, cujo pensamento contribuiu para a derrubada do absolutismo na Inglaterra. Em uma de suas obras mais conhecidas, *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, Locke refere-se ao Poder Legislativo com grande deferência:

Sendo a sociedade civil definida como um estado de paz, **onde os associados excluam o estado de guerra, confiando o papel de árbitro ao poder legislativo**, para que este ponha fim a todas as diferenças que podem surgir entre eles, é no legislativo que os membros de uma comunidade civil estão unidos e combinados em conjunto para formar um único organismo vivo e homogêneo. **Esta é a alma que dá à comunidade civil sua forma, sua vida e sua unidade**. Daí procedem a influência, a simpatia e a conexão mútua entre seus vários membros.⁷ (grifo meu)

Não é menor o papel que Locke reserva ao Parlamento: “**alma** que dá à comunidade civil sua forma, sua vida e sua unidade” (grifo meu), árbitro de diferenças sem o qual essas poderiam levar a sociedade à guerra. Mas quais seriam as raízes históricas dessa possibilidade de caracterização do Legislativo como alma que dá forma, vida e unidade a uma comunidade? Para encontrar resposta para essa pergunta, é necessário revisitar, rapidamente, a história desse Poder.

As origens do Parlamento remontam à Idade Média, embora alguns possam pensar que se trata de instituição que passa a existir apenas a partir da Idade Contemporânea, cujo início é marcado pela Revolução Francesa. O regime feudal, com sua característica descentralização do poder, fez surgir a necessidade de um elemento unificador, e esse papel foi desempenhado pelo Parlamento, ainda que tivesse outro nome, como “Estados Gerais”, “Cortes” ou “Estamentos”:

⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 214.

Na verdade, é a estrutura caracteristicamente policêntrica do Estado medieval que cria os pressupostos para o nascimento das instituições parlamentares. A descentralização da autoridade, que é resultado da organização feudal, faz surgir a necessidade de uma ação compensatória de um elemento unificador. Quem desempenha inicialmente essa função é o próprio *entourage* do soberano, isto é, aquela assembleia bastante restrita de feudatários leigos e eclesiásticos que toma umas vezes o nome de *curia* e outras o de *consilium regis*. É deste núcleo que nasceram, muito provavelmente, mediante progressivos alargamentos, os Parlamentos medievais. Uma etapa fundamental deste processo é assinalada pela intervenção, primeiro irregular e de peso incerto, depois de frequência mais regular e eficácia maior, nas reuniões destes organismos, de delegados de centros urbanos, que vão adquirindo uma crescente importância econômica e social. A instituição ampliada perde o caráter de órgão estritamente ligado ao soberano com funções de assistência e conselho; em tais funções, cede pouco a pouco o seu lugar a organismos de caráter profissional [...] e mais especializados que vão nascendo. O *Magnum Consilium* se transforma em *Parlamentum*, saindo desta transformação com uma posição de maior autonomia em face do poder régio. Relacionados com esta nova posição, se desenvolvem os poderes moderador e de controle. Este processo genético se verifica, mais ou menos, em todos os países da Europa, entre os séculos XII e XIV; as vicissitudes sucessivas dos Parlamentos serão as mais diversas.⁸

Portanto, num momento em que o poder régio ainda não contava com instrumentos administrativos próprios, o rei chama à participação outros atores politicamente importantes do país para ajudá-lo. Além disso, não tendo o rei ainda força simbólica suficiente para representar unificando, em torno de si, as diversas regiões e grupos sociais do país, foi o Parlamento que serviu como elemento de unificação – ali estariam representados os senhores feudais das diversas regiões do Estado, funcionando como uma espécie de espelho dos detentores de poder. A frase de Locke, que atribui ao Parlamento o papel de alma que dá unidade à comunidade, encontraria aí seus fundamentos.

Cabe, aqui, uma breve digressão. De fato, se analisados os Poderes do Estado sob o ponto de vista de sua representatividade, nenhum vai tão longe quanto o Poder Legislativo. No Brasil de nossos dias, por exemplo, muitas – para não dizer quase todas – correntes ideológicas ali conquistam assento, em especial graças ao fato de ter o Brasil optado pelo sistema proporcional de votação para composição da Câmara dos Deputados, a Casa de representação do povo brasileiro.⁹ Esse sistema, como se sabe, tem vantagens e desvantagens; entre aquelas, devemos citar que facilita a representação de um maior número de correntes ideológicas e de minorias, pela possibilidade de serem somados os votos de diferentes candidatas e candidatos de um mesmo partido e, com isso, alcançar-se a representação mesmo sem se ter o apoio de

⁸ COTTA, Maurizio. Parlamento. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política: Vol. I*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 878.

⁹ NICOLAU, Jairo. *Sistemas Eleitorais*. São Paulo: FGV Editora, 2004.

uma maioria em determinado distrito. Os votos da quase totalidade dos eleitores – algo em torno de a 95%¹⁰ – transformam-se na eleição de um representante, sendo poucos, relativamente, os votos que são “desperdiçados”. Em relação ao Poder Executivo, cujo titular também é escolhido pelo voto, a realidade é bem diferente: é raro o governante eleito com mais de 60% dos votos válidos.¹¹

Além disso, cumpre destacar dois outros aspectos sobre a representatividade do Parlamento no Brasil. O primeiro, diz respeito a quem constitui, por meio de seu voto, o Poder Legislativo – e, portanto, a quem ele representa. Mais do que nunca, esses cerca de 95% de votos válidos aproveitados para eleger algum representante no Congresso Nacional vêm da mais ampla parcela de nosso povo. Depois de um lento processo de inclusão no eleitorado, pode-se dizer que o Parlamento, hoje, é eleito pelo povo brasileiro. As mulheres, que conquistaram o direito de voto em 1932¹², hoje constituem a maioria dos eleitores. Desde 1985, os analfabetos votam, fazendo com que os cerca de onze milhões de brasileiros hoje nessa situação também possam escolher seus representantes no Poder Legislativo.

O segundo aspecto relaciona-se a quem compõe o Parlamento, na qualidade de eleito. Nesse campo, graças a uma série de fatores, dentre os quais as distorções causadas por nossas regras eleitorais, o Poder Legislativo brasileiro ainda precisa avançar muito em termos de representatividade. As mulheres são menos de 15% dos parlamentares federais, menos da metade da média das Américas (31,3%) e da Europa (pouco menos de 30%)¹³, embora sejam maioria na população brasileira. O mesmo ocorre com parlamentares negros: são apenas 17,8% do Congresso Nacional, embora também sejam majoritários em nosso povo.¹⁴ Tais dados demonstram que as recentes decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal no sentido de garantir um mínimo de proporcionalidade na distribuição de

¹⁰ Nas eleições de 2014, por exemplo, 97% dos votos válidos no Brasil contribuíram para a eleição de um deputado. NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem?*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

¹¹ Desde a redemocratização, o maior percentual alcançado por um presidente eleito o foi por Luís Inácio Lula da Silva, em 2002, que recebeu 61,27% dos votos válidos no segundo turno daquela eleição.

¹² “Com a nova Constituição, em 1946, implantou-se uma democracia representativa limitada, que deu representação a novos setores da sociedade, principalmente assalariados civis formais alfabetizados. O direito de voto às mulheres havia sido autorizado em fevereiro de 1932, fazendo do Brasil um os países na vanguarda da adoção do sufrágio feminino. O eleitorado, que representava 7% da população em 1934, passou a 16% em 1945 e 22% em 1950. Uma expansão significativa que, todavia, deixava a esmagadora maioria do povo fora do processo eleitoral.” – ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 39-40.

¹³ MULHERES ocupam 25% das vagas em parlamentos no mundo, aponta estudo. *GI*, [S.l.], 06 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/06/mulheres-ocupam-25-das-vagas-em-parlamentos-no-mundo-aponta-estudo.ghtml>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

¹⁴ NO CONGRESSO, só 17,8% dos parlamentares são negros. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 nov. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/no-congresso-so-178-dos-parlamentares-sao-negros-24091102>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

tempo de propaganda eleitoral gratuita de rádio e TV e recursos do fundo eleitoral para mulheres (nas eleições de 2018) e para negros (nas eleições de 2020) estão na direção correta, em que é preciso avançar mais.

Retornando à análise do processo histórico, à medida que os Parlamentos foram se firmando na história, naturalmente tenderam a querer se institucionalizar e assegurar sua presença e força política. O rei, de outro lado, evitava dividir poder com o Parlamento, procurando mantê-lo como órgão subordinado e com atribuições limitadas. Com o fortalecimento do poder régio ao longo dos séculos XVI e XVII, cedendo o Estado feudal lugar à monarquia nacional, os corpos administrativos do rei vão substituir a contribuição outrora dada pelo Parlamento, que entra em declínio. Outro elemento que o enfraquece perante o monarca é sua divisão em ordens ou estamentos, que permite que o rei se aproveite dos conflitos de interesses para equilibrar-se entre os grupos.

Nesse período, o único Parlamento que se sai vitorioso da disputa de poder com o rei é justamente o inglês, aquele conhecido de perto por Locke, e essa vitória se dá graças à Revolução Puritana de 1640 e à Revolução Gloriosa de 1688, em que o Parlamento inglês impôs seu poder à monarquia. No final do século seguinte, o XVIII, outros dois Parlamentos vão se tornar importantes referências para o mundo: o norte-americano, instituído após a independência dos Estados Unidos da América, e o francês, no curso da Revolução Francesa. Essas referências servirão para inspirar grandes transformações nos parlamentos europeus na sequência, a ponto de o século XIX ser conhecido como o século de ouro do Parlamento naquele continente.

A partir dessa experiência, Locke afirma que, em qualquer situação, exceto em uma situação revolucionária, “o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior”¹⁵. Essa questão – quem deve exercer o poder supremo? – Aristóteles também se colocou, cerca de dois mil anos antes de Locke:

Mas qual será o soberano do Estado? Esta é uma questão difícil de resolver. Porque há de ser a multidão, os ricos ou os homens famosos por seu talento e virtude, ou

¹⁵ “150. Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.” - LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 174.

apenas um homem que será o mais virtuoso de todos, ou ainda um tirano? Todas essas questões parecem apresentar as mesmas dificuldades.¹⁶

Após avaliar essas possíveis consequências, Aristóteles admite a possibilidade de que talvez o melhor seja o poder político ficar nas mãos do povo – tal qual entendido então, categoria que excluía, como se sabe, as mulheres, os estrangeiros e os escravos. O fundamento dessa conclusão está no fato de que as decisões produzidas por esse corpo de cidadãos tendem, segundo o filósofo grego, a ser melhores do que aquelas tomadas por um único indivíduo, por melhor que seja:

Porque é possível que os que formam a multidão, embora não seja cada um deles um homem superior, prevaleçam quando reunidos, sobre os homens mais eminentes, não como indivíduos, mas como massa (do mesmo modo que os banquetes de despesas comuns são mais belos que aqueles cuja despesa é paga por uma única pessoa). **Cada indivíduo, em uma multidão, tem a sua parte de prudência e virtude.** Da reunião desses indivíduos faz-se, por assim dizer, um só homem que possui uma infinidade de pés, mãos e sentidos. O mesmo acontece em relação aos costumes e à inteligência. Aí está por que a multidão julga melhor as obras dos músicos e dos poetas; porque um aprecia uma parte, outro outra, e todos reunidos apreciam o conjunto.¹⁷ (grifo meu)

Esse raciocínio elaborado por Aristóteles ficou conhecido como “argumento da soma”. Waldron preferiu renomeá-lo como *doutrina da sabedoria da multidão*, sintetizando-a na seguinte formulação:

Doutrina da Sabedoria da Multidão: o povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento do que qualquer subconjunto de pessoas atuando como um corpo e reunindo o conhecimento, a experiência e o discernimento dos membros do subconjunto.¹⁸

É preciso tecer alguns comentários sobre essa afirmação de Aristóteles, que Waldron buscou sintetizar. Em primeiro lugar, o que Condorcet, Madison e Stuart Mill viam como problema, Aristóteles interpretou como solução: tomar decisões com a participação de muitos. Se, para aqueles, o grande número de membros de uma assembleia elevaria os riscos de se tomar decisões equivocadas, para esse, reduz. Isso porque, em segundo lugar, onde Condorcet e Madison enxergavam ignorância e preconceitos, Aristóteles via uma “parte de prudência e

¹⁶ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 91.

¹⁷ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, pp. 92-93.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 116.

virtude”. Por isso, em vez de as limitações de cada membro funcionarem como um multiplicador das fraquezas dos outros, para Aristóteles, as virtudes ou qualidades de cada um – a parte de prudência e virtude – compensam as fraquezas dos outros. Assim, em vez de um grande número de membros num corpo legislativo potencializar os defeitos dos indivíduos, para Aristóteles, mitiga. Em terceiro lugar, a heterogeneidade da multidão não era um problema para Aristóteles; ao contrário, a diversidade das contribuições de cada um é que tornaria o banquete do conjunto melhor, segundo a analogia culinária que usou. Quarto, como bem observou Waldron, o caráter multifacetado das questões que podem ser levadas a uma assembleia também requereria uma colaboração coletiva, já que cada um entenderia melhor uma parte da poesia ou da música, segundo a analogia estética também utilizada no mesmo raciocínio aristotélico.¹⁹

Waldron propõe uma interpretação para essa vantagem das decisões políticas colegiadas:

Talvez o que aconteça quando os muitos se reúnem para tomar uma decisão seja descobrirem um no outro como o bem-estar de cada pessoa pode ser afetado pelo assunto em consideração, de modo que se coloquem coletivamente em melhor posição para fazer um juízo da utilidade social geral.²⁰

Essa interpretação aponta para um processo não mecânico, mas dialético, em que o processo de debate, de contraposição de pontos de vista e ideias, ajuda a construir decisões mais acertadas. Para tanto, o indivíduo deve interagir deliberativamente²¹ com outros, de modo que seu voto, formulado de maneira responsável, reflita uma síntese do que foi debatido:

Assim, cada um deve trazer sua experiência e sua opinião a respeito do bem para a assembleia em uma forma que possa ser comunicada aos outros e deve ouvir os outros e refletir sobre o que eles dizem quando contribuem com seu discernimento e sua experiência.²²

Ainda que essa capacidade de se colocar no lugar do outro não seja aplicada, se cada membro do corpo de cidadãos votar a favor da decisão que lhe for mais favorável, então o conjunto total de cidadãos tomará uma decisão melhor para a sociedade como um todo, do que qualquer subconjunto isoladamente. O fundamento desse raciocínio está no fato de que, para

¹⁹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125.

²⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

²¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 139.

²² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 139.

Aristóteles, “é impossível que todo o Estado seja feliz, se todos os cidadãos, se a maioria, se mesmo alguns não gozam felicidade.”²³

Essa afirmação traz ao debate uma outra questão: o método de decisão em órgãos coletivos quando não há consenso, ou seja, o princípio da decisão majoritária. Esse princípio é, no mínimo, tão antigo quanto a democracia ateniense, onde foi encontrado pela primeira vez como método cotidiano de decisão, e sobreviveu àquela civilização, prevalecendo em quase todos os corpos compostos por mais de dois indivíduos que se considerem iguais e tenham que tomar decisões.²⁴ Na opinião de Jeremy Waldron, esse princípio foi pouco estudado por nossa tradição. Talvez a razão esteja no fato de ser encarado como óbvio ou natural, como mostra essa passagem dos escritos políticos de Thomas Jefferson:

Todo homem, e todo corpo de homens na terra, possui o direito de autogoverno. Eles o recebem com seu ser da mão da natureza. Os indivíduos o exercem por sua única vontade – as reuniões de homens pela sua maioria, **pois a lei da maioria é a lei natural de toda sociedade.**²⁵ (grifo meu, tradução minha)

É o apoio da maioria dos membros de um corpo colegiado que aprova a decisão, que a faz ser adotada, mas, para que a autoridade da decisão esteja fora de questão, é fundamental que a minoria aceite a derrota. Só assim o sistema político se mantém coeso e o poder político é eficaz: “alguém que não esteja convencido de que o corpo deve manter-se coeso certamente não estará convencido de que, como membro da minoria, deve aquiescer à opinião da maioria.”²⁶ A coesão do sistema político dependerá, portanto, da conduta dos membros do corpo em questão. Seu pressuposto é o consentimento por parte de todos os membros de que a decisão tomada pelo processo decisório que vier a ser escolhido obrigará a todos, desde que não afronte a razão.²⁷ Esse consentimento é decisivo para que a decisão que vier a ser tomada tenha

²³ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 47.

²⁴ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152.

²⁵ JEFFERSON, Thomas. Jefferson’s Opinion on the Constitutionality of the Residence Bill, 15 July 1790. In: *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 17, 6 July–3 November 1790, Ed. Julian P. Boyd. Princeton: Princeton University Press, 1965, pp. 194–199. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-17-02-0018-0007>>. Acesso em: 29 jun. 2020. O texto em língua estrangeira é: “Every man, and every body of men on earth, possesses the righ[t] of self-government: they recieve it with their being from the hand of nature. Individuals exercise it by their single will: collections of men, by that of their majority; for the law of the majority is the natural law of every society”.

²⁶ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 164.

²⁷ “Se consinto em participar de uma organização para promover os objetivos X e Y, não posso ser obrigado pela decisão dessa organização a promover um objetivo Z, completamente diferente. (Por exemplo: uma decisão de juntar-se aos outros pela segurança e pelo apoio comuns não me compromete com conclusões do grupo a respeito de um culto comum). De maneira similar, se consinto em participar de uma organização para promover

legitimidade. A escolha da regra da maioria como processo decisório colabora nesse sentido, já que, dando peso igual à opinião de cada um e qualquer um dos membros, é a maneira mais equitativa de proceder, tendendo, por isso mesmo, a ter mais capacidade de angariar reconhecimento e apoio para seu resultado. Em se tratando de um colegiado legislativo, que representa o povo, a adoção desse método tem um significado democrático, visto que uma maioria dentro do Parlamento corresponde – ou pelo menos deveria corresponder – a uma maioria na sociedade:

Legislaturas são instituições majoritárias: isto é, tomam suas decisões por votações entre seus membros. [...] O que torna justos os processos decisórios das Legislaturas do ponto de vista democrático é que um voto na câmara legislativa está relacionado a um voto nocional no país, em virtude das credenciais eletivas de cada membro votante.²⁸ (tradução minha)

Por fim, Waldron acrescenta um outro fundamento da autoridade da legislação: o tipo de conquista que é, uma “conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna”²⁹.

Há uma porção de coisas que só podem ser conseguidas quando desempenhamos os nossos papéis, em grandes números, em uma estrutura comum de ação. Empreendimentos como proteger o meio ambiente, operar um sistema de assistência médica, assegurar as condições para a operação de uma economia de mercado ou prover uma base para resolução de disputas fracassarão a menos que as pessoas atuem concertadas, seguindo regras, participando de práticas e estabelecendo instituições. A ação concertada não é fácil, especialmente depois que as pessoas têm uma percepção de si como indivíduos e das maneiras em que agir com os outros pode entrar em conflito com projetos próprios de menor escala. Na verdade, quando realmente ocorre, a ação concertada é uma grande conquista na vida humana.³⁰

Como vimos, são várias as razões da dignidade do Parlamento e do respeito que se deve ter para com sua obra, a legislação. Seja pelo papel de unificação da comunidade representada (1), funcionando como uma espécie de espelho pelo instituto da representação, seja pela arbitragem das diferenças na sociedade na tomada de decisões (2), seja pela relevância das

os objetivos X e Y, essa organização perde sua legitimidade consensual se atua de uma maneira patentemente destrutiva para X e Y.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 171).

²⁸ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 382. O texto em língua estrangeira é: “Legislatures are majoritarian institutions: that is, they make their decisions by voting among their members. (...) What makes the decision procedures of legislatures fair from a democratic point of view is that a vote in the legislative chamber is related to a notional vote in the country, by virtue of the elective credentials of each voting member”.

²⁹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

³⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 190.

decisões tomadas – decisões políticas por excelência (3), seja pela afirmação de um poder coletivo, compartilhado, em detrimento da concentração de todo o poder em uma única figura (4), seja pela qualidade das decisões que toma pelo fato de tomá-las colegiadamente (5), seja pela legitimidade destas, com fundamento no mesmo motivo (6), seja pelo método pelo qual se chega a uma decisão – o debate, com a exposição dos vários pontos de vista e ideias que informam as posições – (7), seja pelo princípio majoritário – o mais equitativo e, portanto, o mais legítimo – que governa o seu processo decisório (8), seja pela ação concertada que representa (9), não faltam motivos para se reconhecer a dignidade do Parlamento. No entanto, será que, por conta dessa dignidade inerente, qualquer decisão do Parlamento é válida? Será que a forma pela qual o Poder Legislativo chega a uma decisão importa? Ou será que apenas interessa o produto final – o conteúdo da decisão tomada? Os meios importam, ou os fins justificam os meios?

1.2 Qualquer decisão do Poder Legislativo é legítima?

Para além disso, dizem os cínicos, devemos deixar nossa fastidiosa preocupação com a integridade procedimental de lado e nos concentrarmos na qualidade do produto – a qualidade das salsichas que saem da máquina. [...] Devemos aceitar isso?³¹ (tradução minha)

Refletindo sobre o que seria legislar com integridade, Jeremy Waldron questiona se, para avaliar a produção do Poder Legislativo, basta aquilatar a qualidade do que foi produzido (a qualidade das salsichas, fazendo referência ao célebre aforismo de John Godfrey Saxe, citado acima), ou se é necessário perscrutar também a forma como se deu tal produção. Para tentar encontrar uma resposta para essa questão, precisamos analisar o que é o processo legislativo e qual a sua importância para que o Parlamento cumpra a contento a sua missão e honre sua própria dignidade.

O debate não tem pouca importância. Estamos tratando do processo político pelo qual as leis são feitas. Estamos falando da integridade, da lisura desse processo, por meio do qual se estabelecem normas que valerão para toda a sociedade: “[o]u seja: quer sob a perspectiva da norma como elemento que restringe a liberdade, quer sob a ótica da norma como veículo de

³¹ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 375. O texto em língua estrangeira é: “Beyond that, say the cynics, we might as well put our fastidious concern for procedural integrity aside and concentrate on the quality of the output - the quality of the sausages that actually emerge from the machine. (...) Should we accept this?”.

proteção e promoção de direitos, em qualquer hipótese, a produção normativa não é uma coisa qualquer”³². Não se trata de questão lateral, menor. Será que esse processo deve seguir regras, ele também?³³ Ou esse processo não deve ser disciplinado por regras, mas ser algo livre, que o próprio Parlamento conduza como bem entender a cada momento, ao sabor das maiorias eventuais?

Houve um tempo na doutrina em que os filósofos do direito diminuam a ideia de regras legais governando a feitura de leis. A criação das leis, diziam Hobbes e Austin, era uma prerrogativa do soberano, e como o soberano é a fonte de toda lei, ele não poderia ser governado pela lei no exercício dessa função. Mas, hoje em dia, os juspositivistas defendem que o processo de criação das leis não pode ser entendido a não ser como um processo regido por regras, e que, nesse sentido, um sistema legal deve ser visto como composto por regras secundárias – regras para a mudança de regras, por exemplo – tanto quanto por regras primárias que devem governar a nossa conduta.³⁴ (tradução minha)

O que justificaria essa mudança na compreensão sobre a necessidade de o processo de formação das leis obedecer a regras previamente estabelecidas ou não, de Hobbes e Austin para os “juspositivistas de hoje em dia”, nas palavras de Waldron? A mudança no conceito de soberania³⁵, sobre a qual é preciso fazer uma brevíssima digressão.

Na Idade Moderna, quando se formaram os grandes Estados territoriais, dois eram os desafios: garantir a paz interna, sobrepondo o poder do rei ao poder dos senhores feudais, e unir seus súditos para a defesa contra inimigos externos. Eis aí, portanto, a dupla face da ideia de soberania: a interna e a externa³⁶. Os filósofos que se debruçaram sobre a natureza da soberania,

³² BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 138.

³³ “O mínimo que se espera diante da centralidade dos direitos fundamentais e dos efeitos que as normas produzem sobre esses direitos é que toda a seriedade possível seja atribuída ao processo de elaboração normativa.” - BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 104.

³⁴ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 375. O texto em língua estrangeira é “There was a time in jurisprudence when philosophers of law played down the idea of legal rules governing law-making. Law-making, said Hobbes and Austin, was a sovereign prerogative, and since the sovereign was the source of all law, he could hardly be governed by law in his exercise of this function. But nowadays legal positivists maintain that law-making cannot be understood except as a rule-governed process, and that accordingly a legal system must be thought of as consisting of secondary rules – rules for rule-change, for example – as well as the primary rules that are supposed to govern our conduct”.

³⁵ O conceito de soberania é definido por Nicola Matteucci assim: “Em sentido lato, o conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando de última instância [...]”. MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*: Vol. I. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1179.

³⁶ “Internamente o soberano moderno procede à eliminação dos poderes feudais, dos privilégios dos Estados e das categorias, das autonomias locais, enfim dos organismos intermediários, com sua função de mediador político entre os indivíduos e o Estado [...] Externamente cabe ao soberano decidir acerca da guerra e da paz: isso implica um sistema de Estados que não têm juiz algum acima de si próprios (o Papa ou o imperador), que equilibram suas relações mediante a guerra [...] A nível externo o soberano encontra nos outros soberanos seus

dividiram-se desde o início. Para Jean Bodin, a essência da soberania está unicamente no “poder de fazer e anular as leis”, uma vez que este resumiria todos os outros e constituiria uma força de coesão capaz de unir toda a sociedade.³⁷ Já para Hobbes, a essência da soberania se manifestaria no momento da execução das leis, isto é, no poder de impor determinados comportamentos, de se fazer obedecer. “De acordo com o primeiro [Bodin], o soberano tem o monopólio do direito, mediante o poder legislativo; de acordo com o segundo [Hobbes], o monopólio da força ou da coerção física.”³⁸

Rousseau leva a identificação da soberania com o poder legislativo às últimas consequências, com o conceito de vontade geral, defendendo que o soberano possa fazer apenas leis gerais e abstratas, e não decretos individuais. Já Locke, como veremos adiante, embora afirme ser o poder legislativo o “poder supremo”, chama o rei de soberano pelo fato de, além de participar do poder legislativo, deter o poder executivo e, com ele, o que chamava de poder federativo, *i.e.*, o poder de decidir a guerra e a paz.

Quanto às características da soberania, eram relativamente consensuais entre seus teóricos: absoluta, perpétua, indivisível, inalienável, imprescritível:

A soberania é ‘absoluta’ por não sofrer limitações por parte de leis, visto que essas limitações somente seriam eficazes se houvesse uma autoridade superior que as fizesse respeitar; é ‘perpétua’ por ser um atributo intrínseco ao poder da organização política e não coincidir com as pessoas físicas que a exercem (no caso da monarquia a soberania pertence à Coroa e não ao rei). Por isso, a soberania, ao contrário da propriedade privada é ‘inalienável’ e ‘imprescritível’, porque o poder político é uma função pública e, conseqüentemente, indisponível. [...] Mais complexa se apresenta a questão da unidade [indivisível] da soberania [...] Esta afirmação é contra as reivindicações das categorias e dos Estados, que consideravam necessário, para a validade das leis, seu consentimento; estas reivindicações encontraram, na volta à teoria clássica do Estado misto, nova força e novo vigor, postulando, por isso, a divisão da soberania entre o rei, os nobres e as comunas. [...] Da mesma maneira, a lógica da unitariedade do poder soberano está destinada a se chocar com a teoria, surgida no século XVIII, da separação de poderes, que objetiva justamente dividir o poder, contrapondo ao executivo (o rei), possuidor do monopólio da força, o

iguais, achando-se conseqüentemente numa posição de igualdade, enquanto, a nível interno, o soberano se encontra numa posição de absoluta supremacia, uma vez que têm abaixo de si os súditos, obrigados à obediência.” MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política: Vol. I. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1180.

³⁷ MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política: Vol. I. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1180.

³⁸ MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política: Vol. I. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1180.

legislativo, titular de uma função autônoma e independente, a função de elaborar as leis³⁹ (grifo meu).

Como se percebe, a ideia moderna de que a soberania é absoluta conduzia à conclusão que, ao fazer leis, o soberano não estava limitado por outras leis. Na verdade, o rei não estava mais limitado por nenhuma lei:

Na Idade Média, o mais importante entre os *iura* do rei, por ser aquele que o tornava justamente rei, consistia em administrar a justiça com base nas leis consuetudinárias do país. O rei, além de estar *sub Deo*, estava também *sub lege, quia lex facit regem*. Com a chegada da moderna teoria da soberania, a reviravolta é total: **o novo rei é soberano na medida em que faz a lei e, conseqüentemente, não é por ela limitado, encontra-se *supra legem***. Os costumes, que serviam de base anteriormente para a administração da justiça não o podem mais limitar, porque, segundo afirma Bodin, uma lei pode ab-rogar um costume, enquanto este não pode ab-rogar uma lei. O direito se reduz, desta forma, à lei do soberano, que é superior a todas as fontes⁴⁰ (grifo meu).

A concentração do poder nas mãos do rei, no Estado moderno, fará surgir a tentativa de freá-lo, mas não mais por meio de diversas mediações como as existentes na sociedade medieval. Num primeiro momento, a tentativa se dá por meio das grandes doutrinas jusnaturalistas, afirmando um direito pré-estatal ou natural; e, num segundo momento, por meio das constituições escritas que estabeleceram freios à soberania, afirmando os direitos invioláveis do cidadão. Locke, por exemplo, limitou o poder do Parlamento, por um lado, pelo contrato ou pela constituição, com os direitos naturais por ela tutelados; e, por outro, pelo controle do povo, do qual é representante.

Quando os primeiros autores, como Bodin e Hobbes, falavam de poder soberano, pensavam no poder do rei, embora, por exigências doutrinárias, tivessem que considerar formas de governo aristocráticas e democráticas, em que tal poder seria entregue a uma assembleia. Com o passar do tempo, e com os acontecimentos históricos que fizeram emergir no cenário político a figura do cidadão, substituindo a do súdito, a ideia de soberania foi sendo deslocada pouco a pouco para o Parlamento, inicialmente, e para o povo, em seguida: “[...]pretende-se ver no Estado, no Parlamento e no Governo meros instrumentos do povo soberano”⁴¹. Ora, sendo

³⁹ MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política: Vol. I. Tradução: Carmen C, Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1181.

⁴⁰ MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política: Vol. I. Tradução: Carmen C, Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1182.

⁴¹ MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política: Vol. I. Tradução: Carmen C, Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1184.

simples representação do povo soberano, deve, também o Parlamento, estar submetido a limites e a regras ao desempenhar suas funções.

Assim, por primeiro, para se medir a qualidade do que se produz por meio do processo legislativo, não basta avaliar o valor intrínseco do texto legal produzido; é preciso verificar se corresponde ao que o soberano – o povo – deseja. E uma das formas de verificar essa correspondência é avaliar se o caminho percorrido para se chegar ao resultado final foi aquele prescrito pelo povo, por intermédio dos próprios representantes. Não apenas se fez o que era certo, mas se o fez da forma certa.⁴² Esse é, sem dúvida, um dos critérios para verificar a qualidade das “salsichas”. Fazendo uso de uma analogia atual, seria o mesmo que dizer que, ao se buscar determinado produto, interessa a quem o consome saber se a cadeia produtiva obedece aos seus valores de vida: se a carne que preenche as salsichas foi produzida respeitando-se as normas sanitárias, ambientais e trabalhistas, por exemplo, sem que tenha causado desmatamento ou usado trabalho infantil ou escravo.

Lamentavelmente, a percepção de que há um consenso segundo o qual as regras do processo legislativo devem, obrigatoriamente, ser seguidas não parece traduzir fielmente a realidade nos Parlamentos. Se, de um lado, os ordenamentos jurídicos positivos preveem o caminho que deve ser seguido pelo projeto de lei no Parlamento, por normas escritas e consuetudinárias, por outro lado não é raro que se tente ignorar sua burla ou até mesmo justificá-la.

No plano operativo, tais normas [de procedimento legislativo] podem ser inadequadas para fazer frente às realidades atuais: são normas obsoletas e, por isso, inaptas a disciplinar o jogo político em sua evolução hodierna; ou então são normas novas, faltando-lhes disposições que as tornem atuantes e operativas. Nestes como em outros casos similares, compreende-se que o *iter legis* pode desenvolver-se sem que se respeitem plenamente as regras processuais. **Mas, num clima político democrático, não parece justificar-se a tendência de quem tolera (ou pior, sugere) que se eludam essas regras sem um claro motivo e, sobretudo, sem que sejam apresentadas propostas para a sua conveniente modificação:** é por este caminho que se vai dar naquilo que Ungari chama, referindo-se à situação italiana, “aventuras e desventuras da produção legislativa”, que se resolvem numa menor observância das próprias garantias fundamentais que dão significado à Constituição.⁴³ (grifo meu)

⁴² “O que importa num Estado Constitucional não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais em sentido formal ou material, mas **se o que eles fazem pode ser feito e se é feito de forma legítima.**” (grifo meu) – CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1983, pp. 63-64.

⁴³ OLIVETTI, Nino. Processo Legislativo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*: Vol. I. Tradução: Carmen C, Varriale et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 997.

Como se vê, há certa tolerância com o descumprimento de regras do processo legislativo, o que não parece razoável, sobretudo quando essas regras podem ser modificadas pelos mesmos atores que as transgrediram. Qual o sentido de se admitir esse tipo de conduta, em especial daqueles que elaboram as regras? Se é uma maioria que eventualmente impõe o atropelo de certa norma – ou alguém apoiado por uma maioria, necessariamente –, por que essa mesma maioria não propõe a mudança de procedimentos que porventura considere obsoletos ou incompletos? Não seria isso mais correto do que conservar intactas as regras procedimentais para depois desrespeitá-las? A não ser que se trate de mudanças publicamente indefensáveis – por exemplo, porque representariam retrocessos em face a princípios e valores constitucionais –, mas que, impostas à força, de uma hora para outra, não chegam a passar pelo escrutínio do debate público.

A necessidade de o processo de formação de leis obedecer às regras procedimentais postas é, também, uma decorrência do próprio Estado de Direito, da ideia mesma de *rule of law*. Se os legisladores entendem que as regras que eles ou seus antecessores criaram para a formação de leis não têm mais serventia, devem aperfeiçoá-las, em vez de transgredi-las por não as considerarem justas ou adequadas.

Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e obedecer à lei mesmo quando ela vai contra seus interesses. É o princípio de que um funcionário ou um cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei – na sua opinião confiante – for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão de política. Pois a decretação da medida em questão é indício da existência de uma opinião quanto à sua justiça, sua moralidade ou sua conveniência, que é diferente da deles; *alguém* deve ter sido a favor da lei ou achado que era uma boa ideia. Em outras palavras, a existência da lei, juntamente com a opinião do indivíduo, é indício de *discordância moral* na comunidade quanto à questão subjacente. O funcionário deixar de implementar a lei porque ela é injusta ou o cidadão fazer outra coisa que não aquilo que a lei exige porque isso seria mais justo equivale a abandonar a própria ideia de lei – a própria ideia da comunidade que toma uma posição em uma questão da qual os seus membros discordam. É um retorno à situação em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom ou correto.⁴⁴ (grifos do autor)

Ou seja, se há uma regra determinando certo procedimento no processo legislativo, isso indica que alguém, antes, entendeu-a necessária, justa e conveniente, à luz de um conjunto de princípios e valores. Se, por acaso, os que vierem depois passarem a entendê-la como desnecessária, injusta ou inconveniente, à luz do conjunto de princípios e valores que estiverem a orientar a comunidade política de então, podem e devem alterá-la, por meio do procedimento

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 44-45.

previamente estabelecido para tal. Ao fazê-lo, devem apresentar, num debate público transparente, as razões que justificam tal mudança. Ao convencerem a maioria de seus pares, novo procedimento se terá. Esse é o caminho para se superar procedimentos em tese obsoletos ou inadequados, e não o seu mero atropelo.

Se os parlamentares, que podem alterar as regras que disciplinam seus trabalhos – afinal, são os legisladores que aprovam ou modificam os regimentos internos das casas legislativas – preferem simplesmente descumpri-las, que sinal isso transmite para os representados, em relação às leis que os representantes produzem? Não se deveria cobrar o oposto – que fosse exemplar a observância das regras do processo legislativo por parte dos legisladores? Se uma das consequências do estado de direito é o fato de que quem faz as leis está tão submetido a elas quanto quem não as faz, como aceitar esse tipo de comportamento? Não seria exatamente essa a vantagem de se depositar a função legislativa em uma assembleia de eleitos, em vez de concentrá-la em uma figura como um rei?

[...]o povo [...] jamais poderia se sentir seguro quanto ao resto, nem se considerar em sociedade civil, até que a legislatura fosse depositada em órgãos coletivos, chamados Senado, Parlamento, ou o nome que se quiser. Por este meio, **cada pessoa considerada individualmente, igual às outras, mesmo às mais humildes, ficou sujeita a leis que ela mesma estabelecia, como parte integrante do legislativo [...]**⁴⁵
(grifo meu)

Portanto, espera-se dos parlamentares que cumpram as regras do processo legislativo que eles mesmos ou seus antecessores fizeram. Caso as entendam obsoletas ou inadequadas, que as aperfeiçoem. Isso é um ponto de partida importante, considerando a intensidade das disputas e a força dos interesses por trás dos embates que marcam o Parlamento:

Que o comportamento do legislador se conforme com a maior parte da letra das regras que constituem e regulam o processo legislativo não é uma conquista menor, dadas as paixões e os jogos de poder que permeiam a política da legislação.⁴⁶ (tradução minha)

Embora essa adequação do comportamento do legislador à letra das regras do processo legislativo não seja pouca coisa, ela não basta. Isso porque, muitas vezes, a fidelidade à literalidade das regras é insuficiente. É preciso considerar que essas regras traduzem, em

⁴⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 138.

⁴⁶ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 375. O texto em língua estrangeira é “That legislators’ behavior conforms for the most part to the letter of the rules which constitute and regulate the processo of legislation is no mean achievement, given the passions and power plays that permeate the politics of legislation.”

alguma medida, os princípios e valores que inspiraram sua criação. E é fundamental que o legislador tenha lealdade também para com esses princípios e valores, à luz dos quais as regras de processo legislativo devem ser interpretadas e aplicadas.

O processo legislativo – como qualquer processo político – precisa ser entendido não apenas em referência às regras secundárias que o constituem e governam, mas também em referência à relação entre aquelas regras e **valores e princípios mais profundos**, que explicam porque os aspectos disciplinados por regras do processo são importantes para nós. Uma outra forma de colocar isso é dizer que o segundo nível de um sistema legal – que Hart chamou de regras secundárias – compreende não apenas regras mas também princípios.⁴⁷ (tradução minha, grifo meu)

Esses princípios e valores não apenas complementam as normas, mas também explicam sua existência – e, portanto, informam seu sentido. Oferecem uma base para determinar como nos adaptarmos a elas e ajudam a verificar se as estamos observando com integridade ou não.

Esses princípios ajudam a explicar porque temos as regras que temos; [...] O seu papel é também explicar porque temos as regras de processo legislativo que temos, e proporcionar uma base para determinar o modo adequado de nossa adaptação a elas e a distinguir a integridade da falta dela no nosso comportamento a esse respeito.⁴⁸ (tradução minha)

Essa ideia de um processo legislativo constituído e regulado por princípios tanto quanto por regras não deve nos causar estranheza: já estamos, os estudiosos e operadores do direito, acostumados a pensar o processo judicial nesses termos.

A ideia de que um processo governado por leis seja também constituído e regulado por princípios tanto quanto por regras não nos é estranha. Sabemos que isso é verdade, por exemplo, para o processo judicial; isto é, sabemos que regras escritas que constituem e regulam o que acontece nas cortes deve ser entendido em referência a normas não escritas mais profundas.⁴⁹ (tradução minha)

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 376. O texto em língua estrangeira é: “The legislative process – like any political process – ought to be understood not just in reference to the secondary rules that happen to constitute it and govern it, but also in reference to the relationship between those rules and deeper values and principles that explain why the rule-governed aspects of the process are important to us. Another way of putting this is to say that the *secondary* tier of a legal system – what Hart called the secondary rules – comprises not only rules but principles as well”.

⁴⁸ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 376. O texto em língua estrangeira é “These principles help explain why we have the rules we do; [...] Their role is also to explain why we have the rules of legislative process that we have, and to afford a basis for determining the proper mode of our compliance with them and for distinguishing integrity from lack of integrity in our behavior in this regard”.

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 376. O texto em língua estrangeira é “The idea that a law-governed process may be constituted and regulated by principles as well as rules is not an unfamiliar one. We know it is true, for example, of the judicial process; that is, we know that the enacted rules which constitute and regulate what goes on in the courtroom must be understood by reference to deeper nonenacted norms”.

A partir dessa concepção de processo legislativo é que Jeremy Waldron elabora o que seria, a seu ver, legislar com integridade: fazer leis com o comportamento orientado por regras segundo os valores e princípios que as inspiraram. Tais valores e princípios podem servir, por exemplo, para mostrar por que são importantes, ou para indicar quão severamente deve ser vista ou punida uma eventual transgressão.⁵⁰

Uma vez mais, nesta área da vida, a integridade não é só uma questão de permanecer nos limites das regras; é, sobretudo, uma questão de orientar a conduta de alguém às regras na forma requerida pelos princípios que embasam as regras.⁵¹ (tradução minha)

Perceba-se que Waldron coloca, aqui, um critério para se aferir a integridade com que se legisla: não basta cumprir as regras, é preciso ser fiel aos princípios e valores a elas subjacentes. Dessa forma, para que seja legítima uma decisão tomada pelo Poder Legislativo, ela deve ser tomada por meio do processo disciplinado pelas regras regimentais, à luz dos princípios e valores que as inspiraram e fundamentam. Em outras palavras, os princípios e valores que informaram a criação das regras regimentais devem estar atendidos no processo de formação das leis. Esse deve ser o espírito que deve reger o processo legislativo.

Se, de fato, aceitarmos que tais princípios e valores subjacentes às regras do processo legislativo têm tamanha importância, cumpre indagar quais seriam estes princípios e valores. A partir da experiência de sua realidade, Waldron enumera alguns, sem a pretensão de ser exaustivo. O primeiro seria o princípio da publicidade: quando a lei for mudada, ela deve ser mudada aberta e explicitamente, em um processo transparente assumidamente dedicado àquela tarefa.

Neste sentido, todos ficam sabendo que uma mudança na lei está em curso, de forma que os membros da comunidade podem enfrentar os assuntos que a perspectiva de tal mudança levanta.⁵² (tradução minha)

⁵⁰ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 378.

⁵¹ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, pp. 381-382. O texto em língua estrangeira é “Once again, in this area of life, integrity is not just a matter of staying within the rules; it is, at the very least, a matter of orienting one's conduct to the rules the way that is required by the principles underlying the rules”.

⁵² WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, pp. 379-380. O texto em língua estrangeira é “In this way, everyone is put on notice that a change in the law is in the offing, so that members of the community can face up to the issues that the prospect of such a change gives rise to”.

O princípio da publicidade também foi apontado por José Afonso da Silva⁵³, em seu clássico *Processo Constitucional de Formação das Leis*, encarnando-o em nossa realidade constitucional:

Princípio da publicidade é aquele segundo o qual as deliberações das Câmaras se realizam perante o público. Esta publicidade tem tríplice transcendência: pode referir-se à assistência efetiva do público às deliberações das Câmaras, ao levantamento de atas de suas deliberações que se fazem públicas e se aprovam pela própria Câmara em sessão imediata àquela a que correspondem, ou à publicação pela imprensa de resumos ou extratos de suas atas e, em geral, a uma informação livre de suas sessões. Entre nós a publicidade oficial dos atos legislativos realiza-se através do Diário do Congresso Nacional, do Diário da Câmara dos Deputados ou do Diário do Senado Federal, pelas emissoras de televisão da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e pela possibilidade de o público assistir às sessões dessas Casas do Congresso Nacional, além das audiências públicas perante as Comissões Parlamentares (RICD, art. 255; RISF, art. 93). Demais, a imprensa falada e a escrita dispõem de bancada própria nas Casas do Congresso, sendo livres para fazer a publicação dos debates parlamentares e de tudo o que ocorra dentro do Congresso.⁵⁴

Se, de um lado, a publicidade contribui para a legitimidade, de outro ela transmite a ideia de que a lei pertence aos membros do povo, que, por essa razão, têm o direito de participar diretamente ou por meio de seus representantes dos debates e das decisões que levarão ou não à mudança da lei. Afinal, é a lei deles, dos membros do povo, e não uma lei imposta a eles. Essa ideia leva a um segundo princípio, no raciocínio de Waldron: a formação das leis deve ser um processo não apenas aberto e transparente, mas atribuído ao povo e descrito como um processo de autogoverno.

Esse princípio fundamenta não apenas as regras eleitorais – cujo objetivo é garantir que, da melhor forma, o povo seja e se veja representado –, como também as regras que regem a repartição de poder dentro das casas legislativas, já que essa distribuição deve manter relação com a vontade popular. Ou seja, ao proteger as minorias parlamentares, as regras regimentais que garantem seu espaço e sua representação estão protegendo minorias políticas e sociais por elas, ao menos em tese, representadas. Só assim também essas minorias podem ter a percepção de que o processo legislativo é mesmo um processo de autogoverno, do qual participam.

⁵³ José Afonso da Silva dispensa tratamento superficial para a importância dos princípios no processo legislativo: “O processo legislativo moderno é informado por alguns princípios gerais, que lhe dão características e merecem ser destacados. Os princípios são: (a) o da publicidade; (b) o da oralidade; (c) o da separação da discussão e da votação; (d) o da unidade da legislatura; (e) o do exame prévio dos projetos por Comissões Parlamentares. Esses princípios, contudo, pertencem ao aspecto dinâmico do processo em causa. Informam a parte do processo que denominamos procedimento legislativo, no qual se desenvolvem as fases de elaboração da lei. [...] Para terminar, cabe dizer que esses princípios foram acolhidos, em geral, pelo direito parlamentar brasileiro.” SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 52.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 53.

Por baixo dessas regras, outras ideias se encontram, segundo Waldron: a ideia de representação justa, de emancipação democrática, de igualdade política. E, ainda mais profundamente, sustentam-nas os princípios de justiça e democracia.

As Legislaturas não apenas se reúnem e votam, elas **deliberam**. Elas são espaços onde nós expomos nossos desacordos sobre os mais importantes assuntos que enfrentamos como comunidade, e muitas das mais bizantinas regras de procedimento legislativo dizem respeito ao **processo de debate** – quem fala quando, quem tem direito de cobrar uma resposta de quem, quanto devem durar os debates antes de se chegar ao fim, e daí por diante. Quais são os valores e princípios mais profundos que subjazem este conjunto de regras?⁵⁵ (tradução minha, grifo meu)

Um dos valores que parece estar subjacente às regras regimentais é a ideia de que é necessário que as diferenças de opinião sejam explicitadas no processo legislativo:

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles.⁵⁶

De fato, em nossa Constituição, a importância dada ao debate fica evidente nos diversos dispositivos em que o Constituinte trata, distintamente, da discussão e da votação, valorizando os dois termos:

Art. 58, parágrafo 2º - Às comissões, em razão de matéria de sua competência, cabe: I – **discutir** e **votar** projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

[...]

Art. 60, parágrafo 2º - A proposta será **discutida** e **votada** em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

[...]

Art. 64 – A **discussão** e **votação** dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.”

[...]

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 383. O texto em língua estrangeira é: “Legislatures do not just assemble and vote, they deliberate. They are places where we air our disagreements about the most important issues that face us as a community, and many of the most byzantine rules of legislative procedure concern the process of debate—who may speak when, who is entitled to demand a reply from whom, how long debates are to last before there is a vote, how debates are brought to an end, and so on. What are the deeper values and principles underlying this array of rules?”

⁵⁶ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

Art. 65 – O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de **discussão** e **votação**, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.⁵⁷ (grifos meus)

Especial importância têm o reconhecimento da existência e o respeito pelas diferentes opiniões e premissas que inspiram as posições dos legisladores que vão tomar parte na decisão. Mas isso por si só, não basta. É fundamental que o processo garanta espaço para que essas diferenças sejam claramente explicitadas, contrastadas, confrontadas, por meio de um debate sério, de forma que os parlamentares possam, como mostra Locke,

agir e aconselhar com a mesma liberdade, baseando-se nas necessidades da comunidade civil e no bem público, como a reflexão e uma discussão racional lhes julgasse requerer. Isso, aqueles que votam sem ter ouvido os debates e considerado a razão de todos os lados, não são capazes de fazer.⁵⁸

Ao analisar o nosso processo legislativo constitucional, José Afonso da Silva identificou na separação da discussão e da votação um de seus princípios, abordando-o nos seguintes termos:

Princípio da separação da discussão e da votação, consistente no fato de a votação só começar depois de encerrada a discussão. Finda esta, não se pode mais discutir a matéria no ato de votação. Sua utilidade está exatamente nisto: impedir nova deliberação ao se emitir o voto. O encaminhamento da votação, permitida nos órgãos legislativos brasileiros, não viola o princípio, pois nele não se volta a discutir a matéria; tampouco o vulnera a declaração de votos, tanto que esta se faz por escrito sem comentário, que é vedado.⁵⁹ (grifo do autor)

Assiste razão ao autor ao considerar tal separação um princípio, não tanto pelo fato de que, finda a discussão, não haja deliberação durante o período da votação. Tanto nos encaminhamentos de votação, citados pelo autor, quanto nas orientações de bancadas pelos líderes partidários, volta-se a brandir argumentos a favor e contra a matéria. O que parece mais relevante, a meu ver, no enunciado desse princípio, é reconhecer que o Constituinte fez questão de garantir que, antes de se tomar uma decisão, fosse assegurado o espaço para o contraditório

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988, arts. 58, 60, 64 e 65. Ademar Borges de Sousa Filho entende, a meu ver com razão, que tais dispositivos, em conjunto com o art. 1º CF, instituem o princípio da deliberação suficiente, cujo conteúdo tem sido desenvolvido pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia. Ver: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 416.

⁵⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 219.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 53.

de ideias acerca da matéria. Obriga-se, assim, que as razões a favor e contra sua aprovação fossem colocadas publicamente, perante todos, seja em uma comissão, seja no Plenário da(s) Casa(s)⁶⁰.

Para que essa reflexão coletiva seja frutífera, Locke considera necessário garantir um debate livre e racional, pois “[n]ão é um certo número de homens nem o fato deles se reunirem que constituem o poder legislativo, se falta a esses homens a liberdade de debater entre eles e a calma para aperfeiçoar o que visa o bem da sociedade”⁶¹. É pelo discurso, como aponta Aristóteles, que as pessoas vão buscar discernir juntas o que é justo e o que é injusto:

Claramente se compreende a razão de ser o homem um animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem reunidos. A natureza, dizemos, nada faz em vão. O homem só, entre todos os animais, tem o dom da palavra; a voz é o sinal da dor e do prazer, e é por isso que ela foi também concedida aos outros animais. Estes chegam a experimentar sensações de dor e de prazer, e a se fazer compreender uns aos outros. A palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial, e, em consequência, o que é justo ou injusto.⁶²

Tão grande é a importância que Aristóteles atribui à fala que é nela que o filósofo apoia a natureza política do ser humano. Isso porque é pela fala que a política se faz, é pelo discurso que podem ser expostos os inconvenientes de uma proposta por um dos debatedores, enquanto que por outro debatedor podem ser apresentadas as vantagens daquela solução, também por meio do discurso. Esse ambiente de diversos falantes que expõem a pluralidade de suas visões é o que deve ser criado e mantido pelo Poder Legislativo. Essa é uma das principais vantagens de um órgão coletivo frente a um órgão individual, ou de se confiar o Poder Legislativo a uma assembleia, e não a uma única pessoa. Como vimos acima, pelo discurso os membros de uma assembleia podem compartilhar seu conhecimento, sua experiência, seu discernimento ou, nas palavras de Aristóteles, “sua parte de prudência e virtude”.

Funcionando como um pilar desse espaço de debate aberto para diferentes visões estaria, segundo Waldron, a ideia de que expor o desacordo é mais do que importante, é necessário, por

⁶⁰ “De outra parte, a exigência de que os agentes públicos apresentem publicamente as razões e informações subjacentes a seus atos, conteúdo básico do devido procedimento na elaboração normativa (DPEN), decorre do sistema constitucional brasileiro, e não apenas do seu potencial de fomentar o debate democrático. Tanto os direitos fundamentais dos destinatários do ato do Poder Público quanto os princípios que estruturam o Estado brasileiro exigem a apresentação de explicações prévias para os atos estatais, na medida em que a atividade pública se exerce por delegação e demanda justificativa. Paralelamente ao ponto acerca do potencial de fomento sobre o funcionamento da democracia, portanto, trata-se de uma exigência constitucional” - BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 68-69.

⁶¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 215.

⁶² ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 17.

duas razões. A primeira, porque a deliberação pode melhorar a qualidade da decisão e, tratando-se de decisões da importância que têm as tomadas pelo processo legislativo, não se pode negligenciar nada que possa melhorar a qualidade da decisão. A segunda, porque, ainda que tal mecanismo não seja capaz de aperfeiçoar a decisão a ser adotada, vozes dissonantes têm o direito de ser ouvidas⁶³, já que, sem passar pelo teste do dissenso, não se pode dizer que a proposta representa a posição da comunidade.

A essa segunda razão se deve associar o princípio da oposição leal, segundo o qual dissentir e se opor ativamente a uma proposição, por mais popular que eventualmente seja, não significa trair ou ser desleal à sociedade. Isso porque o fato de se opor a ideias não deve ser tratado como subversão ou sabotagem por quem defende a proposição mais popular ou detém o poder.

Essa permissão para dissentir não pode ser entendida apenas como uma consequência da liberdade de expressão. É mais do que isso. Ela deve ser vista como uma premissa para que quem diverge possa, inclusive, construir uma maioria política em torno de sua visão e vencer o debate, aprovando sua proposta, que passará a ser lei.

Em outras palavras, organizamos nossa casa legislativa como um espaço em que os dissidentes podem tentar ganhar poder, derrotar ou substituir políticos poderosos e populares que atualmente comandam a maioria. A correção de se permitir isso – na verdade, a exigência moral de que se permita que os dissidentes ajam desta forma – é um dos mais profundos e mais importantes princípios subjacentes dos procedimentos legislativos, e é um princípio que deve ser levado a sério quando interpretamos e utilizamos aqueles procedimentos.⁶⁴ (tradução minha)

⁶³ A essa necessidade de se ouvir vozes dissonantes, Waldron relaciona positivamente o grande número de membros dos Legislativos contemporâneos: “Um dos aspectos mais marcantes das Legislaturas modernas é o seu tamanho: [...] não apenas uma pluralidade de vozes podem ser ouvidas, mas *muitas* vozes, uma grande variedade de diferentes vozes dissonantes, podem ser ouvidas nas deliberações que acontecem na câmara legislativa” (tradução minha, grifo do autor). WALDRON, Jeremy. *Legislating with integrity*. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 384). O texto em língua estrangeira é: “One of the most striking features of modern legislatures is their size: [...] we seem to go out of our way to ensure not only that a plurality of voices may be heard, but that many voices, a large variety of diferente dissenting voices, may be heard in the deliberations that take place in the legislative chamber”.

Considero, também, que o grande número de membros do Parlamento é importante, inclusive para se garantir uma melhor representação dos diversos grupos e segmentos que compõem a sociedade.

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *Legislating with integrity*. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, p. 384. O texto em língua estrangeira é: “In other words, we organize the legislative chamber as a place where dissenters can attempt to gain power, to overthrow or replace the powerful and popular politicians who currently command political support. The rightness of permitting this—indeed the moral requirement that dissenters must be permitted to act in this way—is one of the deepest and most important principles underlying our legislative procedures, and it is a principle that needs to be taken seriously in the way we interpret and manipulate those procedures”.

Mesmo apontando esses princípios e valores que, a seu ver, informam as regras do processo legislativo, Waldron reconhece que outros princípios e valores poderiam ser identificados, deixando claro que sua enumeração não é taxativa:

Certamente, há concepções concorrentes do que os vários princípios que mencionei exigem, e haveria também listas concorrentes dos princípios em si se alguém se desse ao trabalho de fazer exercício semelhante. Concentrei-me particularmente em princípios associados a democracia, representação, justiça e dissenso. Outros talvez sublinhassem princípios relacionados à eficiência, estabilidade e dever de cuidado que devem ter os legisladores com os que serão afetados por suas decisões. Meu ponto não é minimizar a possibilidade deste tipo de controvérsia. Justo o contrário: quero jogar luz sobre isso e afirmar que **é impossível entender a integridade dos nossos procedimentos legislativos sem nos engajarmos em profundos debates sobre coisas como democracia, representação, justiça e dissenso**. Em outras palavras, acredito que um legislador age com integridade não quando necessariamente concorda comigo sobre os princípios subjacentes ao processo legislativo, mas quando ele pelo menos reflete sobre quais devem ser aqueles princípios, quando deseja discutir a respeito, e tenta de boa-fé orientar sua observância das regras ao resultado daquela reflexão e discussão.⁶⁵ (grifo meu, tradução minha)

Voltaremos, adiante, a esse tema de princípios e valores que devem servir de base para o cumprimento, a interpretação e a avaliação da observância de regras regimentais. No último capítulo, apresentarei três princípios que devem nos guiar nessas tarefas, no caso brasileiro, sem prejuízo de outros.

Analizamos, até aqui, a dignidade do Parlamento e de sua obra, a legislação, e vimos, também, que a forma como o Poder Legislativo a produz importa para a legitimidade dela, sendo fundamental não apenas o respeito aos ritos procedimentais, mas igualmente a observância dos valores e princípios que os inspiraram. Vejamos, a seguir, como a doutrina tem compreendido o controle de constitucionalidade do que o Parlamento produz, bem como do processo legislativo em si.

⁶⁵ WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003, pp. 384-385. O texto em língua estrangeira é: “Certainly, there are competing conceptions of what the various principles I have mentioned require, and there would probably be competing lists of the principles themselves if anyone else bothered to undertake a similar exercise. I have concentrated particularly on principles associated with democracy, representation, fairness, and dissent; others might also stress principles relating to efficiency, stability, and the duty of care that legislators owe to those who will be affected by their decisions. My point is not to minimize the possibility of this sort of controversy. Quite the contrary: I want to highlight it and say that it is impossible to understand the integrity of our legislative procedures without engaging in deep controversies about things like democracy, representation, fairness, and dissent. In other words, I believe a legislator acts with integrity not when he necessarily agrees with me about the deeper principles underlying legislative procedure, but when he at least reflects on what those principles might be, is willing to engage in conversation about them, and attempts in good faith to orient his rule-compliance to the upshot of that reflection and conversation”.

1.3 O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo

Desde a segunda metade do século XX, no segundo pós-guerra, o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário vem crescendo no mundo.

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.⁶⁶

Como é sabido, tal processo foi desencadeado pela perplexidade causada pelas chocantes violações de direitos humanos pelo nazismo a que o mundo assistiu, com a consequente conclusão de que era imperioso construir mecanismos que impedissem que as maiorias eventuais violassem direitos fundamentais das minorias. Por outro lado, com o avanço desse processo, surgiu também a preocupação com o que significaria, em termos democráticos, permitir que juízes não eleitos invalidassem decisões de representantes eleitos pelo povo – a chamada “dificuldade contramajoritária”⁶⁷:

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepor suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado *dificuldade contramajoritária*. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Ao lado dessas, há, igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 364-365.

⁶⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 74.

tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.^{68,69}

No Brasil, o fenômeno também se verificou. Desde o advento da República, o Brasil adotou, por meio do Decreto nº 848/1890, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, em que qualquer juiz pode realizar o controle difuso e concreto de constitucionalidade. Nosso sistema tornou-se mais completo e complexo com a adoção do controle concentrado e abstrato por meio da Emenda Constitucional nº 16/1965. Mesmo assim, foi a Constituição de 1988 que ampliou em muito o controle de constitucionalidade entre nós, seja introduzindo novas ações de constitucionalidade, seja ampliando o leque de legitimados ativos para ajuizar tais ações.⁷⁰

Para tentar resolver o dilema da chamada “dificuldade contramajoritária”, surgiram diversas correntes teóricas, que analisaremos a seguir.

1.3.1 O constitucionalismo popular

Uma das correntes teóricas que surgiram para enfrentar a dificuldade contramajoritária é o constitucionalismo popular. Considero importante apresentá-la nesta tese por ter entre seus mais conhecidos representantes um autor que citamos diversas vezes nos itens anteriores deste capítulo, Jeremy Waldron. A forma como essa corrente trata o dilema é simples: ela sustenta que o controle jurisdicional de constitucionalidade é ilegítimo. Na opinião de seus mais destacados expoentes, como o próprio Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer, “a solução das questões políticas fundamentais deve retornar à esfera decisória dos órgãos eleitos

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 373.

⁶⁹ Em outro texto de sua autoria, partindo da inteligente observação de Eduardo Mendonça (*A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de Doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 213 e s.), Luís Roberto Barroso observa que “[s]e se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é *contrarrepresentativa*.” – BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 26.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77.

pelo voto popular”⁷¹, e não ficar nas mãos de juízes não eleitos. Waldron, por exemplo, defende que, como não há qualquer garantia *a priori* de que o Parlamento ou o Judiciário vão acertar mais na resposta sobre o conteúdo dos direitos, o correto é deixá-la a cargo do primeiro, onde atribui-se igual oportunidade e peso nas decisões a todas as pessoas graças à representação.

Em um de seus principais textos contra o controle jurisdicional de constitucionalidade, *The core of the case against judicial review*, Waldron defende que o *locus* ideal para a solução de desacordos sobre os direitos que os membros de uma sociedade têm são suas instituições legislativas, e não seus tribunais, nem mesmo para que estes revejam as decisões daquelas⁷². Para o autor, nenhum processo decisório é perfeito: tanto em processos em que a última palavra pertence ao Parlamento quanto em processos em que ela cabe ao Judiciário haverá erros⁷³.

Para Waldron, quando se quer avaliar ou projetar um processo decisório, razões de duas ordens podem ser consideradas: razões que dizem respeito ao processo em si e razões que dizem respeito ao resultado do processo.⁷⁴ As primeiras estão relacionadas a quem deve participar da decisão, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado. Em termos políticos, normalmente essas razões estão ligadas à igualdade política e ao direito democrático ao voto, em que cada voz é levada em consideração, mesmo que outros não concordem com ela.⁷⁵ Para assegurar que elas sejam observadas, é fundamental garantir eleições justas para a escolha dos representantes. Na assembleia de representantes, deve-se adotar o princípio da decisão majoritária, aquele que trata da maneira mais equânime a todos, dando o maior peso possível que se pode dar a cada um, dando o mesmo peso para todos, como visto acima. O autor destaca que apenas quando se atribui a palavra final no processo decisório às instituições legislativas é, em última instância, que se a deixa nas mãos do povo, por meio dos representantes por eles escolhidos. Fazer diferente, *i.e.*, deixar a decisão final sobre quem tem quais direitos nas mãos de cortes judiciais, faria com que a decisão carecesse de legitimidade democrática. É nesse sentido que Waldron defende que as razões que dizem respeito ao processo em si pesam

⁷¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86.

⁷² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1360.

⁷³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1372.

⁷⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1372.

⁷⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, pp. 1372-1373.

em favor de decisões sobre direitos caberem ao Legislativo⁷⁶. Quanto às razões relacionadas ao resultado do processo decisório sobre direitos, Waldron afirma que não há nenhuma vantagem ou garantia de que aquelas tomadas por uma corte seriam melhores, em qualidade, do que as tomadas pelo Parlamento.

No entanto, cumpre perscrutar as quatro premissas de que parte Jeremy Waldron para chegar a tais conclusões. Ele pressupõe uma sociedade que tenha:

[...](1) instituições democráticas funcionando razoavelmente bem, incluindo um legislativo representativo eleito com base no sufrágio universal de adultos; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente funcionando razoavelmente bem, criadas de forma não-representativa para receber ações individuais, resolver disputas e defender o estado de direito; (3) um compromisso da maioria dos membros da sociedade e da maioria de seus agentes públicos quanto à ideia de direitos individuais e de minorias; e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos (ou seja, sobre o que realmente significa o compromisso com os direitos e quais são as suas implicações) entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos.⁷⁷ (tradução minha)

Diante dessas premissas, inevitável perguntar-nos sobre o que significa para o autor “instituições democráticas funcionando razoavelmente bem”. No mesmo texto, ele assim as define:

[...]uma situação em que as leis e as políticas públicas são estabelecidas pelo povo e por seus representantes trabalhando em instituições eletivas. [...] um **sistema político amplamente democrático** com sufrágio universal adulto, e tem um **legislativo representativo**, para o qual são realizadas **eleições em bases justas** e regulares. Parto do princípio que esse legislativo é um corpo deliberativo grande, **acostumado a lidar com temas difíceis**, incluindo importantes assuntos de justiça e política social. Os legisladores deliberam e votam sobre temas públicos, e **os procedimentos legislativos são elaborados e responsáveis, e incorporam várias salvaguardas**, como o bicameralismo, **robusto escrutínio por comissões**, e **múltiplos níveis de consideração, debate e votação**. Parto do princípio que esses procedimentos se conectam tanto formalmente (através de **audiências e consultas públicas**) e informalmente com **debates mais amplos na sociedade**. Membros do legislativo se veem como representantes, de várias formas, algumas vezes colocando os interesses e opiniões de seus eleitores no centro de sua participação, outras vezes pensando mais em termos de representação virtual de interesses e opiniões da sociedade como um todo. Parto também do princípio que há partidos políticos, e que **as filiações partidárias dos legisladores são decisivas para que adotem uma visão mais ampla**

⁷⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1386.

⁷⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1360. O texto em língua estrangeira é: “(1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights”.

que apenas os interesses e opiniões de seus eleitores imediatos.⁷⁸ (grifos meus, tradução minha)

Como as partes grifadas por mim na citação acima mostram, o autor idealiza as instituições legislativas. É bem verdade que tais características deveriam marcar nossas instituições democráticas, mas infelizmente ainda estão no campo do dever-ser. Ou poderíamos dizer que nossas eleições são justas? Não obstante a histórica decisão do STF declarando inconstitucional a doação eleitoral de pessoas jurídicas – talvez a mais importante reforma eleitoral feita no país nos últimos tempos –, infelizmente ainda não podemos dizer que as eleições são justas e que garantem a desejada igualdade política para todos. Mais do que isso, infelizmente não é possível afirmar que nossos procedimentos legislativos são suficientemente elaborados e responsáveis, incorporando várias salvaguardas, como um robusto escrutínio por comissões. Basta ver, por exemplo, como tem sido constante a aprovação de requerimentos de urgência para a tramitação de proposições complexas e sensíveis, fazendo-as saltar a etapa das comissões, sendo levadas diretamente para o plenário. Ou como tem sido limitado e superficial o debate no Congresso Nacional de matérias com graves consequências, como as que tratam da liberação de agrotóxicos ou de anistias para desmatadores. Outro aspecto a se lamentar são os atropelos impostos por majorias eventuais ao que deveriam ser os múltiplos níveis de consideração, debate e votação, que não poucas vezes têm o tempo reduzido ou as condições para que alguém se convença de argumentos contrários esvaziadas. Não menos frustrantes são as tentativas de cerceamento de audiências públicas ou o seu próprio esvaziamento, quando a sociedade fala, mas o Parlamento simplesmente não ouve. Por último, mas não menos importante, a decepção com o papel jogado por muitos partidos políticos, que não discutem um programa próprio, suas propostas, ou visões de país e de mundo, mas funcionam como siglas sem muito significado ideológico real.

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1361. O texto em língua estrangeira é: “a situation in which its laws are made and its public policies are set by the people and their representatives working through elective institutions. [...] a broadly democratic political system with universal adult suffrage, and it has a representative legislature, to which elections are held on a fair and regular basis. I assume that this legislature is a large deliberative body, accustomed to dealing with difficult issues, including important issues of justice and social policy. The legislators deliberate and vote on public issues, and the procedures for lawmaking are elaborate and responsible,⁴⁶ and incorporate various safeguards, such as bicameralism,⁴⁷ robust committee scrutiny, and multiple levels of consideration, debate, and voting. I assume that these processes connect both formally (through public hearings and consultation procedures) and informally with wider debates in the society. Members of the legislature think of themselves as representatives, in a variety of ways, sometimes making the interests and opinions of their constituents key to their participation, sometimes thinking more in terms of virtual representation of interests and opinions throughout the society as a whole. I assume too that there are political parties, and that legislators' party affiliations are key to their taking a view that ranges more broadly than the interests and opinions of their immediate constituents”.

O autor, no entanto, nega estar idealizando o Poder Legislativo, procurando mostrar reconhecer que, nem sempre, as instituições legislativas funcionam assim:

Elas podem não ser perfeitas e provavelmente deve haver debates em andamento sobre como melhorá-las. Parto do princípio de que esses debates são informados por uma cultura democrática, que valoriza a deliberação responsável e a igualdade política. O segundo desses valores – a igualdade política – merece uma ênfase particular. Parto do princípio que essas instituições, procedimentos, e práticas de legislação são mantidas sob constante revisão desta perspectiva, de forma que se há desigualdades de representação que limitam seriamente o ideal de igualdade política, é entendido por todos os membros da sociedade que essa é uma crítica a ser feita e que, se necessário, o legislativo e o sistema eleitoral devem ser mudados para corrigir isso. E parto do princípio de que o legislativo é capaz de organizar tal mudança, seja por sua própria iniciativa ou por referendo.⁷⁹ (tradução minha, grifos meus)

Mais uma vez, percebe-se que o autor, ao reconhecer que o Legislativo pode conter imperfeições, idealiza sua capacidade de reconhecê-las e de adotar medidas eficazes para superá-las. Em outro trecho, do mesmo artigo, Waldron insiste em tentar compensar o reconhecimento das possíveis limitações do Legislativo com uma aposta em sua capacidade de autorregeneração:

É claro, no mundo real, a realização da igualdade política através de eleições, representação e **processo legislativo** é imperfeita. **Sistemas eleitorais são falhos** (por exemplo, por arranjos insatisfatórios de desenhos de limites de distritos ou falta de proporcionalidade entre distritos), **assim como procedimentos legislativos** (por exemplo, por um sistema de antiguidade que compromete a justiça no Legislativo). Tudo isso pode ser reconhecido. Mas lembrem-se de nossa primeira premissa: um conjunto de instituições legislativas – incluindo um sistema de eleições para o legislativo e um sistema de tomadas de decisão nele – que estão funcionando razoavelmente bem na medida em que esses valores democráticos de igualdade e justiça são observados. Estamos partindo da premissa também de que os legisladores

⁷⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, pp. 1361-1362. O texto em língua estrangeira é: “They may not be perfect and there are probably ongoing debates as to how they might be improved. I assume these debates are informed by a culture of democracy, valuing responsible deliberation and political equality. The second of these values – political equality-is worth particular emphasis. I assume that the institutions, procedures, and practices of legislation are kept under constant review from this perspective, so that if there are perceived inequities of representation that derogate seriously from the ideal of political equality, it is understood among all the members of the society that this is an appropriate criticism to make and that, if need be, the legislature and the electoral system should be changed to remedy it. And I assume that the legislature is capable of organizing such change, either on its own initiative or by referendum”.

e seus eleitores mantêm esse sistema sob revisão para sua conformidade a esses princípios.⁸⁰⁻⁸¹ (grifos meus, tradução minha)

Contra o argumento de que essas premissas podem não se verificar na realidade de instituições legislativas concretas, a resposta do autor é simples: “caso as premissas não se verifiquem, o argumento contra o controle jurisdicional apresentado nesse artigo não funciona.”⁸² Nesse sentido, Waldron reconhece haver circunstâncias – **“patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e preconceito endêmico”**⁸³ (grifo meu, tradução minha) – que justificariam assumir o custo antidemocrático do controle jurisdicional⁸⁴. Como lamentavelmente é necessário constatar, tais circunstâncias não são tão excepcionais assim, o que, segundo o próprio autor, justificaria o controle de constitucionalidade.

Ainda que assim não fosse, entendo que nos argumentos de Waldron contra o controle de constitucionalidade material não se encontra razão para negar ao Judiciário a possibilidade de colaborar para o melhor funcionamento do Legislativo – isto é, para que o próprio possa resolver os desacordos legítimos sobre direitos garantindo uma deliberação responsável que respeite e promova a igualdade política – mediante o controle jurisdicional do **processo legislativo**. Ao contrário. Justamente para reduzir o controle substantivo de constitucionalidade é que se deveria aumentar o controle do processo. Para que de fato a palavra final seja dada pelo Legislativo, é indispensável que a forma como se vai chegar a ela seja a mais democrática

⁸⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1389. O texto em língua estrangeira é: “Of course, in the real world, the realization of political equality through elections, representation, and legislative process is imperfect. Electoral systems are often flawed (e.g., by unsatisfactory arrangements for drawing district boundaries or a lack of proportionality between districts) and so are legislative procedures (e.g., by a system of seniority that compromises fairness in the legislature). All this can be acknowledged. But remember our first assumption: a set of legislative institutions -including a system of elections to the legislature and a system of decisionmaking within it-that are in reasonably good shape so far as these democratic values of equality and fairness are concerned. We are assuming also that the legislators and their constituents keep this system under review for its conformity to these principles”.

⁸¹ Infelizmente, o caso brasileiro não dá razão aos argumentos de Waldron neste ponto. Basta recordar que as recentes mudanças na distribuição de recursos financeiros e de tempo de propaganda eleitoral gratuita na televisão e no rádio atendendo no que diz respeito a candidatas mulheres, em 2018, e a candidaturas negras, em 2020, vieram do Poder Judiciário e não do Legislativo.

⁸² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1402. O texto em língua estrangeira é “In cases in which the assumptions fail, the argument against judicial review presented in this Essay does not go through”.

⁸³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1406. O texto em língua estrangeira é “peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice”.

⁸⁴ “Um dos principais críticos da *judicial review*, isto é, à possibilidade de cortes de justiça declararem a inconstitucionalidade dos atos normativos, Jeremy Waldron, no entanto, reconhece que ela pode ser necessária para enfrentar patologias específicas, em um ambiente em que certas políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes.” - BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377, nota de rodapé n. 42.

possível, para que não lhe falte a legitimidade que é, segundo o autor, sua principal marca. A essa tese voltaremos no último capítulo.

A respeito dessa corrente, filio-me à visão de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

Entendemos que o constitucionalismo popular não é uma teoria constitucional satisfatória. Dentre os seus pecados está, em nossa opinião, a idealização do processo político efetivamente existente nas sociedades como um espaço igualitário, em que todos os cidadãos têm o mesmo peso. As democracias representativas contemporâneas estão muito longe desse ideal, como se observa claramente no caso brasileiro. Não se deve imaginar o Poder Judiciário como instância virtuosa de defesa de direitos e princípios, como fazem alguns defensores do controle de constitucionalidade, tampouco se deve incidir no erro oposto, de glorificação do processo político majoritário, ignorando as suas deficiências reais, dentre os quais está a sua excessiva infiltração pelo poder econômico. Nesse erro incidiram os teóricos do constitucionalismo popular.⁸⁵

Além de idealizar o processo eleitoral e a consequente escolha dos representantes, sem atentar para os elementos que funcionam como filtros e barreiras que acabam por distorcer a representação, os adeptos do constitucionalismo popular idealizam também o próprio processo legislativo. Não se dão conta, por exemplo, de que, por vezes, às minorias parlamentares – normalmente representantes de minorias sociais do ponto de vista do poder econômico e político, e não do ponto de vista quantitativo – não resta outra alternativa a não ser buscar socorro em um árbitro externo para não serem esmagadas por seus adversários internos, no Parlamento. Isso porque não raro não encontram proteção naqueles que deveriam funcionar como árbitros internos: os presidentes das casas legislativas.

Para se ter uma ideia de como é grande o desafio de se garantir isenção e imparcialidade no comando do Parlamento, na Inglaterra, quando um deputado é eleito presidente da Casa dos Comuns – a Câmara baixa de lá – ele se desfilia de seu partido e passa a disputar eleições sem estar filiado a qualquer partido. Os demais partidos, por sua vez, ficam impedidos, pela regra costumeira, de lançar candidaturas ao Parlamento no distrito do presidente, de forma a garantir sua reeleição para o Legislativo. É como se toda a Casa dos Comuns, para garantir a imparcialidade de quem vai conduzir os seus trabalhos, fizesse um acordo para garantir indefinidamente seu mandato, ao não lançar concorrentes em seu distrito⁸⁶.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 88-89.

⁸⁶ No *Erskine May: Parliamentary Practice* (originalmente denominado *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*), o mais prestigiado e influente guia de procedimentos legislativos do Parlamento britânico, a ponto de ser considerado parte integrante da constituição não-escrita britânica, redigido por Thomas Erskine May, uma espécie de Secretário-Geral da Mesa da Casa dos Comuns, publicado em 1844,

Já aqui no Brasil, de maneira oposta, ninguém imagina, nem de longe, que o presidente da Câmara ou o presidente do Senado sejam imparciais. Ao contrário, tais cargos têm sido ocupados por parlamentares com uma agenda própria – política, econômica, social –, a qual têm tentado implementar, usando, para tanto, a força de tais cargos. Isso tem feito com que conduzam os trabalhos com objetivos claros em termos de agendas a serem aprovadas pelas casas que comandam. Sendo assim, como garantir que conseguirão se manter minimamente imparciais na presidência dos trabalhos e na interpretação das regras procedimentais? O fato de estarem previamente comprometidos com os resultados que querem alcançar em termos de agenda não representa um obstáculo à imparcialidade que deveria ser a marca de quem apita o jogo? Nesse sentido, a regra regimental que impede os presidentes das casas legislativas de votar não parece ter se tornado apenas um símbolo vazio da sua imparcialidade perdida?

Como se pode perceber, é fundamental entender também o que acontece dentro do Congresso Nacional para analisar qual jurisdição constitucional se torna necessária. É fundamental analisar não apenas o resultado do que produziu o Congresso em termos de decisões legislativas, mas também a forma como se produziu tal resultado. É essencial olhar para o processo legislativo. Da mesma maneira que o controle de constitucionalidade surgiu para evitar que maiorias eventuais violassem direitos fundamentais de minorias, como fez o nazismo, é preciso poder usá-lo também para evitar que, no processo legislativo, os direitos da minoria parlamentar sejam atropelados pelas maiorias que comandam as casas legislativas. Em busca da resposta para essa questão, passemos a analisar outra teoria constitucional, o procedimentalismo.

diz sobre o presidente da Casas dos Comuns, a Câmara baixa britânica: “A confiança na imparcialidade do presidente é uma condição indispensável para o sucesso dos procedimentos, e muitas convenções existentes têm objetivo não apenas de assegurar a imparcialidade do presidente, mas também que essa imparcialidade seja por todos reconhecida. O presidente não toma parte nos debates no plenário nem nas comissões, mas pode ocasionalmente fazer observações na presidência dos trabalhos. O presidente somente vota em caso de empate, e de acordo com regras que impedem uma manifestação de opinião sobre o mérito da questão. Nas eleições gerais, o presidente se apresenta aos eleitores como “presidente candidato à reeleição”, sem Partido; ao contrário do que se fazia normalmente, candidatos dos principais partidos não têm se apresentado para concorrer com o presidente à sua vaga na Casas dos Comuns (tradução livre). O texto em língua estrangeira é: “Confidence in the impartiality of the Speaker is an indispensable condition of the successful working of procedure, and many conventions exist which have as their object not only to ensure the impartiality of the Speaker but also to ensure that that impartiality is generally recognised. The Speaker takes no part in debate either in the House or in committee, but makes occasional observations from the Chair. The Speaker votes only when the voices are equal, and then in accordance with rules which preclude an expression of opinion upon the merits of a question. At a General Election the Speaker stands as ‘the Speaker seeking re-election’, as belonging to no party; in a reversion to a frequent previous practice, candidates from major parties have not contested the Speaker's seat in recent general elections.” REINO UNIDO. *Erskine May: Parliamentary Practice*. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://erskinemay.parliament.uk/section/6005/the-speaker-as-presiding-officer-of-the-house-of-commons/>> Acessado em: 23 de abr. 2021.

1.3.2 O procedimentalismo

O procedimentalismo, como teoria constitucional, tanto diz respeito a uma certa concepção do papel de uma Constituição quanto ao que julga ser adequado em termos de jurisdição constitucional⁸⁷. No que diz respeito ao papel da Constituição em si, defende que se trata de definir as regras do jogo democrático. Nesse sentido, não lhe caberia firmar decisões substantivas sobre direitos, por exemplo, salvo sobre aqueles considerados pressupostos para o funcionamento da democracia, como a liberdade de expressão, por exemplo. O conteúdo dos direitos deve ser decidido pelo legislador ordinário, em cada momento do desenvolvimento histórico de uma sociedade. Já quanto ao que sustenta que deva ser a jurisdição constitucional, o procedimentalismo defende uma atuação mais modesta, autocontida, exceto quando estiver em jogo a salvaguarda dos pressupostos do jogo democrático. Vamos, nos próximos parágrafos, analisar as contribuições de três relevantes autores procedimentalistas: o norte-americano John Hart Ely, o alemão Jürgen Habermas e o argentino Carlos Santiago Nino.

Em seu livro *Democracia e Desconfiança*⁸⁸, John Hart Ely apresentou sua visão tanto do papel da Constituição norte-americana quanto de como deveria ser a atuação da Suprema Corte, com base naquele papel. A seu ver, a Constituição norte-americana original tratava mais de questões procedimentais e estruturais do que de valores substantivos específicos⁸⁹. Isso não quer dizer que não os proteja, mas o faz por meio de proteções procedimentais, segundo Ely. Veja-se, por exemplo, o caso da proteção do valor da liberdade:

Mas não me interprete mal: nossa Constituição sempre teve o grande objetivo substancial de preservar a liberdade. Não fosse assim, não valeria a pena lutar por ela. Mas a questão que interessa à nossa investigação é como buscaram alcançar tal meta. As principais respostas a essa pergunta, como vimos, são dadas por um conjunto bastante amplo de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos, em condições de relativa igualdade, e os responsáveis pelas decisões cumprirão o dever de levar em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas deliberações. (Na maioria das vezes o documento parte do

⁸⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89.

⁸⁸ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

⁸⁹ “[...] só estou tentando provar que a Constituição original tratava principalmente – talvez se deva dizer: esmagadoramente – de questões procedimentais e estruturais, e não de identificar e preservar valores substantivos específicos.” ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade*. 1ª Ed. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 122.

pressuposto que assegurar o acesso efetivo ao processo é a melhor maneira de garantir que os interesses de um indivíduo sejam levados em conta, e isso em geral é verdade. Outras disposições, no entanto – em particular, mas não exclusivamente, a Cláusula da Igual Proteção –, refletem a percepção de que o acesso nem sempre é suficiente.) A estratégia geral, portanto, não foi a de fixar no documento um conjunto de direitos substanciais aos quais foi concedida proteção permanente. Em vez disso, a Constituição pressupõe, de modo bastante sensato, que a maioria efetiva jamais ameaçará seus próprios direitos; e busca assegurar que essa maioria não trate outros grupos de modo sistematicamente pior do que trata a si mesma. Para tanto, a Constituição estrutura o processo de decisão em todos os níveis a fim de assegurar, em primeiro lugar, que os interesses de todos serão representados efetiva ou virtualmente (em geral, de ambos os modos) no momento da decisão substantiva; e, em segundo lugar, que os processos de aplicação das leis aos casos individuais não serão manipulados de modo que reintroduzam na prática uma discriminação que na teoria não é permitida.⁹⁰

A seu ver, o que a Constituição norte-americana faz é exatamente o que uma Constituição deve fazer: estruturar processos, não resultados:

A Constituição norte-americana, portanto, em sua maior parte, é e sempre foi uma Constituição propriamente dita, cuja preocupação principal são as questões constitutivas. O que a distingue, e o que de fato distingue os próprios Estados Unidos, é um processo de governo, não uma ideologia dominante. Como escreveu o juiz Linde: “Como carta constitutiva do Estado, a Constituição não deve prescrever resultados legítimos, mas sim processos legítimos – isso para que, como a nossa (ao contrário de documentos mais ideológicos, em outros países), ela possa servir a várias gerações em diferentes eras.”⁹¹

Sendo esse o papel da Constituição, o de prescrever processos legítimos em vez de resultados legítimos, Ely defende que cabe à corte constitucional zelar para que o processo decisório funcione bem. Nesse sentido, Ely compara o papel do juiz constitucional ao do árbitro de futebol: “o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz gol”⁹². Para o autor, o mau funcionamento se dá quando o processo não merece confiança, quando

(1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva e sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.⁹³

⁹⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 133-134.

⁹¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 134.

⁹² ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 136-137.

⁹³ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 137.

Ora, quem seriam os mais indicados para identificar esse mau funcionamento do processo decisório? Os próprios legisladores ou aqueles que não participaram do processo e, por isso, o veem de fora, com maior isenção, pelo menos em princípio? Ely responde:

É óbvio que nossos representantes eleitos são as últimas pessoas a quem devemos confiar a identificação de qualquer uma dessas situações. Os juízes nomeados, no entanto, estão relativamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo. [...] Isso também lhes dá condições de avaliar objetivamente – embora ninguém possa dizer que a avaliação não estará cheia de decisões discricionárias tomadas no calor do momento – qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canais da mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar.⁹⁴

Assim, a função precípua da Suprema Corte seria garantir que os canais de participação política continuassem sempre abertos, preocupando-se com o que as majorias pudessem fazer contra as minorias e corrigindo as diversas formas de discriminação. Essa visão do controle jurisdicional que favorece a participação e a representação seria a mais coerente com o sistema representativo norte-americano e evitaria que juízes substituíssem os eleitos na definição substantiva de valores e direitos, um erro a seu ver. Era isso que Ely havia identificado como marca da atuação da Suprema Corte na era Warren⁹⁵: uma preocupação processual em sentido amplo permeando suas decisões, mesmo aquelas tidas como mais intervencionistas.

É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo não era alimentado por um desejo por parte da Corte de impor certos valores fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.⁹⁶

Para Ely, esse tipo de controle jurisdicional se dava em favor da democracia, e não contra ela, e por isso seria válido. Como exemplo, podemos citar decisões contra o desenho de distritos eleitorais pelas câmaras legislativas norte-americanas, evitando distorções propositalmente criadas na representação. Seria o tipo de decisão tomada por órgãos democráticos, desfeita por juízes não eleitos, em defesa da própria representação, e não contra

⁹⁴ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 137.

⁹⁵ Período em que a Suprema Corte norte-americana foi presidida por Earl Warren, de 1953 a 1969, com uma atuação marcadamente progressista.

⁹⁶ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 98.

ela. A concepção procedimentalista de Ely é, portanto, mais formalista, mais ligada à garantia de processos eleitorais, por exemplo.

O filósofo alemão Jürgen Habermas partiu da abordagem procedimentalista que Ely propôs, mas foi além, ao enfrentar o tema da dificuldade contramajoritária. Propôs, em suas próprias palavras, uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle da constitucionalidade. Ele não propõe apenas o controle do processo democrático em si, mas a própria proteção de direitos fundamentais contra decisões majoritárias, uma vez que eles constituem pressupostos para o próprio funcionamento da democracia:

Os direitos fundamentais serão considerados como condição necessária para o processo democrático. Por isso é que nem mesmo a vontade da maioria pode interferir nesses direitos. A maioria eleita democraticamente não possui a prerrogativa de inviabilizar o próprio funcionamento democrático.⁹⁷

Habermas está preocupado com a legitimidade das decisões políticas, para que o direito seja legítimo e efetivo. O que garante a legitimidade das leis é o processo legislativo, que se apoia no princípio da soberania popular:

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo.⁹⁸

No entanto, essa força legitimadora do direito precisa ser extraída do processo de entendimento dos cidadãos, que o fazem por meio do agir comunicativo:

De outro lado, o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência. Para preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexó interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo.⁹⁹

⁹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, racionalidade prática e democracia*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, p. 175.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 114.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 115.

Dessa forma, o exercício do poder político é legitimado por sua ligação com o direito legitimamente estatuído:

A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.¹⁰⁰

Isso significa garantir que todas as questões relevantes, temas e contribuições sejam abordados e elaborados em discursos e negociações, à base das melhores informações e argumentos possíveis: tudo para garantir um igual emprego das liberdades comunicativas por todos os cidadãos. É do poder comunicativo dos cidadãos que se deduz todo o poder político. É à luz do princípio do discurso que se deve organizar o processo legislativo, bem como é de sua lógica que decorre o princípio do pluralismo político e a necessidade de complementar a formação da opinião e da vontade parlamentar por meio de uma formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos.¹⁰¹ Para que todos possam participar dessa formação informal da opinião em condições minimamente iguais, é decisivo garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Caso o Parlamento decidisse não ouvir o que se constrói em termos de formação de opinião pública nos espaços públicos informais, ele mesmo estaria a destruir a base sobre a qual se apoia:

A formação política da vontade, organizada em formas de um poder político legislativo, destruiria a base civil de seu próprio funcionamento racional, caso ela tapasse as fontes espontâneas das esferas públicas autônomas e se encapsulasse em relação ao fluxo de temas, contribuições, informações e argumentos, que flutuam livremente numa esfera pré-política estruturada igualmente.¹⁰²

É essa abertura do Parlamento ao que vem da sociedade que garante a legitimidade da lei: uma norma geral que obtém validade por meio da aprovação da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública. Nesse sentido:

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 213-214.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 229.

O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos *a priori*, aos quais o direito deveria corresponder. [...] com isso não se ameaça a primazia da Constituição perante a legislação; pois uma Constituição, que configura e interpreta o sistema de direitos, não contém “nada mais do que os princípios e condições do processo legislativo que não pode ser interrompido.”¹⁰³

Assim, para Habermas, a Constituição não se destina a impor uma determinada forma de vida, mas condições processuais da gênese democrática das leis que assegurem a legitimidade do direito:

De outro lado, porém, a Constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de conduzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. [...] Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da Constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição.¹⁰⁴ (grifos do autor)

Como se vê, a concepção que Habermas tem da Constituição e da própria democracia como um processo deliberativo que passa por espaços públicos informais e formais faz com que adote outra visão sobre o papel da corte constitucional:

Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob as condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social. Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política.¹⁰⁵ (grifos do autor)

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 235-236.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 340.

Ao caracterizar o tribunal constitucional como o guardião do processo deliberativo, Habermas descreve uma atuação do tribunal na defesa de direitos fundamentais que, na prática, se traduz na proteção da própria democracia, já que a garantia de tais direitos será fundamental para que o melhor argumento possa vencer na arena pública. Ao fim e ao cabo é isso que garantirá a racionalidade das pretensões normativas, o que, em última instância, assegurará a legitimidade do direito.

Como vimos, Habermas vai mais longe que Ely: defende que o tribunal constitucional tome decisões de forma a garantir direitos fundamentais, inclusive contra decisões majoritárias, uma vez que os considera condições procedimentais da própria democracia. Dessa forma, resolve-se, a seu ver, a dificuldade contramajoritária: a atuação da Corte se dá em defesa da democracia pela qual se constituiu a própria maioria, cuja decisão se decide superar. Além disso, Habermas entende a democracia como um processo deliberativo, cujo funcionamento é tarefa do tribunal constitucional proteger, em especial assegurando a livre formação discursiva da opinião nos espaços públicos informais para que ela flua e se transforme na vontade do Parlamento, dando origem a um direito legítimo.

Carlos Santiago Nino, por sua vez, aponta o valor epistêmico da discussão coletiva e da decisão majoritária, para justificar por que considera mais provável que o resultado desse processo seja superior à decisão de juízes não eleitos sobre o conteúdo dos direitos. No entanto, ressalta que a qualidade dessa decisão depende das condições subjacentes ao processo:

A capacidade epistêmica da discussão coletiva e da decisão majoritária para detectar soluções moralmente corretas não é absoluta, mas varia de acordo com o grau de satisfação das condições que subjazem ao processo. Estas condições são: que todas as partes interessadas participem em uma base razoável de igualdade e sem nenhuma coerção; que possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos genuínos; que o grupo tenha uma dimensão apropriada que maximize a probabilidade de um resultado correto; que não haja nenhuma maioria isolada, mas que a composição das maiorias e minorias mude com as diferentes matérias; que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extraordinárias.¹⁰⁶ (tradução minha)

Essa superioridade epistêmica da decisão majoritária deve ser reconhecida e respeitada mesmo quando discordamos de seu conteúdo, segundo Santiago Nino, sob pena de somente

¹⁰⁶ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 180. O texto em língua estrangeira é: “La capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias”.

aceitarmos os resultados com os quais estivermos de acordo. Aceitar o seu resultado não significa dizer que acreditamos que a decisão majoritária sempre estará correta: as maiorias também erram, como já provou a história. Porém, se toda vez que discordarmos da decisão tomada pela maioria nos recusarmos a reconhecê-la, estaremos negando a superioridade epistêmica das decisões democráticas. Obviamente esse raciocínio só é válido se as condições que garantem o valor epistêmico do processo estiverem asseguradas.

Essa compreensão da democracia deliberativa permite superar a dificuldade de conciliar a dimensão ideal substantiva de uma Constituição – a “Constituição dos direitos” – e a dimensão ideal processual dessa Constituição – a “Constituição do poder”:

A visão deliberativa da democracia baseada em seu valor epistêmico resolve essa tensão entre o processo e o conteúdo. Nesta visão, não há uma tensão entre o reconhecimento dos direitos e o funcionamento do processo democrático, dado que o valor deste reside na sua capacidade para poder decidir assuntos morais como o conteúdo, o alcance e a hierarquia dos direitos.¹⁰⁷ (tradução minha)

No capítulo precedente, sugeri que a democracia deliberativa é o melhor procedimento para entender e alcançar a real vigência dos direitos individuais. A partir desta posição, sustentei que a dimensão ideal da Constituição a respeito dos direitos pode surgir da organização ideal do poder, se esta organização pudesse realizar-se na prática constitucional real.¹⁰⁸ (tradução minha)

Para alguns, pode parecer que prefiro a Constituição ideal dos direitos à Constituição ideal do poder. A primeira é o fim, a segunda só um instrumento. Sem embargo, na prática a prioridade é inversa. Devemos estabelecer e discutir a Constituição ideal do poder dado que a Constituição ideal dos direitos parece ser um resultado dela.¹⁰⁹ (tradução minha)

Portanto, para Santiago Nino, devemos buscar garantir a Constituição ideal do poder para, por meio dela, alcançar a Constituição ideal dos direitos. O caminho para se tentar isso é procurar assegurar condições que aumentem a chance de se chegar a um bom resultado pelo

¹⁰⁷ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 190. O texto em língua estrangeira é: “La visión deliberativa de la democracia basada sobre su valor epistémico resuelve esta tensión entre el proceso y el contenido. Bajo esta visión, no hay una tensión entre el reconocimiento de los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, dado que el valor de éste reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos”.

¹⁰⁸ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 259. O texto em língua estrangeira é “En el capítulo precedente, sugeri que la democracia deliberativa es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales. Desde esta posición, sostuve que la dimensión ideal de la constitución respecto de los derechos puede surgir de la organización ideal del poder si esta organización pudiera lograrse en la práctica constitucional real”.

¹⁰⁹ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 191. O texto em língua estrangeira é: “Para algunos, puede parecer que prefiero la constitución ideal de los derechos por sobre la constitución ideal del poder. La primera es el fin, la segunda sólo un instrumento. Sin embargo, en la práctica la prioridad es la inversa. Debemos establecer y discutir la constitución ideal del poder, dado que la constitución ideal de los derechos parece ser un resultado de ella”.

processo democrático: a participação livre e igual no processo de discussão e de tomada de decisões, a orientação da comunicação no sentido da justificação das posições, a ausência de minorias congeladas e isoladas, a existência de um marco emocional apropriado para a argumentação. Esses pré-requisitos podem ser vistos, segundo Santiago Nino, como uma base para uma declaração de direitos, podendo ser considerados como que direitos *a priori*, que, se respeitados, promovem e garantem o valor epistêmico da democracia.¹¹⁰

Tais pré-requisitos ou direitos *a priori*, no entanto, podem ser ameaçados não apenas por ações, mas também por omissões. A liberdade e a igualdade, por exemplo, que são precondições do processo democrático, tanto podem ser colocadas em risco por ações como ameaças ou violência mesmo, como também podem ser sabotadas pelo fracasso em dar iguais meios para participar ativamente do processo de deliberação e de tomada de decisão: “O direito à liberdade de expressão, que é por suposto um direito *a priori*, não requer apenas ser livre de censura, mas também ter acesso positivo a meios para comunicar-se com outros”¹¹¹ (tradução minha). Como exemplos, Santiago Nino cita o acesso seja a um microfone, seja ao rádio ou à televisão. Sem os direitos fundamentais garantidos, não é possível participar completa ou ao menos igualmente do processo de deliberação coletiva e de decisão majoritária.

Sem a observância desses pré-requisitos, não há superioridade epistêmica no processo democrático, que, aliás, sequer poderia ser chamado de democrático. Nesse caso, em nada seria esse processo epistemologicamente superior ao processo judicial.¹¹² Por isso, Santiago Nino aponta exceções à dúvida que a teoria epistêmica da democracia lança sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade. A primeira e mais importante delas, para este estudo, é o controle do procedimento democrático.¹¹³

O procedimento democrático não é uma atividade espontânea, mas um produto de regras. Estas regras não são arbitrárias, mas estão desenhadas para maximizar o valor epistêmico daquele processo. Como sustentei anteriormente, este valor depende de vários fatores, incluindo a amplitude da participação na discussão entre aqueles potencialmente afetados pela decisão que se tome; a liberdade dos participantes de poder expressar-se por si mesmos em uma deliberação; a igualdade de condições sob as quais a participação se leva a cabo; a satisfação da exigência de que as propostas

¹¹⁰ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 192.

¹¹¹ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 192-193. O texto em língua estrangeira é: “El derecho de la libertad de expresión, que es por supuesto un derecho *a priori*, no requiere sólo de ser libre de censura sino también de tener acceso positivo a los medios para comunicarse con otros”.

¹¹² NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 272.

¹¹³ As outras duas exceções são para garantir a autonomia pessoal contra as chamadas leis perfeccionistas, que tentam impor um certo tipo de vida pessoal como padrão para todas as pessoas, e decisões majoritárias claramente contrárias à Constituição histórica, tal como entendida e praticada pela comunidade.

sejam apropriadamente justificadas; o grau em que o debate é fundado em princípios em vez de consistir em uma mera apresentação de interesses; o evitar maiorias congeladas; a extensão em que a maioria apoia as decisões; a distância no tempo desde que o consenso foi alcançado; e a reversibilidade da decisão.¹¹⁴ (tradução minha)

Essas regras têm, como se percebe, o objetivo de assegurar o valor epistêmico do processo de produção de leis. Se observadas, tendem a produzir as melhores escolhas, embora, evidentemente, não impeçam por completo o erro. No entanto, sabemos que não é fácil garantir, sempre, sua observância. Diante desse fato, é natural que nos perguntemos: a quem deve caber assegurar o adequado cumprimento de tais regras?

Surge, por suposto, a questão de saber quem deve assegurar que as regras do procedimento democrático sejam adequadamente cumpridas. Essa responsabilidade não pode delegar-se ao processo democrático mesmo, dado que a função de fiscalização seria simplesmente influenciada pelo descumprimento das regras e condições nas quais está baseado seu valor epistêmico. Por isso, juristas tais como John Hart Ely, que levam a sério a dificuldade contramajoritária, concebem o poder judicial como uma espécie de árbitro do processo democrático. A missão central desse árbitro é velar para que as regras do procedimento e as condições da discussão e da decisão democrática sejam satisfeitas.¹¹⁵ (grifos meus, tradução minha)

Santiago Nino, como se vê, defende que o judiciário funcione como um árbitro do processo democrático, não para julgar seus resultados, mas para analisar seus procedimentos, verificando se estão a garantir o respeito às condições que lhe conferem um valor epistêmico superior a uma decisão individual ou de um grupo menor qualquer. O que garantiria que os juízes pudessem desempenhar bem essa função? O fato de não participarem dos procedimentos em si e a inexistência do risco de uma decisão ser anulada por excesso de participação. Nesse

¹¹⁴ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 273. O texto em língua estrangeira é: “El procedimiento democrático no es una actividad espontánea, sino un producto de reglas. Estas reglas no son arbitrarias, sino que están diseñadas para maximizar el valor epistémico de aquel proceso. Como sostuve anteriormente, este valor depende de varios factores, incluyendo la amplitud de la participación en la discusión entre aquellos potencialmente afectados por la decisión que se tome; la libertad de los participantes de poder expresarse por sí mismos en una deliberación; la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo; la satisfacción del requerimiento de que las propuestas sean apropiadamente justificadas; el grado en el cual el debate es fundado en principios en lugar de consistir en una mera presentación de intereses; el evitar las mayorías congeladas; la extensión en que la mayoría apoya las decisiones; la distancia en el tiempo desde que el consenso fue alcanzado; y la reversibilidad de la decisión”.

¹¹⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 273-274. O texto em língua estrangeira é: “Surge, por supuesto, la cuestión de saber quién debe asegurar que las reglas del proceso democrático sean adecuadamente cumplidas. Esa responsabilidad no puede delegarse al proceso democrático mismo, dado que la función de monitoreo sería simplemente influenciada por el incumplimiento de las reglas y condiciones en las que se basa el valor epistémico. Por ello, juristas tales como John Hart Ely, que se toman muy seriamente la dificultad contramayoritaria, conciben al poder judicial como una especie de árbitro del proceso democrático. La misión central de este árbitro es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas”.

sentido, afirma Santiago Nino, o eventual ativismo dos juízes será sempre na direção de ampliar o processo democrático, requerendo mais participação, mais liberdade das partes, mais igualdade e mais atenção à justificação. Essa seria a vantagem, segundo o autor, de uma **teoria processual do controle judicial de constitucionalidade**: promover as condições que conferem ao processo democrático seu valor epistêmico.¹¹⁶

Para tanto, os juízes deveriam garantir o respeito àqueles direitos *a priori* que funcionam como precondições que garantem o valor epistêmico do processo democrático. Definir quais são eles não é tarefa fácil. Alguns, segundo Santiago Nino, são óbvios: liberdade de expressão, por exemplo. Outros, porém, embora sejam extensões naturais desses, já não podem ser considerados como direitos *a priori*, como os chamados direitos sociais. A dimensão em que esses devem ser protegidos, no entanto, deve ficar a cargo do processo democrático, e não ser retirado dele, sob pena de se esvaziar a própria deliberação, perdendo-se, com isso, seu valor epistêmico. Cair nesse equívoco nos levaria à pergunta de “por que os juízes deveriam estar em melhor situação que aqueles que se encontram imersos no processo democrático para tomar decisões extremamente controvertidas acerca da distribuição de bens e melhores mecanismos sociais para levar a cabo essa distribuição” (tradução minha).¹¹⁷ Em vez disso, importa que os juízes tenham um papel ativo na tarefa de contribuir para melhorar a qualidade do processo de discussão democrática e a tomada de decisões, estimulando o debate público e promovendo decisões mais reflexivas¹¹⁸.

A principal contribuição do procedimentalismo para este nosso estudo, consideradas as nuances da contribuição de cada um dos três autores analisados, é lançar luz sobre a necessidade de o Judiciário funcionar como um árbitro do processo democrático. Atua como uma espécie de guardião da deliberação, de forma a assegurar que as regras do jogo democrático sejam observadas, bem como as precondições que lhe permitem produzir os melhores resultados, incluídos aí os direitos fundamentais. Chama a atenção, no entanto, que nenhum dos três tenha dedicado suficiente atenção ao **processo legislativo** em si, à observância das regras procedimentais **nas** casas legislativas, ao que se passa **dentro** delas, e a como o judiciário poderia contribuir com este controle, isto é, com o **controle jurisdicional do processo**

¹¹⁶ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 274.

¹¹⁷ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 275-276. O texto em língua estrangeira é: “por qué los jueces deberían estar en mejor situación que aquellos que se encuentran inmersos en el proceso democrático para tomar decisiones extremadamente controvertidas acerca de la distribución de bienes y los mejores mecanismos sociales para llevar a cabo esa distribución”.

¹¹⁸ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 292.

legislativo. O tema é tocado *en passant*, sem que se proceda a uma reflexão mais profunda sobre ele, ficando claro que há uma lacuna na doutrina sobre o assunto. Se na doutrina verificasse essa lacuna, vejamos, no próximo capítulo, como esse controle aparece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. O STF E O CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

Ao longo das últimas décadas, não foram poucas as vezes em que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se posicionar sobre os mais diversos tipos de violação ao devido processo legislativo. Foram levadas ao conhecimento da Suprema Corte violações procedimentais a dispositivos regimentais da Câmara, do Senado e do Congresso, violações a direitos e garantias individuais, violações a dispositivos constitucionais expressos, violações a cláusulas pétreas e violações a princípios e valores constitucionais. Nessas dezenas de casos, o STF construiu uma linha jurisprudencial por meio da qual, em geral, rejeita analisar violações a dispositivos regimentais, sejam de que Casa for, por considerar tratar-se de questões *interna corporis*. Quando a violação procedimental envolve dispositivos constitucionais expressos ou a cláusulas pétreas, o STF tem uma postura mais intervencionista. Por fim, quando diz respeito a princípios e valores constitucionais, o STF tem, recentemente, começado a decidir pela intervenção. Porém, em regra, não intervém em casos de processo legislativo propriamente dito, mas apenas em outros tipos de ato do Congresso, como em processos de *impeachment* e em comissões parlamentares de inquérito. Vejamos, mais detalhadamente, como se construiu essa jurisprudência.

2.1 Violações procedimentais a regimentos das casas legislativas

As violações procedimentais a regimentos das casas legislativas são o tipo de violação mais frequente e, também, aquele que o STF mais tem se recusado a analisar. Essa postura do STF estabeleceu-se há décadas e, passando por diversas composições do colegiado, tem se mantido. Ainda hoje, a maioria do Tribunal recusa-se a apreciar reclamações de violações a dispositivos regimentais, por considerar essa seara imune à revisão judicial, em homenagem à separação de poderes.

Ainda em 1980, portanto antes da Constituição Cidadã, no julgamento de um mandado de segurança relatado pelo Ministro Moreira Alves, o Supremo entendeu, por unanimidade, que não poderia decidir se ao impetrante assistia razão em seu pedido. Tratava-se de pedido para que o presidente do Senado fosse obrigado a prover seu requerimento de anexação da proposta

de emenda à Constituição (PEC) da qual era autor, a outra proposta que já tramitava.¹¹⁹ O Pleno do Tribunal, por unanimidade, entendeu tratar-se de questão *interna corporis* que deveria ser resolvida, exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Poder Judiciário. Decisão correta, a meu ver, pois caso contrário ver-se-iam os ministros obrigados a analisar o conteúdo de cada uma das PECs e avaliar se o juízo do Presidente do Senado sobre a falta de identidade entre as propostas era correto ou não. Um juízo subjetivo que parece caber, sim, ao chefe do Poder Legislativo, e não ser tarefa a ocupar os ministros do Supremo.

Em 1984, em julgamento decidido também por unanimidade, não foi conhecido mandado de segurança impetrado pelo Deputado Airton Sandoval Santana contra ato do presidente do Senado Federal, com o objetivo de garantir que sua proposta de emenda à Constituição fosse submetida à deliberação do Congresso. A referida proposta tinha o objetivo de restabelecer eleições diretas para presidente da República, tendo sido incluída na ordem do dia de uma sessão extraordinária do Congresso Nacional, por decisão do presidente do Senado, junto com a proposta de emenda sobre o mesmo tema do então presidente da República, João Batista Figueiredo. Ocorre que o presidente da República recuou e retirou sua proposta, tendo o presidente do Senado decidido, na sequência, não abrir a sessão extraordinária do Congresso que convocara. Diante disso, o parlamentar argumentava que, tendo sido uma vez incluída na ordem do dia, era seu direito exigir que sua proposta fosse pautada na sessão subsequente do Congresso. Invocou a aplicação subsidiária dos Regimentos da Câmara e do Senado, que preveem que a matéria remanescente de uma sessão ordinária fica, obrigatoriamente, para a pauta da sessão seguinte. Porém, entendeu o Relator que os dispositivos dos Regimentos da Câmara e do Senado não se aplicam subsidiariamente nesse aspecto, visto que o Congresso Nacional não tem sessões ordinárias, apenas extraordinárias. O que nos interessa aqui não é o uso desse argumento em si, mas como o Relator, Ministro Francisco Rezek, justificou sua decisão de não conhecer do mandado:

Abstenho-me de examinar, nos seus diversos tópicos, as informações prestadas pelo Presidente do Congresso Nacional. **Se o fizesse, para o fim de abonar o procedimento de Sua Excelência à luz das normas regimentais que presidem o trabalho legislativo, estaria implicitamente admitindo a possibilidade de desautorizar, porventura, esse procedimento, à consideração das mesmas normas.**

Aqui, tal como no MS 20.464 – julgado por este Plenário em 31 de outubro último, sob a relatoria do Ministro Soares Muñoz – não há uma questão constitucional. O

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.247/DF, Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de novembro de 1980.

impetrante menciona, de passagem, o art. 48 da Carta, sem afirmar que tenha sido afrontado – e é certo que não o foi. **Tudo mais se exaure no domínio da interpretação de normas de regimento legislativo, constituindo *interna corporis*, matéria insuscetível de crítica judiciária. Como tive ocasião de dizer, votando no precedente citado, não pode haver aqui responsabilidade apurável em juízo. Um hipotético abuso de poder por parte de dirigentes de Casa do Congresso, em tema regimental, quedaria circunstancialmente no terreno da responsabilidade política que tem ele ante seus pares.**

Não conheço do pedido de segurança.¹²⁰ (grifos meus)

Chama a atenção o fato de o Ministro Relator ter se recusado a examinar as informações prestadas pelo presidente do Senado, pois, a seu ver, isso significaria admitir a possibilidade de avaliar seu procedimento à luz das regras regimentais, cuja interpretação constitui matéria *interna corporis*, insuscetível de crítica judiciária. Ora, não parece razoável, nos dias atuais, aceitar que toda interpretação de norma regimental pelo presidente de uma Casa Legislativa seja válida, ainda que se choque frontalmente com os mais importantes princípios constitucionais. Visão extremada, que culmina na equivocada ideia de que um abuso de poder praticado pelo presidente cairia, apenas, no “terreno da responsabilidade política que tem ele ante seus pares”, conduta portanto infensa à ação do poder judiciário. É como se o que se faz dentro do Parlamento em termos de procedimento legislativo não fosse da conta de quem não faz parte dele, salvo se a conduta violasse algum dispositivo constitucional expreso.

Na mesma década, em 1986, houve o julgamento do Mandado de Segurança nº 20.509/DF. Também por unanimidade de votos, decidiu o STF não conhecer da ação que se insurgia contra decisões do presidente da Câmara dos Deputados que atribuíam vagas em comissões da Casa e distribuíam tempo para comunicações em plenário a deputados que haviam se desfilado de seus partidos e se filiado a outro partido ainda não registrado no TSE. Nesse caso, os impetrantes alegavam prejuízo à representatividade de seus partidos, prejudicados pela perda de vagas e de tempo de fala em plenário, em benefício de partido ainda inexistente, uma vez que ainda não reconhecido pelo Tribunal Superior Eleitoral. A justificativa do não conhecimento era a de que as referidas decisões do presidente da Câmara constituíam atos *interna corporis*,

proferidos nos limites da competência da autoridade dada como coatora, com eficácia interna, ligados à continuidade e disciplina dos trabalhos, sem que se alegue preterição de formalidade, atacando-se, ao invés, o mérito da interpretação do regimento, matéria em cujo exame não cabe ao Judiciário ingressar¹²¹.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.471/DF, Pleno. Rel. Min. Francisco Rezek. Brasília, 22 de fevereiro de 1985..

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.509/DF, Pleno. Rel. Min. Octavio Galotti. Brasília, 14 de novembro de 1985.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal recusou-se a analisar a validade de uma de uma norma regimental. Dessa vez, porém, tratava-se de uma interpretação que afrontava o princípio representativo, como alegado pelos impetrantes, afetando os interesses de quem não fazia parte do Congresso Nacional, mas havia escolhido pelo voto representantes dos partidos preteridos. Ora, se a representatividade de algum partido está sendo afetada por decisão do presidente da Câmara dos Deputados no que diz respeito ao espaço destinado aos seus representantes naquela assembleia, essa não parece ser uma questão *interna corporis*. Isso não quer dizer que, se conhecesse do mandado de segurança, o STF obrigatoriamente deveria chegar à conclusão de que o presidente da Câmara estava equivocado. Mas, ao recusar-se a conhecer da ação, quem parece ter se equivocado foi o próprio Supremo Tribunal Federal.

Já na década seguinte, em 1992, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal conheceu, mas indeferiu, mandado de segurança também sob o argumento de tratar-se de questão regimental. O mandado de segurança visava a compelir o presidente da Câmara dos Deputados a acolher requerimento de urgência para discussão e votação imediata de projeto de resolução que criava comissão parlamentar de inquérito para investigar a privatização da companhia de aviação VASP.¹²²

Para que seja acolhido um requerimento de urgência, é preciso que mais da metade dos parlamentares de uma Casa – ou líderes que representem tal número – assinem o requerimento. O caso mostra uma série de idas e vindas do requerimento, com a invalidação da assinatura de um vice-líder – o que fez cair o número de apoiadores para menos da metade dos membros da Casa –, com a aposição da assinatura de outros líderes e com a retirada da assinatura de líderes que teriam assinado o requerimento em um primeiro momento. A agitada sucessão de movimentos mostra que havia um temor de que fosse instalada a referida CPI, instrumento legítimo de minorias parlamentares para cumprir seu poder-dever de fiscalizar atos e decisões de autoridades públicas.

O fundamento para o indeferimento do pedido do MS foi o de que “em questões análogas à presente, esta Corte (assim nos MS 20.247 e 20.471) não tem admitido Mandados de Segurança contra atos do Presidente das Casas Legislativas, com base em regimento interno delas, na condução do processo de feitura das leis”.¹²³ Repare-se que *sequer se tratava de*

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.374-4/DF, Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 02 de outubro de 1992.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.374-4/DF, Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 02 de outubro de 1992.

feitura de lei, mas do uso legítimo ou não de requerimento de urgência para se tentar aprovar a criação de uma comissão parlamentar de inquérito – que, pelo visto, encontrava resistência nos círculos de poder. E, em se tratando de instrumento tão importante para que minorias parlamentares cumpram sua missão constitucional, não poderia o STF omitir-se de decidir. Ocorre, no entanto, que o pedido do mandado de segurança foi indeferido, porém, conhecido. E, mesmo votando pelo indeferimento do MS, o Ministro Celso de Mello, então há apenas três anos na Suprema Corte, fez questão de deixar claro perante o Tribunal que não considerava absoluta a imunidade que a classificação como *interna corporis* conferia a qualquer prática:

Os atos *interna corporis* – não obstante abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial – não podem ser invocados, com essa qualidade e sob esse color, para justificar a ofensa ao direito público subjetivo que os congressistas titularizam e que lhes conferem a prerrogativa institucional de devida observância, pelo órgão a que pertencem, das normas constitucionais e **regimentais** pertinentes ao processo de atuação da instituição parlamentar. [...] O caso em exame não revela a ocorrência de qualquer lesão à ordem constitucional ou a eventual *interna corporis* do ato impugnado justifica a sua exclusão do poder de revisão judicial deferido a esta Suprema Corte.¹²⁴ (grifo meu)

No ano seguinte, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi julgado o Mandado de Segurança nº 21.754-5/DF, cuja liminar havia sido deferida pelo Relator e, posteriormente, foi tornada insubsistente por decisão do plenário, que não conheceu do mandado, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Tratava-se de mandado de segurança contra ato do presidente do Senado, que instalara sessão do Congresso Nacional sem que houvesse sido atingido o quórum regimental para a instalação da sessão. Embora a questão possa parecer de menor importância, muitas vezes, para quem está em minoria no Parlamento, é exatamente a exigência do cumprimento de um dispositivo regimental que funciona como último recurso para que se evite uma derrota. Ademais, não é um detalhe saber se o número mínimo de participantes está presente para que se inicie uma deliberação, como a participação em qualquer órgão colegiado ensina.

A obstrução dos trabalhos parlamentares é *direito* reconhecido regimentalmente a quem se opõe ao que se está prestes a votar, a ponto de, no painel de votação dos assentos destinados aos parlamentares nos plenários, existir o botão que indica não apenas os votos “sim”, “não” ou “abstenção”, mas também a “obstrução” – ou seja, o não-voto, a não-presença (são quatro, portanto, os botões que indicam as opções para os votos dos parlamentares). Obstrução nada

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.374-4/DF, Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 02 de outubro de 1992, trecho do voto do Ministro Celso de Mello.

mais é do que *exercício do direito de oposição*. Isso significa dizer que, quando parlamentares de oposição cobram a observância do quórum, não se trata de mero capricho, mas de tentar denunciar que não foram preenchidas as condições para a deliberação da Casa Legislativa. Cabe à maioria, se de fato sustenta a proposição que se quer votar, garantir e manter o quórum regimental exigível. Se isso não ocorre, é legítima a indignação de quem viu atropelado o seu direito de minoria parlamentar, e nada mais razoável do que recorrer a um árbitro externo, imparcial, para conhecer e resolver o conflito, já que a violação foi perpetrada por quem presidia a sessão. Assim também entendeu o Relator, Ministro Marco Aurélio:

O que se articula com clareza, procurando-se a demonstração, consideradas as notas taquigráficas e a própria palavra da Autoridade apontada como coatora, é a transgressão ao **Regimento, que é diploma legal que encerra normas**. Portanto, havendo a inobservância com repercussão no processo legislativo de reforma da Constituição, como na espécie dos autos [...] cabe o acesso ao Judiciário.¹²⁵ (grifo meu)

No entanto, não foi esse o entendimento do Pleno. Como se tratava supostamente de “interpretação do Regimento Interno”, classificou-se a questão como *interna corporis*, o que desautorizava “a via utilizada” por tratar-se de “tema imune à análise judiciária”. Veja-se, por exemplo, a manifestação do Ministro Francisco Rezek, Redator para o acórdão do julgamento do agravo regimental:

Quando nesse quadro ocorra um erro, uma regência porventura desastrada, infeliz, ou **destoante da norma regimental aplicável, isso decididamente não é algo corrigível pela pena de juízes**. É algo que induz a pensar na responsabilidade política de cada dignitário, dentro do Congresso Nacional, ante seus próprios pares, eleitos todos pelo povo para o ofício legislativo. Há, entretanto, um domínio reservado à instituição parlamentar, onde, ainda que se produza incidente capaz de convencer determinados congressistas de que alguma prerrogativa sua foi arranhada, de que as normas regentes do funcionamento da casa não foram fielmente obedecidas, **a solução há de encontrar-se dentro do próprio Congresso**. Não seria coerente com o sistema de governo que praticamos desde a fundação da República – e que importa basicamente a independência e harmonia dos três poderes – que algo confinado no âmbito do funcionamento da casa legislativa, à luz de suas regras regimentais, pudesse merecer, no caso de descompasso entre opiniões parlamentares, um arbitramento judiciário.¹²⁶ (grifos meus)

Ademais, os ministros não viam ali afronta a direito subjetivo, o que, segundo seu entendimento, impedia-os de adentrar questões regimentais sob pena de menosprezar-se a

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.754-5/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de fevereiro 1997.

¹²⁶ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.754-5/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de fevereiro 1997..

separação de poderes. Nesse caso específico, duas questões restaram sem resposta com a decisão adotada pela Corte: como fica o direito de a minoria parlamentar cobrar, ao menos, que seja derrotada dentro das regras do jogo, sem que se as burle para fazê-lo? Para que serve o Regimento Interno, “diploma legal que encerra normas”, como bem disse o Relator, se a maioria decide quando deve respeitá-lo e quando não deve, ao sabor de seus interesses e em prejuízo da minoria parlamentar? O entendimento de que o STF nada tem a ver com a observância ou não das regras regimentais pelo Parlamento é uma resposta insatisfatória para um Poder que tem, entre suas atribuições, a proteção das regras do jogo democrático. Como fazer isso se se fecham os olhos para o que ocorre dentro do Parlamento, caso não se demonstre um dispositivo **expresso** da Constituição que tenha sido violado?

Um dos casos mais citados como precedente foi o julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, julgado em 08/05/1996, em que foi vencido o Relator, Ministro Marco Aurélio, sendo designado como Redator para o Acórdão o Ministro Maurício Corrêa. Tratava-se de mandado de segurança impetrado contra ato do presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de proposta de emenda constitucional que modificava o sistema de previdência social e estabelecia normas de transição (PEC 33-A, de 1995). Tendo sido derrotado o substitutivo posto em votação, o presidente da Câmara teria submetido ao Plenário uma emenda aglutinativa, que fundiria elementos da proposição original com emendas apresentadas durante a tramitação da matéria. Os impetrantes do mandado de segurança alegaram violação a *dispositivo regimental* que vedava nova apreciação de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa, repetindo em sede regimental o disposto no art. 60, parágrafo 5º, da Constituição Federal, também apontado como violado. Além disso, os impetrantes alegaram que o então Deputado Michel Temer foi o autor da emenda aglutinativa apreciada e aprovada, razão pela qual não poderia ter sido o seu relator, o que seria vedado pelo parágrafo único do art. 43 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). Por fim, os impetrantes afirmaram que a emenda aglutinativa não indicava quais emendas fundia, em ofensa ao parágrafo 3º do art. 118 do mesmo RICD.

O plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu da impetração quanto aos fundamentos regimentais, “por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário”, mas conheceu da ação quanto aos fundamentos constitucionais, que eram exatamente os mesmos, já que o texto do dispositivo regimental repetia o texto constitucional.¹²⁷ Foram vencidos,

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997.

quanto ao conhecimento dos fundamentos regimentais, os ministros Marco Aurélio (Relator), Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello.

Com relação aos ministros que não conheceram do pedido da impetração quanto aos fundamentos regimentais, vale destacar algumas manifestações:

[...] conheço do Mandado de Segurança, mas apenas em parte. É que dele não conheço no ponto em que impugna interpretação, ou alega violação, de normas regimentais da Câmara dos Deputados sobre processo legislativo. E isso porque falta aos impetrantes direito público subjetivo, direito pessoal, direito individual e que prevaleça sobre esta ou aquela interpretação de normas regimentais. Não têm interesse pessoal nisso. O interesse, que possa existir, é geral, como de qualquer cidadão, a que se cumpram normas jurídicas. E não individual. E interesse geral abstrato não se defende, individualmente, em mandado de segurança. [...] Aí, sim, os Parlamentares têm direito público subjetivo de se oporem à reapresentação da proposta rejeitada, em face da norma prevista no parágrafo 3º do art. 60 da Constituição Federal, ou seja, para que não sejam obrigados a participar do processo legislativo vedado pela Constituição¹²⁸.

Tão só para examinar se a espécie *sub judice* se enquadra no âmbito do art. 60, §5º, da Constituição, conheço do mandado de segurança; Não o faria, se, apenas, a *quaestio juris* estivesse restrita à aplicação das normas regimentais e à sua exegese, com vistas ao processamento da proposta de Emenda Constitucional em causa¹²⁹.

Em rigor, há distinção entre ato discricionário, questão exclusivamente política e atos *interna corporis*. Ato discricionário é aquele em que o Poder Judiciário não pode interferir para a verificação da sua conveniência, oportunidade ou justiça. Questão exclusivamente política é questão de discricionariedade política, também infensa ao controle jurisdicional. Já com referência a atos *interna corporis*, esta Corte, por vezes, a meu juízo, tem entendido que são os que dizem respeito a questões relativas à aplicação de normas regimentais, quando não violam direitos subjetivos individuais, quer de terceiros – como foi o caso do impeachment do Presidente da República –, quer dos próprios membros do Congresso. Portanto, essa exceção não abrange normas regimentais que dizem com o processo legislativo, normas essas meramente ordinatórias. A observância dessas normas regimentais ordinatórias se exaure na esfera do poder Legislativo, sendo imune à jurisdição desta Corte. Assim como não podemos declarar a inconstitucionalidade de uma lei pela não observância de formalidade estabelecida por norma regimental de qualquer das Casas do Congresso, por não haver hierarquia entre essas normas, também não podemos admitir que previamente, por meio de mandado de segurança, sob a invocação de inexistente direito subjetivo público, se paralise a atuação do Congresso com base na alegação de não-aplicação ou de má aplicação de norma regimental dessa natureza. Questões dessa natureza se resolvem exclusivamente no âmbito da atuação parlamentar¹³⁰.

[...] Entendo que não é a natureza da norma aplicável, no processo legislativo ou na deliberação da Câmara, que faz da deliberação matéria *interna corporis* ou não. O problema para excluir-se o controle jurisdicional é saber se a deliberação, seja fundada

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Mauricio Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997, trecho do voto do Ministro Sidney Sanches.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Mauricio Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997, trecho do voto do Ministro Néri da Silveira.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Mauricio Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997, trecho do voto do Ministro Moreira Alves.

diretamente na Constituição ou no regimento interno, pode, em tese, violar direito subjetivo dos próprios congressistas ou de terceiro.¹³¹

Ao lado de eventual violação a dispositivo constitucional expresso, apresenta-se com força, como se vê, o argumento da violação de direito subjetivo de congressistas ou de terceiros. Por outro lado, também chama a atenção a manifestação dos ministros que conheceram da impetração por fundamentos regimentais. O Ministro Celso de Mello, adotando uma linha que manteve até sua aposentadoria, mostrou que há limites à impossibilidade de controle do que alguns de seus colegas classificavam como *interna corporis*: quando houver abuso de poder ou violação de direito público subjetivo. Já o Ministro Marco Aurélio, esposando entendimento ao qual igualmente se mantém fiel, apontou tanto a violação de direitos públicos subjetivos quanto sua contrariedade à ideia de que a transgressão a normas regimentais é insuscetível de controle pelo Judiciário:

Demais disso, [...] práticas institucionais, que dão expressão concreta, no âmbito das instituições parlamentares, a atos qualificados pela nota do abuso de poder, não se subtraem ao conhecimento do Poder Judiciário, notadamente quando se lhes imputa o vício supremo da inconstitucionalidade. [...] Os círculos de imunidade do poder – inclusive aqueles que concernem ao Poder Legislativo – não o protegem da intervenção corretiva e reparadora do Judiciário, que tem a missão, tão temida pelos regimes autoritários, de fazer cessar os comportamentos ilícitos que vulneram direitos públicos subjetivos.¹³²

[...] O apontado nas razões desta impetração é a sequência de apreciação de proposta de emenda já rejeitada e isso, iniludivelmente, não se faz ao abrigo de imutabilidade jurisdicional, sob pena de reinar no seio das Casas Legislativas a babel, passando a maioria a ditar, para cada caso concreto, o que deve ser observado. **As normas instrumentais, tenham ou não idoneidade constitucional, conferem a certeza quanto aos meios a serem usados e exsurtem como garantia maior à participação parlamentar.** Salta aos olhos, por isso mesmo, o concurso, na espécie, do reclamado direito público subjetivo dos Impetrantes. Deputados Federais, representantes do povo, têm o direito de não ver submetida a nova deliberação matéria outrora examinada e rejeitada. [...] Conforme consignado acima, buscam os Impetrantes, neste processo, a regularidade instrumental da tramitação de emenda à Carta que, como é óbvio, tem feição constitucional e não, isso para aqueles que a excluem do crivo do Judiciário, o que não é o meu caso, simplesmente regimental. [...] Deputados e Senadores são titulares do direito público subjetivo de verem o processo voltado à aprovação de emenda constitucional tramitar com estrita observância das normas em vigor, especialmente as constitucionais. Se não o forem, quem o será? O comum do povo? [...] Sim, o precedente desta Corte não pode ser potencializado a ponto de erigir em “lei das leis” simples Regimento Interno; a ponto de os atos emanados de qualquer das Casas do Congresso e a pretexto de envolverem apenas interpretação regimental implementada pelo respectivo presidente ficarem cobertos pelo manto da definitividade; a ponto de, pouco importando a repercussão que possam vir a ter no

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997, trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997, trecho do voto do Ministro Celso de Mello.

campo de interesses substanciais quer de parlamentares, quer de cidadãos, ficarem imunes, totalmente imunes, ao controle jurisdicional; a ponto de, mesmo implicando a ultrapassagem da imutabilidade relativa da Constituição Federal não poderem merecer, se material ou formalmente, distoantes desta, a glosa do Judiciário, ao fim, **a ponto de a cláusula *interna corporis*, potencializada ao extremo, vir a revelar soberania conflitante com o princípio político da independência e harmonia dos poderes, presente o sistema de freios e contrapesos encerrado na própria Constituição.**¹³³ (grifos meus)

Como se vê nesse episódio, o Supremo decidiu uma vez mais não analisar alegações de violações a dispositivos regimentais, relegando esse assunto às casas legislativas, único lugar onde “pode encontrar solução”, nos termos citados na própria ementa do acórdão. O mesmo se deu no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.494-1/DF: “tendo o ato impugnado dois fundamentos, um constitucional e outro regimental, constata-se a inutilidade da prestação jurisdicional, pois esta Corte só pode atacar um, o constitucional; o outro está fora de alcance da jurisdição do STF”¹³⁴. Repare-se que se tratava de mandado de segurança impetrado por 16 (dezesesseis) senadores contra a decisão de arquivamento de comissão parlamentar de inquérito que investigava crimes contra o sistema financeiro nacional (CPI dos Bancos).

Tal arquivamento teria sido aprovado pelo plenário do Senado, por 48 votos a 24, com três abstenções, após a CPI já ter sido criada e instalada – o que é inusitado, para dizer o mínimo. Na opinião da maioria dos senadores, portanto, faltaria fato determinado para a CPI (argumento constitucional) e a previsão do limite de despesas (argumento regimental). A decisão foi a de não apreciar os fundamentos, com base na premissa de que, ainda que se provasse equivocado o argumento constitucional utilizado para se arquivar a CPI, o STF não poderia julgar a procedência do argumento regimental, por tratar-se de questão *interna corporis*. Chama a atenção, negativamente, o fato de o STF ter decidido não julgar o arquivamento da CPI com essa argumentação, quando o que estava em jogo era não apenas um direito da minoria parlamentar, que acabou atropelado pela maioria, mas também seu dever de fiscalização, uma das mais importantes funções do Parlamento. Uma omissão como essa não parece fazer sentido para a nossa mais alta Corte, que tem, entre suas funções precípuas zelar pelas regras do jogo democrático¹³⁵, inclusive dentro do Poder Legislativo, se necessário for.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator vencido.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.494-1/DF, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 27 de junho de 1997.

¹³⁵ “Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático.” - BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

Já no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.356-2/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, a meu ver, acertou. O mandado de segurança foi impetrado contra ato da Mesa Diretora que arquivou procedimento ético-disciplinar contra uma parlamentar, com base no parecer do Corregedor da Casa, após a acusada ter apresentado sua defesa. O impetrante, que havia sido também o autor da representação no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, entendeu que não se havia respeitado o devido processo legal e o contraditório. Teria havido, a seu ver, um privilégio ao exercício do direito de defesa da parlamentar, não tendo tido o impetrante acesso aos documentos apresentados pela representada como prova de sua conduta ilibada. Entendendo que a querela dizia respeito exclusivamente à interpretação do Regimento Interno da Casa, sem que tivesse havido qualquer ofensa a direito subjetivo de quem quer que fosse, a Corte não conheceu do pedido veiculado no mandado de segurança. Vale atentar para a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, que acompanhou o Relator e a posição majoritária da Corte, mas não por se tratar de questão envolvendo interpretação de regra regimental:

[...] tenho manifestado certa restrição ao chamado critério dos atos *interna corporis* como excludentes da jurisdição dos tribunais no sistema brasileiro. O que me parece fundamental é **indagar se, com base, pouco importa, em norma constitucional, em norma legal ou em norma regimental, há, em tese, lesão ou ameaça a um direito subjetivo do autor, - impetrante, se se cuida de mandado de segurança;** e se existir esse direito, pouco se me dá que ele se funde em norma regimental, o Tribunal terá de decidir a respeito. [...] O problema é a existência ou não, em tese, de direito subjetivo: se existir, a Constituição garante o acesso à jurisdição. Não vislumbro, no caso, essa existência, em tese, de direito. Direito subjetivo do cidadão se esgota aí, no direito de petição a um poder do Estado, delatando supostas faltas de um parlamentar. [...] Por isso, pela falta, sequer em tese, de um direito subjetivo a defender, acompanho o eminente Ministro-Relator e não conheço do pedido.¹³⁶ (grifo meu)

De qualquer forma, a Corte não conheceu do mandado porque “se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo”, como consta da ementa do acórdão.¹³⁷

No mesmo sentido, no julgamento do Agravo Regimental no MS nº 25.588/DF¹³⁸, sendo Relator o Ministro Menezes Direito. A Corte seguiu o entendimento de que, não havendo direito líquido e certo a ser protegido, a interpretação dada pelo presidente da Câmara dos Deputados

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.356-2/DF, Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 12 de setembro de 2003.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.356-2/DF, Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 12 de setembro de 2003.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25.588/DF, Pleno. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, 08 de maio de 2009.

ao Regimento Interno da Casa deveria ser prestigiada, não entrando o Supremo Tribunal Federal no mérito. No caso, tratava-se de mandado de segurança impetrado por um advogado que, tendo apresentado denúncia contra o presidente da República por crime de responsabilidade, insurgiu-se contra o indeferimento por parte do presidente da Câmara. Irresignado, apresentou recurso, que não foi levado ao plenário da Câmara para ser apreciado porque o presidente da Casa, interpretando o Regimento Interno, entendeu que, sendo o recurso uma espécie de proposição – e tendo as proposições dessa espécie que ser de autoria necessariamente parlamentar –, não poderia o recurso ser recebido como tal e continuar a tramitar na Casa. O Pleno do Supremo entendeu, acertadamente, que, não havendo direito líquido e certo do impetrante a ver seu “recurso” apreciado pelo plenário da Câmara, não deveria entrar no mérito da interpretação do Regimento Interno da Casa dada por seu presidente, por ser questão *interna corporis*, como deixa claro este trecho do voto do Relator:

[...] a sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário quando não seja contrária aos comandos regimentais e constitucionais expressos. [...] Por fim, ressalte-se que a questão proposta constitui matéria *interna corporis*, sendo insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário em virtude do princípio constitucional da separação de poderes (artigo 2º da Constituição Federal)¹³⁹.

Em março de 2013, o Pleno do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, tendo sido Relator o Ministro Ayres Brito e Redator do acórdão o Ministro Luiz Fux. A constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/09, que dispõe sobre regras para pagamentos de precatórios, era atacada pela ação por razões formais e materiais. Aqui nos interessam as razões formais, motivo pelo qual não trarei para debate os fundamentos materiais da ADI. Do ponto de vista formal, o que se questionava era a votação em dois turnos da PEC que deu origem à EC nº 62/09. A votação ocorreu num mesmo dia, no Senado Federal, com apenas uma hora de intervalo entre o final da sessão em que se realizou a votação em primeiro turno e o início da sessão em que ocorreu o segundo turno, com vistas a atender o disposto no art. 60, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Para os autores da ADI, a votação em dois turnos, num único dia, frustrava aquilo que o constituinte buscara: garantir um interstício entre o primeiro e o segundo turno, de forma a garantir o amadurecimento da reflexão sobre a proposta dentro e fora do Parlamento. O texto constitucional, ao tratar da reforma da Constituição, não prevê expressamente um prazo mínimo

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25.588/DF, Pleno. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, 08 de maio de 2009.

de interstício entre os dois turnos, matéria que ficou para os regimentos internos das casas, sendo de 5 (cinco) sessões em ambos os diplomas. Tal prazo reveste-se ou não de estatura constitucional, mesmo estando nos regimentos? Como mostra a ementa do acórdão, predominou o entendimento de que não, vencidos os ministros Ayres Brito, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa:

A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmbito do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.¹⁴⁰

Para o Ministro Luiz Fux, por exemplo, entender em sentido contrário implicaria correr “o grave risco [...] de sufocar e de engessar a dinâmica própria aos agentes políticos eleitos, aprisionando-a por força externa em fórmulas rígidas que não se ajustam bem à cambiante necessidade de acomodar uma ampla gama de anseios sociais divergentes no Parlamento”¹⁴¹. O Ministro chamou a atenção para o perigo de o Judiciário acabar por impor uma espécie de supremacia judicial em detrimento das vozes dos outros poderes políticos na construção de interpretações da Constituição. Isso porque entendia que, no que excedesse os limites constitucionais, o STF deveria demonstrar deferência ao Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no campo político. Apontava também que não se podia falar de falta de debate no contexto de uma proposta que tramitara por quatro anos e fora objeto de quatro audiências públicas. Por fim, um último ponto da argumentação do Ministro Fux foi a contraposição entre o art. 60, parágrafo 9º, e os arts. 29 e 32 da CF, que preveem, expressamente, um interstício de 10 (dez) dias:

Com efeito, não cuidou o constituinte de desde logo aludir a um interstício, de modo a explicitar um espaço de tempo que servisse de parâmetro objetivo para o exame do grau de solidez da vontade política de reformar a Constituição. Poderia tê-lo feito, evidentemente, mas não o fez. Mais do que isso: não só poderia fazê-lo como de fato o fez de modo expresso, categórico e inequívoco com relação a duas outras hipóteses de processos legislativos especiais, e que guardam estrita sintonia com a hipótese agora examinada. É que, em primeiro lugar, o art. 29, *caput*, da Constituição Federal [...] E a mesma lógica presidiu a redação do art. 32, *caput*, da Constituição Federal, que, ao tratar da Lei Orgânica do Distrito Federal, [...] Como se vê, quando a intenção se fez presente, não se furtou o constituinte de impor o interstício mínimo de modo

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF, Pleno. Rel. Min. Ayres Brito, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2013.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF, Pleno. Rel. Min. Ayres Brito, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2013.

expresso, exigindo o espaço de dez dias entre a realização dos dois turnos de debate e votação.¹⁴²

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, apresentou ponto de vista oposto: a seu ver, não se tratava de ultrapassar as fronteiras do que dispunha a Constituição Federal, mas, ao contrário, de ler a regra regimental à sua luz:

A interpretação teleológica do disposto no parágrafo 2º do artigo 60 da Carta Federal exclui, seja qual for o interesse momentâneo, a queima de etapas, ao prever que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, e em cada qual duplamente, três quintos dos votos dos respectivos membros.

O preceito não agasalha o açodamento, ou seja, não agasalha simplesmente a forma pela forma.

[...]

A própria Casa interpretou bem o texto constitucional, no que editou o Regimento prevendo o interregno entre uma votação e outra e ele não foi respeitado.

Não estou invertendo as coisas, a ordem natural das coisas, interpretando a Constitucional Federal à luz do Regimento Interno. Não, **o que estou apontando é que o Regimento Interno do Senado da República** – e o Senado não é uma terra sem lei –, **ao prever o intervalo de cinco dias, homenageou o texto constitucional.**

[...] **É uma petição de princípio, porque não posso interpretar a Carta da República de forma literal, gramatical. Devo buscar o objetivo dessa mesma Carta da República e das regras nela contidas.** Partiria mesmo, perdoem-me aqueles que entendem de maneira adversa, para a incongruência, caso viesse [...] a afirmar que, no caso de aprovação de Lei Orgânica do Município, uma lei complementar, uma lei também de envergadura maior, deve haver o interregno, que, no caso da aprovação da Lei Orgânica do Distrito Federal, que é uma verdadeira constituição [...], também há de se observar o intervalo. Mas que, para emendar-se a Carta Federal, não há necessidade de observar período razoável – e, para mim, os cinco dias o revelam – visando a meditação, a reflexão. **É esse o objetivo maior do § 2º, ao dispor que a matéria deve ser votada em dois turnos, alcançando-se, em cada qual, portanto, turnos diversos, a maioria qualificada de três quintos.**¹⁴³ (grifos meus)

Já o Ministro Dias Toffoli destacou que a mesma Casa que descumpriu o período de interstício regimental é aquela que tem poder para mudá-lo:

Admitir que se utilize um preceito regimental como paradigma de confronto equivaleria, na prática, à constitucionalização de regra despida desse *status*. Tal conjectura resultaria na própria intangibilidade dessa parte do Regimento Interno, sendo impossibilitada qualquer investida no sentido de se alterar o prazo entre uma e outra votação, fato esse que é despido de fundamento [...]

Com efeito, **a Casa que aprova o ato normativo é a mesma que elabora seu regimento interno. Nesse passo, não verifico invalidade em deliberação, direta ou**

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF, Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2013.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF, Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2013.

implícita, que reforma regra de processo interno de apreciação ou estabelece exceção ao rito, em conformidade com o texto constitucional.¹⁴⁴ (grifo meu)

Esse argumento não parece se sustentar, pois pode ser usado em sentido inverso: se a Casa elaborou um regimento e pode mudá-lo se entendê-lo obsoleto, por que não fazê-lo e optar deliberadamente por descumpri-lo? Por que seria razoável aceitar que se decidisse livremente quando cumprir as regras e quando não fazê-lo? Porém, o Ministro Dias Toffoli aduziu outro argumento em sua manifestação: a quebra de interstício teria sido requerida por meio de documento escrito assinado por todos os líderes partidários. Além disso, não houve voto contrário à PEC nº 62/09 no Senado.

Analisemos esse ponto. Se a votação em dois turnos parece ter o objetivo de permitir uma melhor reflexão aos representantes e mais informação e possibilidade de reação aos representados, o fato de não haver oposição parlamentar ao procedimento adotado não parece ser suficiente. Isso porque poderia tratar-se de uma decisão corporativista, por exemplo, que eventualmente unisse o Congresso em defesa de algum interesse próprio dos parlamentares contra possível interesse dos representados, risco apontado pelo Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto:

A legitimidade de qualquer ato jurídico, inclusive os atos legislativos próprios, também se afere pelo devido procedimento previsto, exercido pela pessoa competente. Assim, a aderência ao procedimento é forma de controle de validade dos atos jurídicos posta à disposição do jurisdicionado. O art. 60, § 2º da Constituição prevê expressamente que as propostas de emenda à Constituição serão discutidas e votadas em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos. **Essa segmentação do processo legislativo tem por propósito impedir votações meramente simbólicas, isto é, representativas de acordos realizados fora do ambiente de plena publicidade e transparência e cuja motivação não é carreada para o campo da plena discussão democrática.**¹⁴⁵ (grifo meu)

A meu ver, a interpretação mais correta aponta para a necessidade de se observar um intervalo mínimo de tempo entre os dois turnos, a fim de que os representados pudessem tomar conhecimento do que foi votado e aprovado em primeiro turno em seu nome. Nesse sentido, o prazo regimental de cinco dias é uma decorrência do princípio democrático. Atropelar tal prazo, é, também, ofender tal princípio. Além disso, sendo o princípio da publicidade um corolário do princípio republicano, o desrespeito ao interstício regimental de cinco dias é, igualmente, uma

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF, Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2013.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF, Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2013.

afronta ao referido princípio. Por tais razões, entendo que o Supremo Tribunal Federal falhou ao não controlar a observância do prazo exigido pelo Regimento Interno do Senado Federal.

No julgamento de Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25.144/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Corte, corretamente, não conheceu do pedido. Os impetrantes eram parlamentares que reclamavam a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de determinar que fosse publicado parecer aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara (CCJC), para que pudessem recolher, no prazo de cinco sessões, assinaturas de um décimo dos membros da Casa para que a decisão fosse levada à apreciação do Plenário. No entanto, a Presidência da Casa entendeu que não era o caso de fazê-lo, vez que se tratava de parecer sobre emenda a projeto de resolução, e, portanto, de parecer terminativo da CCJC, previsto no art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e não de tramitação conclusiva, situação prevista no art. 58, parágrafo 1º, do mesmo Regimento. Não aceitando tal entendimento, os parlamentares recorreram ao STF alegando violação ao devido processo legislativo, em especial à regra regimental que julgavam aplicável.

Como observou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto-vista no agravo regimental, em que manifestou acordo com o voto do Relator, o ponto de divergência trazido ao Supremo Tribunal Federal pelo mandado de segurança dizia respeito à interpretação de norma regimental. Não envolvendo controvérsia constitucional, afastaria a possibilidade de o STF determinar que o Presidente da Câmara publicasse o referido parecer da CCJC, sob pena de ofensa à separação de poderes. A seu ver,

Conforme entendimento que já manifestei no MS 33927/DF, de minha relatoria, a interferência do Supremo Tribunal Federal em procedimentos legislativos é excepcional, justificando-se somente quando necessária para **assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas**. Não está caracterizada, no caso concreto, nenhuma dessas situações excepcionais.¹⁴⁶ (grifo meu)

O Pleno do STF não conheceu do pedido veiculado no agravo regimental, permanecendo válido o entendimento de que se tratava de questão *interna corporis*, em que o tribunal não poderia interferir sob pena de ferir a separação de poderes. Reafirmou-se na ementa do acórdão a “competência exclusiva da casa legislativa para impulso e elaboração da pauta de suas atividades internas”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25.144/DF, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de fevereiro de 2018.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25.144/DF, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de fevereiro de 2018.

No julgamento de outro mandado de segurança¹⁴⁸, a Ministra Rosa Weber, Relatora, repisou a jurisprudência do Tribunal, indeferindo o pedido de um senador que tentava impedir que fosse levado a voto, no plenário de sua Casa Legislativa, o projeto de lei de conversão (PLV) da Medida Provisória (MP) nº 13/2012. O PLV, ao mesmo tempo em que aprovava, alterando, o texto da medida provisória, tratava de várias outras questões que não guardavam qualquer pertinência temática com o objeto da MP. O conteúdo original da medida provisória dizia respeito à participação acionária da Eletrobras em empresas relacionadas ao seu objeto social.

No entanto, foram apresentadas e aprovadas, perante à Comissão Mista do Congresso, emendas sem qualquer relação com o tema, como: i) a instituição de Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES), que objetivava assegurar condições para a continuidade das atividades das mantenedoras de Instituições de Ensino Superior (arts. 3º a 25); ii) a criação de regras relativas a planos privados de saúde (art. 26); iii) a autorização para doação de bens federais a países estrangeiros (art. 27); iv) a extensão de regime facilitado de contratação ao Programa de Aceleração de Crescimento (PAC; art. 28); v) a fixação de contribuições previdenciárias de servidores públicos (art. 29); vi) a concessão de incentivos fiscais a portos e empresas de dragagem (art. 30); vii) a modificação de regime tributário especial para empresas de construção e exportadoras (arts. 31 e 32); e viii) o pagamento e parcelamento de tributos federais (arts. 33 e 34).

O argumento do autor baseava-se no fato de que o PLV já chegara ao Senado com o prazo previsto para sobrestamento da pauta esgotado, trancando a pauta da Casa e obrigando-a a apreciar a proposição em regime de urgência. Porém, apreciação em regime de urgência prevista pela Constituição Federal não se aplicaria às emendas que não guardam pertinência temática em relação ao objeto da medida provisória original. Afinal, o juízo de urgência e relevância que a Comissão Mista fizera dizia respeito à medida provisória original, não alcançando temas inseridos no PLV artificialmente. Ademais, após a apresentação de emendas à medida provisória perante à Comissão Mista, os parlamentares (que não seus autores) não tiveram a oportunidade de apresentar subemendas às emendas, salvo o relator da Comissão. Isso significa que todos os parlamentares, fora o relator, só tinham duas opções: ou votar favoravelmente às emendas que incluíam novos temas no PLV, ou votar contrariamente. Não tinham a opção de modificar o texto por meio da apresentação de outras emendas (subemendas) às emendas. Essa é a razão pela qual emendas que introduzem nova matéria em proposições

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.444/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 28 de junho 2012.

têm a natureza de *iniciativa*, e não de emendas propriamente ditas, e com uma agravante: *são iniciativas que não podem ser modificadas por emendas de outros parlamentares, como ocorre em projetos de lei comuns*.

Apesar disso, a Ministra Relatora entendeu que o expediente não afrontava o texto constitucional, limitando-se a uma questão regimental:

De outra parte, destaco que a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que somente em casos excepcionais – em que descumprida **determinação direta da Constituição da República sobre o processo legislativo** – é lícito ao Poder Judiciário exercer o controle da juridicidade do processo legislativo. [...] Não me parece seja o caso dos autos, em que a verificação de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados está ligada à prévia aferição da inobservância de normas constantes de Resolução do Congresso Nacional – em particular o art. 4º, § 4º, da Resolução 01/2002 – e do Regimento Interno do Senado Federal, a caracterizar, portanto, assunto *interna corporis* do Poder Legislativo. **Embora admissível, a impetração do mandado de segurança visando ao controle preventivo dos atos normativos está adstrita à existência de “norma constitucional indicativa de expressa proibição ao processamento do aludido projeto de lei”** (MS 24.138, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 14.3.2003), sob pena de convolar-se, o *writ*, em instrumento de exercício, pelo Poder Judiciário, do **controle prévio de constitucionalidade das leis**, verdadeira subversão do modelo de controle repressivo de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico pátrio, a comprometer o próprio sistema de divisão de poderes estabelecidos na Carta Política. Assim, no exercício de juízo de delibação, notadamente precário, ao exame do pedido liminar, não identifico declinada, no presente *mandamus*, questão estritamente constitucional e, nessa medida, apta a ensejar o seu exame em ação mandamental, consoante inúmeros precedentes desta Casa. [...] Com efeito, discussões sobre a correta aplicação de normas *interna corporis* do Congresso Nacional, sem alcance constitucional, **hão de ser resolvidas no âmbito interno do próprio Poder Legislativo**.¹⁴⁹ (grifos meus)

Uma vez mais, cumpre indagar: qual a consequência prática para a minoria parlamentar de dizer-se que “discussões sobre a correta aplicação de normas *interna corporis* do Congresso Nacional, sem alcance constitucional, hão de ser resolvidas no âmbito do próprio Poder Legislativo”? Não equivaleria isso a dizer que a minoria deve haver-se com o que tem – isto é, com um número inferior ao da maioria parlamentar e, ainda assim, tentar tornar sua interpretação da norma regimental vitoriosa? Em situações como essas, vale lembrar o ensinamento segundo o qual entre forte e fraco, a liberdade é opressão. Isto é, se o STF se recusa a funcionar como um árbitro imparcial de uma disputa desigual em termos de força dos lados em contraposição, fica a impressão de que a minoria está entregue à própria sorte. Como se verá adiante, isso não quer dizer que se vá defender aqui que, em todo e qualquer conflito sobre regras regimentais no Parlamento, o Supremo Tribunal Federal tenha que se imiscuir e decidir,

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.444/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 28 de junho 2012.

sob pena de tornar-se um “tribunal de pequenas causas da política”, como advertiu Oscar Vilhena Vieira¹⁵⁰. Ao contrário, apresentarei no capítulo IV, uma proposta de parâmetro que permita discernir em quais casos de violação a regras regimentais deve o Supremo Tribunal Federal intervir.

Ao lado disso, é também o caso de nos perguntarmos: pode-se dizer, de fato, que essa discussão travada no MS nº 31.444/DF não tem alcance constitucional por supostamente não violar, expressa e frontalmente, um dispositivo específico da Constituição? O debate sobre o que poderia ou não constar de um projeto de lei de conversão não seria um debate de alcance constitucional, considerando a excepcionalidade que deve ser a marca da legislação de urgência? Acredito que sim. Além dessa razão, acrescenta-se outra: quando um parlamentar “pega carona” em uma medida provisória para acrescentar dispositivos que tratem de outra matéria, ele impede que sua iniciativa, disfarçada de emenda, tramite pelas comissões permanentes das casas legislativas e que sejam debatidas em profundidade, em flagrante desrespeito aos princípios democrático e da deliberação suficiente. Por fim, cumpre argumentar que o controle jurisdicional do processo legislativo não se confunde com um controle prévio de constitucionalidade material, vez que não se discute o conteúdo em si da decisão, mas a forma pela qual se tenta chegar a ela. Isso porque, se o procedimento violou a Constituição, justificasse de imediato a atuação do Supremo Tribunal Federal, não podendo exigir-se do mesmo a omissão até que a proposição entre em vigor. Justo o contrário.

Em outra decisão, a Ministra Rosa Weber, como Relatora, negou liminar a pedido de 71 deputados federais que se insurgiram contra o que consideraram não apenas uma violação regimental, mas uma manipulação do procedimento de votação pelo então presidente da Câmara dos Deputados, o ex-Deputado Eduardo Cunha. Na sessão do dia 26 de maio de 2015, o referido presidente submeteu à votação uma emenda aglutinativa, a de número 22, à Proposta de Emenda à Constituição nº 182/2007, que tinha por objetivo constitucionalizar o financiamento privado de campanhas eleitorais. Tema controverso, dividiu o plenário de tal forma que a emenda aglutinativa não alcançou os 308 votos necessários para ser aprovada em primeiro turno como emenda à Constituição. Inconformado com o resultado, o então presidente encerrou a sessão e convocou nova votação para o dia seguinte. Até lá, após mapear quais votos contrários à Emenda Aglutinativa nº 22 poderiam ser convencidos a apoiar uma outra emenda aglutinativa, a de número 28, conseguiu articular mais de 308 votos a favor da nova emenda aglutinativa e, levando-a à votação, logrou aprová-la.

¹⁵⁰ TOLEDO, Roberto Pompeu de. As vênias e a toga. *Revista Veja*. [S.l.], 11 de maio de 2018.

Os impetrantes alegaram que a manobra violava, pelo menos, um de três dispositivos constitucionais: ou violava o parágrafo 5º do art. 60 da Constituição Federal, pois o presidente submetera à nova votação, no dia seguinte da primeira derrota, matéria constante de proposta de emenda rejeitada; ou afrontava o inciso I do mesmo art. 60, pois a emenda aglutinativa não contara com a assinatura de um terço dos membros da Casa, se fosse considerada matéria nova e não a mesma matéria votada na véspera; ou desrespeitava os incisos II e IV do parágrafo 4º do art. 60, já que o financiamento de campanhas eleitorais por empresas acabava por fazer a força do capital esmagar a força do cidadão e a representatividade de cada voto. Foi nesse sentido já havia se manifestado a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal no curso do julgamento da ADI nº 4.650/DF, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, julgamento à época interrompido por um pedido de vista.

A Ministra Relatora negou a liminar. Quanto à alegação de violação das cláusulas pétreas, reconheceu que

Embora cabível, em tese, o juízo de inconstitucionalidade material de projeto de Emenda Constitucional sob o parâmetro de controle fornecido pelas cláusulas pétreas, reputo indispensável – mormente nos estreitos limites cognitivos de liminar em *mandamus* – uma inconstitucionalidade manifesta, sob pena de indevida ingerência na atividade regular de outro Poder da República. Não é o que ocorre. As cláusulas pétreas são invocadas sob mediação de um julgamento deste Supremo Tribunal Federal ainda inconcluso. O parâmetro de controle trazido não é a Constituição Federal, mas precedente ainda não perfectibilizado. [...] fundamento insuficiente para o deferimento de medida liminar.¹⁵¹

A Ministra também rejeitou o argumento da ausência do número de assinaturas necessárias para a apresentação de emenda aglutinativa à referida PEC, sustentando que tal número não é exigido expressamente pela Constituição Federal:

Emendas aglutinativas não se destinam a inovar em termos de proposições. Sua aplicação colima a fusão de propostas semelhantes e anteriores. [...] Estas [as emendas aglutinativas] não necessitam de quórum especialmente determinado pela Constituição Federal; no caso de trâmite de Emendas Constitucionais, a exigência do art. 60, I, deve estar atendida pelas proposições normativas originais, quais sejam, aquelas sobre as quais porventura incide a aglutinação.¹⁵²

Por fim, no que diz respeito ao argumento de que não se pode votar a mesma matéria de PEC já rejeitada na mesma sessão legislativa, a Ministra Relatora considerou que as duas

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.630/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 19 de junho de 2015.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.630/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 19 de junho de 2015.

emendas aglutinativas não guardavam “identidade absoluta” e que a rejeição de uma não prejudicava a existência e a apreciação da outra, com base no Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Em síntese, portanto, a Ministra concluiu que:

De todo o exposto, conformando os dados fáticos às premissas jurídicas estabelecidas ao longo desta decisão, concluo no sentido de reconhecer, sempre perfunctoriamente:

(i) as duas Emendas Aglutinativas (de nº 22 e 28), comparadas às proposições originais que as ensejaram, fundiram por transação proposições normativas referentes a objeto similar, sem inovar, em sentido próprio, em conteúdo;

(ii) as duas proposições sequenciais resultantes das fusões realizadas não aparentam guardar identidade absoluta;

(iii) ao contrário, é possível vislumbrar rearranjo dos elementos aglutinados, porque reduzido o âmbito da aglutinação na Emenda Aglutinativa nº 28; e

(iv) sob o prisma do processo legislativo, e com apoio na orientação firmada no precedente MS 22.503/DF, o procedimento adotado pela autoridade coatora aparenta estar apoiado no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, de acordo com seu art. 163, que traz as hipóteses de prejudicialidade das proposições no decorrer das votações dos projetos legislativos.

Portanto, não reputo presentes os requisitos necessários à concessão da liminar, afastado o reconhecimento da invocada inconstitucionalidade, neste exame preliminar da controvérsia. Reitero minha compreensão, externada em vários julgados, à luz da independência e harmonia dos Poderes da União proclamadas no art. 2º da Lei Maior, de que a interferência do Poder Judiciário na pauta política do Poder Legislativo só se justifica na presença de manifesta inconstitucionalidade, que em juízo de deliberação não reputo demonstrada.

Indefiro a liminar, sem prejuízo de exame mais acurado em momento oportuno.¹⁵³

Repare-se, de um lado, que a Ministra, ao declarar que as duas emendas aglutinativas não guardavam “identidade absoluta” e ao basear-se nisso para rejeitar uma das alegações dos impetrantes, foi muito além do que exige a Constituição para vedar novo exame: que “matéria constante de proposta rejeitada” seja “objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.¹⁵⁴ Ou seja, a Constituição é, a meu ver, mais restritiva do que foi a Ministra, que entendeu lícito o reexame da mesma matéria pelo fato de não haver “identidade absoluta”.

Por outro lado, cumpre lembrar que, para julgar não prejudicada a segunda emenda aglutinativa votada, a Ministra viu-se obrigada a basear-se em um dispositivo regimental, o art. 163 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, questão eminentemente, em seu modo de ver, *interna corporis*. Portanto, mesmo que seja para negar uma intervenção no processo

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.630/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 19 de junho de 2015.

¹⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988, art. 60, parágrafo 5º.

legislativo, por vezes o Supremo Tribunal Federal acaba vendo-se obrigado a perscrutar os regimentos internos do Poder Legislativo, sem poder evitá-lo. Isso, por si só, deveria fazer com que o STF mudasse sua compreensão sobre o estatuto dos regimentos internos. São normas jurídicas e, como tais, podem ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal e servir de base para decisões suas. Entrar nesse debate não é ferir a separação de poderes. É, ao contrário, cumprir seu papel como poder que limita outro poder, essência da própria ideia de separação de poderes, como se demonstrará no próximo capítulo.

O divisor de águas nessa questão parece ser se o Supremo Tribunal Federal avança na análise da regra regimental para avaliar se a norma foi violada ou não, ou se sequer adentra essa questão. No julgamento do Mandado de Segurança nº 36.634/DF, essa questão ficou explícita. Tratava-se de mandado impetrado por vários deputados federais contra decisão do presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Rodrigo Maia, que indeferiu pedido de verificação de votação nominal da aprovação do Projeto de Lei nº 7.596/2017, que deu origem à chamada Lei de Abuso de Autoridade. Os impetrantes alegaram que o presidente não observou seu direito de verificar, nominalmente, quais deputados haviam votado a favor e quais haviam votado contra a proposta, de forma a certificar-se do resultado favorável. Segundo o art. 185, parágrafos 1º e 3º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o apoio de 31 deputados é suficiente para tornar o atendimento a esse pedido obrigatório por parte do presidente da Casa. O presidente alegou não ter contabilizado esse número de deputados com o braço levantado no momento devido para manifestar apoio a esse pedido, não se alcançando, assim, o número regimental mínimo. Os impetrantes alegaram o oposto e recorreram ao judiciário para garantir seu direito regimental de certificar-se do resultado. Para isso, pediram que fosse refeita a votação, nominalmente.

O Relator do mandado foi o Ministro Gilmar Mendes, que denegou a liminar, nos seguintes termos:

Com o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição como corolário do Estado Constitucional e, conseqüentemente, com a ampliação do controle judicial de constitucionalidade, consagrou-se a ideia de que nenhum assunto, quando suscitado à luz da Constituição, está previamente excluído da apreciação judicial.

Entretanto, se é certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de avançar na análise da constitucionalidade da administração ou organização interna das Casas Legislativas, também é verdade que isso somente tem sido admitido em situações excepcionais, em que há flagrante desrespeito ao devido processo legislativo constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de interferência indevida do Poder Judiciário no âmbito de atuação do Poder Legislativo.

No caso dos autos, os impetrantes aduzem que a rejeição do requerimento para votação nominal do PL 7.596/2017 teria violado o direito líquido e certo ao devido processo legislativo.

Cumpra registrar que o processo de votação das proposições legislativas que tramitam perante a Câmara dos Deputados encontra-se regulamentado pelo art. 184 e seguintes do seu Regimento Interno.

Dessa forma, entendo que a decisão adotada pela autoridade coatora em questão não afrontou direito líquido e certo dos impetrantes, **pois envolve norma de organização e procedimento internos daquele órgão, não havendo previsão acerca do tema na Constituição Federal.**

Saliente-se que esta Corte já firmou entendimento no sentido de não ser possível ao Poder Judiciário **a análise** ou a modificação da compreensão legitimamente conferida às previsões regimentais de organização procedimental pela Casa Legislativa, por tratar-se de matéria *interna corporis*. (...)

No caso em exame, inegável que o ato coator de indeferimento do requerimento baseia-se exclusivamente em dispositivo regimental, regulador do procedimento exigido à análise das proposições coletivas suscitadas, reputando-se, portanto, de natureza *interna corporis* e insuscetível de controle por esta Corte, em sede de mandado de segurança.¹⁵⁵ (grifos meus)

Acerca da fundamentação dessa decisão do Ministro Relator, cabem duas observações. Primeiro, o fato de não haver previsão constitucional acerca dos requisitos necessários para o pedido de verificação de votação nominal não significa que a questão não se revista de uma dimensão constitucional. A Constituição fez menção expressa aos regimentos internos das casas legislativas, deixando para eles inúmeras questões que não faria sentido tratar em seu próprio texto. Seria mesmo difícil imaginar o contrário – uma Constituição que descesse aos detalhes de todas as regras procedimentais legislativas. Isso não quer dizer que não tenham importância, que deve-se deixar sua aplicação ao sabor do capricho das majorias parlamentares ou dos presidentes das casas legislativas do momento ou que não possam materializar princípios constitucionais.

O próprio fato de o Constituinte ter feito referência expressa aos regimentos internos mostra a relevância que lhes atribuiu, deixando para cada Casa a competência privativa de elaborar o seu regimento (arts. 51, III, e 52, XII, da Constituição Federal) em conformidade com os princípios constitucionais. O procedimento para o pedido de votação nominal não está previsto na Constituição, mas está previsto nos regimentos internos e parece estar de acordo com os princípios democrático e representativo. Afinal, não deveria ter o representado o direito de saber como votou seu representante em determinada matéria? Não se trata de questão de dimensão constitucional numa democracia permitir que o soberano, o povo, saiba como seus

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.634/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 04 de setembro de 2019.

representantes votaram? Portanto, como já dito acima, o fato de tratar-se “apenas” de norma regimental não afasta a possibilidade de que ela encarne um princípio ou um valor constitucional que, por meio dela, deva ser protegido.

Segundo, a ideia de que o Supremo Tribunal Federal não pode sequer analisar “compreensão legitimamente conferida às previsões regimentais de organização procedimental pela Casa Legislativa, por tratar-se de matéria *interna corporis*”, deve ser abandonada. Antes de mais nada, porque, para considerá-la “legitimamente conferida”, é preciso analisá-la. Portanto, feita a análise da compreensão dada a uma certa previsão regimental – o que é indispensável –, podendo a compreensão ser considerada legítima, faz sentido o Supremo não querer rechaçá-la, alegando o respeito à separação de poderes. Para tanto, porém, é preciso avaliar a legitimidade da dita compreensão; caso contrário, significaria, por exemplo, aceitar uma interpretação *contra constitutionem*, o que não faria sentido nem para o Parlamento, nem para o Judiciário.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 34.127/DF, que tratava do procedimento de votação do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu-se, acertadamente, obrigado a analisar as interpretações dadas ao Regimento Interno, identificando uma pluralidade de interpretações possíveis. Veja-se a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. VOTAÇÃO, PELO PLENÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, DE PARECER DA COMISSÃO ESPECIAL SOBRE ABERTURA DE PROCESSO DE IMPEACHMENT CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. FIXAÇÃO, PELO PRESIDENTE DA CASA, DE ORDEM ALEGADAMENTE DISCREPANTE DOS ARTS. 187, §4º, E 218, § 8º, DO REGIMENTO INTERNO. MODELO DE VOTAÇÃO ALTERNADA, DO NORTE PARA O SUL. **PLURALIDADE DE INTERPRETAÇÕES POSSÍVEIS**. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. A adoção, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, de ordem de votação que prestigia um modelo específico de alternância no pronunciamento de parlamentares de diferentes Estados, com observância do sentido de Norte para Sul, é uma das interpretações possíveis do RICD, e não se mostra diretamente afrontosa a qualquer parâmetro da Constituição Federal.

2. Medida cautelar indeferida, por ausência de relevância dos argumentos deduzidos na inicial.¹⁵⁶ (grifo meu)

Para verificar que as diversas interpretações das normas regimentais são possíveis, o Ministro teve que, obrigatoriamente, analisá-las, isto é, confrontar as interpretações dadas às regras com a literalidade delas. Não é razoável imaginar que as teria julgado possíveis sem fazer

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.127/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016.

isso. Para tanto, teve que “descer” à letra do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Mais do que isso, o Ministro analisou as interpretações não apenas em relação ao texto das próprias normas, mas à luz da Constituição Federal, de seus princípios e valores. Por isso, pôde considerar que a interpretação adotada pelo então presidente da Câmara dos Deputados “não se mostra diretamente afrontosa a qualquer parâmetro da Constituição Federal”. A meu ver, esse deveria ser o *iter* percorrido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao analisar mandados de segurança impetrados por parlamentares reclamando de interpretações ou aplicações irregulares de normas regimentais: confrontá-las com o próprio texto do regimento e com a Constituição – incluindo seus princípios e valores – em si.

O Ministro Relator conseguiu demarcar com clareza a linha que separa as questões em que o Supremo Tribunal Federal deve entrar e decidir daquelas em que não deve fazê-lo:

Portanto, considero que essa interpretação é compatível com o dispositivo. **Por considerá-la compatível, embora não ache que seja a melhor, no entanto, penso que aqui se aplica a ideia de deferência: onde o Legislativo tenha decidido de forma razoável, não cabe ao Judiciário sobrepor a sua valoração, ainda que não ache que aquela solução seja a melhor.** De modo que, nessa parte, não estou concedendo a medida liminar.

Concedo a medida liminar apenas no que diz respeito ao ponto que foi suscitado pelo Procurador-Geral da República, Doutor Rodrigo Janot, quanto à não observância da ordem geográfica das capitais dos Estados. Eu devo dizer, para ser totalmente franco, que **nem considero essa questão particularmente importante, mas como ela está no Regimento, e nós aqui estamos determinando a aplicação do Regimento, eu acho que é natural que façamos a coisa da forma correta.**¹⁵⁷ (grifos meus)

Perceba-se, portanto, que o Ministro Relator analisou a interpretação à luz do dispositivo regimental e a considerou compatível. Ainda que não a achasse a melhor, respeitou-a, manifestando deferência ao Legislativo. Não uma deferência de olhos fechados, que se recusa a olhar o que ocorre no outro poder, mas uma deferência atenta, crítica, que se baseou em sua própria leitura do Regimento Interno para ter segurança de sua posição. Outros ministros, ao contrário, consideraram a questão estritamente regimental e, por isso, questão *interna corporis*, imune à atuação do Judiciário. O julgamento terminou empatado e, por isso, o ato impugnado foi mantido.¹⁵⁸

Em outra ação que versava sobre a mesma questão de fundo, qual seja, a ordem de votação dos deputados para a admissibilidade do processo de *impeachment*, uma ação direta de

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.127/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016.

¹⁵⁸ Ressalte-se que, antes do fim do processo, o então presidente da Câmara dos Deputados, deputado Eduardo Cunha, mudou a interpretação dada ao dispositivo e decidiu proceder à chamada das bancadas estaduais de deputados alternando-se estados do sul e do norte.

inconstitucionalidade que atacava a constitucionalidade do dispositivo regimental que estabelecia a ordem geográfica de chamada dos parlamentares, os ministros voltaram a confrontar-se com questões regimentais. O Ministro Luís Roberto Barroso, em especial, deixou mais uma vez clara sua visão de como deve o Supremo Tribunal Federal abordar tais questões:

Embora eu ache que não seja uma questão *interna corporis*, eu acho que, nas matérias que envolvam interpretação de Regimento Interno de Casa Legislativa, o Supremo deve ser o menos intrusivo possível e tão deferente quanto possível. De forma tal que, se houver mais de uma interpretação razoável, eu acho que nós devemos prestigiar a interpretação que tenha sido adotada pela Casa.

[...] Porém, acho que, **adotando algum grau de autocontenção aqui, não acho que a interpretação dada pelo presidente seja fora de propósito. Acho que é uma interpretação compatível com o artigo 187, §4º.** A votação vai ser nominal no âmbito de cada bancada. Portanto, não se faz um do norte, um do sul, e, sim, uma bancada do norte e uma bancada do sul. Não acho despropositado esse critério. Acho que é um critério razoável, compatível com a dicção do artigo 187, § 4º.¹⁵⁹ (grifos meus)

Reaparece nesse voto a posição do Ministro Luís Roberto Barroso de se admitir alguma interpretação possível que tenha sido dada pelo presidente de uma Casa Legislativa ao dispositivo regimental, ainda que não se trate daquela que ele considere a melhor interpretação, como forma de demonstrar deferência ao Poder Legislativo. Considero uma solução inteligente essa ideia de uma espécie de campo de possibilidades interpretativas das normas regimentais, desde que compatíveis com o texto dos dispositivos e com a Constituição em si, inclusive seus princípios e valores, aceitando-se aquela que o Poder Legislativo adotar, mostrando com isso autocontenção e deferência. Esse caminho do meio, equilibrado, não significa nem considerar insindicáveis as normas regimentais e suas interpretações, nem querer impor a interpretação do Judiciário ao Legislativo sobre suas próprias regras regimentais. Dessa forma também se protegem as minorias contra eventuais arbitrariedades interpretativas dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Edson Fachin, embora tenha sido vencido, proferiu um voto com posições que merecem ser destacadas aqui:

O devido processo legislativo, decorrência inafastável do devido processo legal, está portanto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República do Brasil, exige o respeito às regras procedimentais expressamente definidas no Regimento Interno da Casa Legislativa. De modo que [...] entendo que são inconstitucionais todas as demais apresentações que possam ser aventadas para a chamada de

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 de maio de 2017, trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso.

votos no processo de admissibilidade da acusação de autoridade denunciada por crime de responsabilidade.

Diante do exposto, Senhor Presidente, acolho o pedido de concessão de medida cautelar, para fins de interpretação conforme, para declarar como única interpretação constitucional compatível com o devido processo legislativo aquela que respeita a literalidade do § 4º do art. 187 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.¹⁶⁰ (grifos meus)

Como se percebe, o Ministro Edson Fachin considerou inconstitucionais quaisquer interpretações que destoassem da literalidade do previsto no Regimento Interno da Câmara para a chamada de votos, Isso representaria uma violação ao devido processo legislativo, decorrência do devido processo legal, garantido no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal. Dessa forma, reforçou a exigibilidade do respeito às regras procedimentais, afastando-se, aqui, da ideia de que se trata de questão *interna corporis*.

O Ministro Teori Zavascki, que acabou sendo o Redator para o Acórdão, adotou posição diametralmente oposta à do Ministro Edson Fachin: a seu ver, não havia inconstitucionalidade alguma em qualquer das interpretações em debate – a adotada pelo presidente da Câmara dos Deputados e a defendida pelo proponente da ação direta de inconstitucionalidade, visto que a Constituição não estabelecia qualquer regra a respeito:

No meu entender, qualquer das duas interpretações razoáveis são compatíveis com a Constituição, por uma razão muito simples: porque a Constituição não estabelece qual é o critério que deve ser adotado na colheita dos votos nas votações nominais na Câmara dos Deputados. Isso não está na Constituição. Portanto, não há incompatibilidade por absoluta ausência de contraste possível.¹⁶¹

A posição do Ministro Teori Zavascki acabou sagrando-se vencedora, não sendo deferida a medida cautelar pleiteada, embora tenha sido conhecida a ação.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 33.729/DF, impetrado por senadora impugnando o procedimento de votação de contas do presidente da República, o Ministro Luís Roberto Barroso se deparou com um novo desafio: analisar não mais a interpretação de um determinado dispositivo expresso do regimento de uma das casas legislativas, mas uma determinada prática adotada pelo Congresso. O caso dizia respeito ao procedimento de votação das contas: deveriam ser votadas em uma das casas e depois na outra, ou em uma sessão do Congresso em que,

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 de maio de 2017, trecho do voto do Min. Edson Fachin.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 de maio de 2017.

embora os votos fossem tomados separadamente, a discussão seria feita conjuntamente por deputados e senadores?

O Ministro Luís Roberto Barroso decidiu nos seguintes termos, como mostra a ementa:

1. Decorre do sistema constitucional a conclusão de que o julgamento das contas do Presidente da República deve ser feito pelo Congresso Nacional em sessão conjunta de ambas as Casas, e não em sessões separadas.

2. **Tal interpretação se extrai do seguinte conjunto de argumentos constitucionais:** (i) caráter exemplificativo do rol de hipóteses de sessões conjuntas (CF, art. 57, § 3º); (ii) natureza mista da comissão incumbida do parecer sobre as contas (CF, art. 161, § 1º); (iii) reserva da matéria ao regimento comum, que disciplina as sessões conjuntas (CF, art. 161, caput e § 2º), nas quais ambas as Casas se manifestam de maneira simultânea; (iv) quando a Constituição desejou a atuação separada de uma das Casas em matéria de contas presidenciais, instituiu previsão expressa (CF, art. 51, II); e (v) simetria entre a forma de deliberação das leis orçamentárias e a de verificação do respectivo cumprimento.

3. **Essa compreensão, longe de invadir matéria *interna corporis* do Parlamento, constitui fixação do devido processo legislativo em um de seus aspectos constitucionais mais importantes – a definição do órgão competente para o julgamento das contas anuais do Presidente da República –, matéria sensível ao equilíbrio entre os Poderes e da qual o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição (CF, art. 102, caput), não pode se demitir. Ademais, a interpretação ora adotada não contraria, e sim prestigia aquela acolhida em normas internas do próprio Congresso.**

4. Há, no entanto, uma prática estabelecida em sentido diverso. Por essa razão, deixo de conceder liminar para suspender os efeitos das votações já realizadas. É necessário, porém, que os futuros julgamentos de contas presidenciais anuais sejam feitos em sessão conjunta do Congresso Nacional.

5. Medida liminar indeferida, por ausência de risco iminente ou perigo na demora.¹⁶² (grifos meus)

Aqui, duas observações precisam ser feitas. A primeira, a de que, na ausência de uma norma expressa seja da Constituição, seja de algum dos regimentos, o Ministro Relator chegou a uma conclusão a partir de um conjunto de argumentos constitucionais. Portanto, não partiu da premissa de que, não havendo norma expressa da Constituição afrontada, tratava-se de questão *interna corporis*, ao livre arbítrio do Parlamento:

A presente decisão não constitui [...] intervenção do Judiciário em matéria *interna corporis* do Parlamento, mas sim da fixação do devido processo legislativo em um de seus aspectos constitucionais mais importantes – a definição do órgão legislativo responsável pelo julgamento das contas anuais do Presidente da República,

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.729/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2015.

matéria sensível no equilíbrio entre os Poderes –, **razão pela qual a discussão ora em exame não se resume a uma querela regimental [...]**.¹⁶³ (grifos meus)

Segundo, o Ministro analisou não uma interpretação de um dispositivo regimental, mas, sim, uma prática parlamentar, um costume, para considerá-lo inconstitucional e determinar sua mudança, fixando o que deveria ser entendido a partir de então como o devido processo legislativo, sem relegar essa definição ao poder Legislativo com base na separação de poderes:

Porém, é certo que **há uma prática estabelecida** no sentido da apreciação das contas anuais do Presidente da República em sessões separadas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. [...] No entanto, o reconhecimento de uma prática contrária às normas constitucionais não a torna imune ao controle jurisdicional, muito pelo contrário: é precisamente nessa hipótese que se faz mais necessária a atuação deste Tribunal, na qualidade de guardião da Constituição.¹⁶⁴ (grifo meu)

Considero adequada a decisão do Ministro, estabelecendo um determinado procedimento, com base em argumentos constitucionais, apesar de não haver dispositivo expresso na Constituição nesse sentido, nem nos regimentos das casas legislativas¹⁶⁵. Havendo dúvida e disputa dentro do Congresso Nacional em torno do tema – tanto é que uma parlamentar sentiu a necessidade de buscar a proteção do Supremo Tribunal Federal ao que considerava seu direito líquido e certo –, o Judiciário arbitrou e criou uma mudança de procedimentos dali para a frente, não tendo invalidado as apreciações de contas de presidentes feitas anteriormente. Com isso, cumpriu seu papel de guardião da Constituição – de seus princípios e valores – sem, com isso, diminuir o Parlamento.

Ao contrário, é preciso reconhecer que, quando o Supremo Tribunal Federal age para fixar determinado procedimento legislativo de forma a guardar a Constituição, seus princípios e seus valores, proteger as regras do jogo democrático e defender os direitos e garantias

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.729/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2015.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.729/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2015.

¹⁶⁵ Em um debate com outro ministro na votação do Agravo Regimental na Medida Cautelar no Mandado de Segurança, o Ministro Luís Roberto Barroso deixou claro que seu entendimento também encontrava abrigo nas disposições regimentais, ainda que não fossem explícitas: “Não, absolutamente, eu estou dizendo que são válidas e aplicáveis as disposições regimentais que determinam os julgamentos pelas duas Casas do Congresso. Na verdade, houve uma violação do processo legislativo, tal como estabelecido pelo Congresso no Regimento Interno e em Resoluções. O que eu reconheço é que havia uma prática que descumpria, tal como no caso das Medidas Provisórias, relatado pelo Ministro Luiz Fux, havia uma prática *contra constitutionem* e contra o Regimento Comum do Congresso, que é inequívoco no sentido de que a competência é das duas Casas do Congresso. Portanto, havia uma prática e por isso que eu não invalidei os atos, mas é absolutamente fora de dúvida que o Regimento Comum diz em sentido diverso, Presidente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.729/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2015).

individuais, ele não diminui o Parlamento, mas o engrandece. Isso mesmo quando contraria alguma interpretação do presidente de uma de suas casas ou da maioria eventual. É preciso compreender que essa atuação do Supremo se dá em defesa do Poder Legislativo, não em seu desfavor. Guardar as regras do jogo democrático, por exemplo, significa fortalecer o papel do Legislativo no médio e no longo prazos, ainda que, no curtíssimo, possa parecer fragilizá-lo ao não subscrever uma interpretação de seus regimentos ou um procedimento habitual.

Por outro lado, um Ministro do STF recusar-se a entrar no mérito de uma decisão que cabe, segundo a própria Constituição, ao presidente da Câmara dos Deputados, constitui, sem dúvida, uma decisão do órgão de cúpula do Poder Judiciário que prestigia e fortalece o Poder Legislativo. Exemplo disso foi a decisão proferida no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.099/DF, que atacava a decisão do presidente da Câmara de indeferir pedido de *impeachment* do vice-presidente da República. Veja-se a ementa do julgado, que foi unânime na decisão de não conhecer do agravo, acompanhando o Relator, Ministro Celso de Mello:

MANDADO DE SEGURANÇA – DENÚNCIA CONTRA O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA – IMPUTAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE – RECUSA DE PROCESSAMENTO POR INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA: INSUFICIÊNCIA DOCUMENTAL E AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO ADEQUADA DA CONDUTA IMPUTADA AO DENUNCIADO – IMPUGNAÇÃO MANDAMENTAL A ESSE ATO EMANADO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PROCESSO E O JULGAMENTO DA CAUSA MANDAMENTAL – PRECEDENTES – A QUESTÃO DO *JUDICIAL REVIEW* E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – ATOS *INTERNA CORPORIS* E DISCUSSÕES DE NATUREZA REGIMENTAL: APRECIÇÃO VEDADA AO PODER JUDICIÁRIO, POR TRATAR-SE DE TEMA QUE DEVE SER RESOLVIDO NA ESFERA DE ATUAÇÃO DO PRÓPRIO CONGRESSO NACIONAL OU DAS CASAS LEGISLATIVAS QUE O COMPÕEM – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.¹⁶⁶

O Ministro Relator deixou claro, em sua decisão, que entendia tratar-se de questões *interna corporis*, que:

excluem-se, por isso mesmo, em atenção ao princípio da divisão funcional do poder – que constitui expressão de uma das decisões políticas fundamentais consagradas pela Carta da República –, da possibilidade de controle jurisdicional, devendo resolver-se, exclusivamente, na esfera de atuação da própria instituição legislativa.¹⁶⁷

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.099/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de outubro de 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.099/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de outubro de 2018.

A seu ver:

[...] a deliberação questionada nesta sede mandamental, como claramente resulta de seu texto, exauriu-se no domínio estrito do regimento legislativo, circunstância essa que torna inviável a possibilidade jurídica de qualquer atuação corretiva do Poder Judiciário, constitucionalmente proibido de interferir na intimidade dos demais Poderes da República, notadamente quando provocado a invalidar **atos que, desvestidos de transcendência constitucional, traduzem mera aplicação de critérios regimentais.**¹⁶⁸ (grifo meu).

Aqui, o Ministro Relator teve o cuidado de não adentrar o mérito da decisão do presidente da Câmara, que julgou inepta a denúncia. Essa decisão do Ministro Celso de Mello foi, a meu ver, correta. Não faria sentido o Poder Judiciário reformar a decisão do presidente da Câmara que julgou inepta a denúncia contra o vice-presidente da República, pois funcionaria como espécie de instância recursal das decisões **de mérito** do presidente da Câmara. Essa é uma atitude de deferência que faz sentido registrar e apoiar.

Exatamente nessa mesma direção foi também a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Mandado de Segurança nº 36.602/DF, em que o impetrante também reclamava do não recebimento de denúncia por crime de responsabilidade contra o presidente da República pelo presidente da Câmara dos Deputados. A Ministra Relatora indeferiu o Mandado por julgar tratar-se de questão *interna corporis*:

a controvérsia estabelecida sobre o recebimento e processamento de denúncia contra o Presidente da República por suposta prática de crime de responsabilidade insere-se na competência do Presidente da Câmara dos Deputados e consubstancia ato *interna corporis*, insuscetível de controle judicial nos termos da assentada jurisprudência deste Supremo Tribunal.¹⁶⁹

Decisão, a meu ver, igualmente correta.

Por fim, em um dos casos mais recentes, o Ministro Lewandowski reiterou seu entendimento, já manifestado em diversos outros julgados: a insindicabilidade das normas regimentais pelo Judiciário. Ao decidir sobre mandado de Segurança impetrado por senador da República contra ato do presidente da Câmara no processo de votação da PEC nº 10/2020, a chamada de “PEC do Orçamento de Guerra”, o Ministro Relator assim se manifestou:

Na espécie, verifico que, apesar de apontar genericamente a violação do art. 60 da Constituição Federal, toda a argumentação do impetrante toma por base o Regimento

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.099/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de outubro de 2018.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 36.602/DF, Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 17 de dezembro de 2019.

Interno da Câmara dos Deputados, notadamente as disposições constantes do art. 107, § 1º, e do art. 129.

Portanto, o que ele busca neste *mandamus* é questionar judicialmente a interpretação dada pela Câmara dos Deputados aos dispositivos do seu Regimento Interno.

Observo que, para se chegar à mesma conclusão a que chegou o ora impetrante, far-se-ia necessário o exame das normas internas, bem como dos atos até aqui praticados pelos Parlamentares da Casa do Povo, já que a Constituição Federal não disporia diretamente sobre a matéria.

[...]

Ora, por ancorar-se o ato questionado e, bem assim, toda a linha argumentativa em fundamento regimental, só pode haver solução para a querela objeto destes autos no âmbito do próprio Poder Legislativo, sob pena de violar-se o disposto no art. 2º da Carta da República referido acima.

Diante desse cenário, verifica-se, claramente, que o ato impugnado nesta ação mandamental cinge-se ao conflito interpretativo de normas regimentais do Congresso Nacional, de cunho *interna corporis*, que escapam, pois, à apreciação do Judiciário.

Por todas essas razões, é de rigor a negativa de seguimento do pedido, em virtude da *jurisprudência cristalizada* nesta Suprema Corte quanto ao tema de fundo, **que impede ingerência do STF em matéria de âmbito estritamente doméstico do Legislativo.¹⁷⁰ (grifos meus)**

Considero equivocada, como já disse acima, essa visão de que as normas regimentais constituem matéria de “âmbito estritamente doméstico do Legislativo”. O debate sobre as possíveis interpretações das normas regimentais não pode, na opinião do Ministro, ser objeto de análise do Judiciário, pois configuram questões *interna corporis*, que devem ser resolvidas pelo próprio Parlamento, sob pena de violar-se a separação de poderes, visão de que também discordo, como já explicitado. No entanto, concordo com o Ministro Lewandowski quando se refere ao fato de essa visão consistir em uma “jurisprudência cristalizada” na Suprema Corte, isso desde a vigência da Carta anterior. Assim, deve-se suscitar a pergunta sobre se, diante de tão profundas mudanças experimentadas pelo nosso país, pelo nosso ordenamento jurídico, pela nossa Constituição, bem como pela própria doutrina dentro e fora do Brasil, faz sentido não se questionar o que está cristalizado há tantas décadas.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.059/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 15 de abril de 2020.

2.2 Violações procedimentais a direitos e garantias individuais

Como visto acima, é pacífica, no Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência que considera que a violação a direitos e garantias individuais é causa para o Tribunal interferir no processo legislativo, restaurando e protegendo-os, corretamente.

Exemplo dessa jurisprudência é a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso no Mandado de Segurança nº 32.262/DF, em que diversos deputados federais pediram ao STF que obstasse a criação de Comissão Especial destinada a analisar a Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000 e a sua posterior tramitação. A malfadada proposta estabelecia que, uma vez aprovada, qualquer demarcação de terra indígena no Brasil passaria a depender de aprovação do Congresso Nacional. Uma péssima ideia, considerando-se, entre outras razões, a força da bancada ruralista no Parlamento, sendo ela a maior opositora da demarcação de terras indígenas por considerá-las um obstáculo à expansão de terras agrícolas. Se depender da aprovação do Parlamento, nenhuma outra terra indígena será demarcada no Brasil tão cedo. Assim sendo, tal proposição representa clara ameaça aos direitos e garantias individuais dos indígenas, visto que o art. 231 da Constituição Federal reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens. Por essa razão, os impetrantes alegaram, com base no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, que a PEC nº 215/2000 não poderia ser objeto de deliberação, pedindo liminar que a impedisse.

Além disso, a referida PEC ameaça também outra cláusula pétrea, qual seja, a separação de poderes, prevista no art. 60, parágrafo 4º, inciso III. Isso porque, sendo a demarcação de terras ato meramente declaratório – e não decisão política, a qual já foi tomada pelo Constituinte de 1988 ao reconhecer aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam – trata-se de atividade que cabe, segundo a especialização funcional que caracteriza a divisão orgânica do poder, ao Poder Executivo. Para tanto, conta o Poder Executivo, ao menos por ora, com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a cujos antropólogos compete a elaboração de laudos que reconheçam os limites dessas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embasando a demarcação. Ao trazer para si a decisão sobre a demarcação de terras, o Poder Legislativo estaria usurpando uma competência do Poder Executivo e, portanto, esvaziando tal poder, o que é incompatível com o princípio da separação de poderes.

Em sua decisão monocrática, o Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu tais riscos:

Não é descabida a alegação de que a proteção constitucional aos direitos dos índios poderia, em linha de princípio, ficar fragilizada pela atribuição de competência ao Poder Legislativo para autorizar a demarcação das terras por eles tradicionalmente ocupadas. [...] *Em primeiro lugar*, e novamente em linha de princípio, condicionar o reconhecimento de um direito fundamental à deliberação político-majoritária parece contrariar a sua própria razão de ser.

Além disso, e *em segundo lugar*, a jurisprudência deste Tribunal já assentou que a demarcação de terras indígenas é um ato *declaratório*, que se limita a reconhecer direitos imemorais que vieram a ser chancelados pela própria Constituição. [...] Apesar disso, é preciso cautela para não se produzir um arranjo em que, na afirmação de *atos antropológicos*, um *juízo político* venha a prevalecer sobre a devida *avaliação técnica*. Em especial, quando disso dependerem: (i) a fruição de um direito fundamental por grupos minoritários; e (ii) a superação de direitos adquiridos dos índios e de terceiros (CF/88, art. 231, caput e § 6º).

Essas considerações suscitam relevantes dúvidas quanto à validade, em tese, da PEC nº 215/2000, tendo em vista não só os direitos dos índios, mas também outro direito fundamental – a *proteção aos direitos adquiridos* (CF/88, art. 5º, XXXVI) – e, possivelmente, até a *separação dos poderes*, igualmente acolhida como cláusula pétrea (CF/88, arts. 2º e 60, § 4º, III). Por todas essas razões, é plausível a alegação dos impetrantes de que a proposta impugnada não poderia ser objeto de deliberação.¹⁷¹

Apesar da plausibilidade das alegações dos impetrantes, o Ministro Relator não concedeu a liminar. Isso porque entendeu que um de seus requisitos, o *periculum in mora*, não se verificava presente, já que, após a constituição da comissão especial atacada, ainda haveria a tramitação da proposição por ela antes que fosse levada a plenário para a deliberação. Veja-se:

A despeito dessa plausibilidade jurídica, não considero a ameaça atualmente verificada suficientemente forte para que se possa cogitar de uma suspensão do próprio debate sobre o tema. [...] Considero precipitado e, mais do que isso, uma interferência indevida proibir o funcionamento de uma comissão deliberativa do Congresso Nacional. Seria igualmente impensável presumir que os parlamentares atentariam de forma deliberada contra a Constituição. Em vez disso, assumo a premissa de que o debate na Comissão será plural, permitindo que os diferentes pontos de vista sejam vocalizados e apreciados. [...] Diante disso, seria prematuro o Judiciário se interpor em um processo que está em estágio inicial de tramitação, antes mesmo de as Casas legislativas terem tido a oportunidade de amadurecer o debate público correspondente. Por essas razões, não vislumbro a presença de *periculum in mora* que justifique a paralisação do processo legislativo neste momento.¹⁷²

Mesmo denegando a liminar pleiteada pelos impetrantes, a decisão do Ministro Relator teve impacto na Câmara dos Deputados. A Comissão Especial acabou sendo criada, os representantes dos partidos a integraram atendendo às regras constitucionais e regimentais, e ela foi palco de debates muito acalorados e tensos. Ao final de seus trabalhos, aprovou um

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.262/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de setembro de 2013.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.262/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de setembro de 2013.

parecer favorável à proposta, numa clara vitória dos ruralistas, em detrimento dos índios. No entanto, o reconhecimento por parte do Ministro Relator, em sua decisão, dos vários riscos a cláusulas pétreas que a PEC trazia em seu bojo soou como um alerta para o comando da Câmara dos Deputados. Esse foi, sem qualquer dúvida, um fator preponderante para que a PEC não fosse levada a plenário, o que até hoje não ocorreu. Além do mais, as considerações do Ministro tornaram-se importantes argumentos vocalizados pelas lideranças indígenas e seus aliados. Portanto, embora não tenha paralisado o procedimento legislativo de tramitação da PEC nº 215/2000, a decisão do Ministro foi peça chave na garantia da manutenção dos direitos e garantias individuais dos indígenas, pelo desincentivo ao avanço da proposição rumo ao plenário.

Uma outra proposta de emenda à Constituição também suscitou um questionamento no Supremo Tribunal Federal sob o argumento de violação a direitos e garantias individuais, sendo sua relatoria distribuída também ao Ministro Luís Roberto Barroso. Trata-se da PEC nº 55/2016 (numeração do Senado), que na Câmara dos Deputados tramitou sob o número 241/2016. Era a conhecida PEC do Teto de Gastos – tema que voltou ao debate recentemente com os preocupantes números da economia brasileira e mundial. A proposição, que acabou aprovada e promulgada como Emenda Constitucional nº 95/2016, alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), para nele incluir o chamado Novo Regime Fiscal, em que as despesas primárias do Estado brasileiro ficam congeladas por 20 anos, a partir de 2017, corrigindo-se apenas pela inflação do ano anterior.

Uma das principais alegações dos impetrantes era a de que, ao congelar as despesas primárias, o teto de gastos importaria a violação de direitos e garantias individuais, em especial dos direitos à educação, à saúde e à assistência social, que seriam frustrados por ausência de recursos para garanti-los, considerando que a população continua crescendo e já hoje há um déficit em sua prestação. Desse argumento, discordou o Relator:

a proposta de emenda constitucional em exame não revoga direitos, nem sequer diminui o seu financiamento; apenas limita o crescimento real do total das despesas públicas. Não há, portanto, determinação de redução de financiamento, nem está suprimida a possibilidade de crescimento real de despesas específicas, desde que o teto global seja observado.¹⁷³

O Ministro Relator, ao indeferir a liminar pedida pelos impetrantes, senadores da República, manteve a mesma linha do julgado supracitado: a interpretação de cláusulas pétreas

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.507/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de novembro de 2016.

deve ser sempre restrita a seu núcleo, de forma a não impedir a deliberação majoritária que lhe vá dando novos contornos, à medida que mudam os tempos e as necessidades sociais.

Por significarem severa restrição ao poder das maiorias de governarem, cláusulas pétreas devem ser interpretadas de maneira estrita e parcimoniosa. Não há, na hipótese aqui apreciada, evidência suficiente de vulneração aos mandamentos constitucionais da separação de Poderes, do voto direto, secreto, universal e periódico, dos direitos e garantias fundamentais, e dos princípios da razoabilidade, segurança jurídica, devido processo legal, intranscendência da pena e vedação do retrocesso, que justifiquem a intervenção do Judiciário para suprimir o debate.

A responsabilidade fiscal é fundamento das economias saudáveis, e não tem ideologia. Desrespeitá-la significa predeterminar o futuro com déficits, inflação, juros altos, desemprego e todas as consequências negativas que dessas disfunções advêm. A democracia, a separação de Poderes e a proteção dos direitos fundamentais decorrem de escolhas orçamentárias transparentes e adequadamente justificadas, e não da realização de gastos superiores às possibilidades do Erário, que comprometem o futuro e cujos ônus recaem sobre as novas gerações.

Por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos. Porém, esta não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização.¹⁷⁴

Portanto, nesse julgado, o Relator, além de reiterar seu entendimento de que o debate no Parlamento não deve ser cerceado pelo Judiciário – salvo em situações excepcionais, em que esteja inequivocamente configurada a violação da vedação que consta do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF, por exemplo –, aprofunda a análise do tipo de proteção que a Constituição dá às cláusulas pétreas: “as cláusulas pétreas devem ser interpretadas como proibição de supressão do núcleo de sentido dos princípios que consagram, não como a eternização de determinadas possibilidades contidas em sua área não-nuclear”.¹⁷⁵

No Mandado de Segurança nº 34.327/DF também se tratou da proteção de direitos e garantias individuais, mais uma vez sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Aqui, tratava-se de ação movida pelo então deputado Eduardo Cunha para tentar trancar o processo de cassação de seu mandato, que corria enquanto se encontrava afastado do exercício do mandato por decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal. O mandado de segurança atacava atos da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – como a suposta instalação da sessão sem que estivesse presente a maioria absoluta dos membros, por exemplo – e do Conselho de Ética e Decoro (COÉTICA) – como o suposto impedimento do relator sorteado e o sistema de

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.507/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de novembro de 2016.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.507/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de novembro de 2016.

votação escolhido para a deliberação –, ambas comissões da Câmara dos Deputados. Alegava também que, estando afastado, tinha direito líquido e certo à suspensão do processo político-parlamentar, inclusive para fins de defesa e obstrução.

Em trecho de seu voto, o Ministro Relator expõe, com toda a clareza, as razões do indeferimento da liminar e de seu voto contrário no Pleno:

A premissa geral em que se baseia o voto é a seguinte: **o Supremo Tribunal Federal somente deve intervir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas.** [...] Em se tratando de processos de cunho acentuadamente político, como é o caso da cassação de mandato parlamentar, a Corte deve se pautar pela deferência e pela autocontenção, somente intervindo em casos excepcionalíssimos.

[...] Não me parece que o afastamento do impetrante do mandato, por decisão cautelar desta Corte, impeça a continuidade do processo por quebra de decoro contra ele instaurado na Câmara dos Deputados. Acolher esta alegação seria permitir que o impetrante se beneficiasse da própria conduta reprovável: por aparentemente praticar fatos gravíssimos, que embasaram a decisão desta Corte de suspender o exercício do mandato parlamentar, o impetrante teria adquirido um direito subjetivo a suspender o processo de cassação, o que seria absurdo.

[...] A continuidade do processo de cassação não viola o direito à ampla defesa ou um “direito de obstrução”. Embora postergar o trâmite do feito possa ser uma estratégia favorável à defesa, não há direito subjetivo a dilações indevidas, mas apenas ao devido processo legal. Por tudo isso, rejeito a alegação de que o processo deveria ser suspenso.¹⁷⁶ (grifo meu)

Acerca da alegação do impetrante de que o sistema de votação nominal e oral, adotado pelo presidente do Conselho de Ética e Decoro da Câmara, geraria o *efeito manada*, sendo por isso injusto, o Relator afastou a premissa afirmando ser:

[...] a forma que mais privilegia a transparência e o debate parlamentar, e adotada até em hipóteses mais graves do que a ora em discussão. Deferência para com a interpretação regimental acolhida pelo órgão parlamentar, inclusive à vista das dificuldades para aplicação do art. 187, § 4º, do RI/CD fora do Plenário da Câmara dos Deputados. Inexistência de vedação expressa e inocorrência de “efeito manada”¹⁷⁷.

O Relator também indeferiu outro pedido do autor, que demandava que o Supremo Tribunal Federal arbitrasse a solução entre decisões supostamente conflitantes de órgãos internos da Câmara dos Deputados, como, por exemplo, a resposta dada a questões de ordem

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.327/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 01/08/2017.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.327/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 01/08/2017.

por algum presidente ou ex-presidente da Casa e os atos impetrados dos presidentes de comissões. Afirmou, nos seguintes termos:

Não pode ser revista judicialmente a alegada contrariedade entre os atos ora impetrados e as soluções dadas a questões de ordem pela Presidência da Câmara dos Deputados: é o próprio Parlamento – e não o Judiciário – que deve definir qual a sua manifestação final quando haja eventuais divergências entre seus órgãos internos [...]. **A não ser quando haja ofensa constitucional, violação a direitos de minorias ou comprometimento das condições de funcionamento do sistema democrático, o que não é o caso.**¹⁷⁸ (grifo meu)

Já sobre o caráter da votação – nominal ou eletrônico – e sua ordem, o Ministro Relator entendeu ter essa questão natureza eminentemente regimental, e não constitucional. Por isso, em outros casos, o Ministro Relator manifestou-se

no sentido da deferência para com a interpretação adotada pela própria Câmara dos Deputados quanto ao art. 187, § 4º, do RI/CD, embora, pessoalmente, entendesse que ela não seria a melhor. Seria de se ressaltar apenas interpretações manifestamente irrazoáveis, comprometedoras de direitos de minorias ou das condições de funcionamento do sistema democrático, o que, igualmente, não ocorre.¹⁷⁹

Portanto, para o Relator, sendo razoável a interpretação e não comprometendo direitos de minorias ou as condições de funcionamento do sistema democrático, deve o Supremo Tribunal Federal prestigiar a interpretação dada pelo órgão competente do Parlamento, visão com a qual pessoalmente concordo.

O Ministro Relator enumera, como se viu acima, três hipóteses em que considera admissível a intervenção do Supremo Tribunal Federal em procedimentos legislativos, conforme grifado: para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Neste subcapítulo, tratamos, mais atentamente, da segunda hipótese – proteger direitos fundamentais. Sobre a primeira – assegurar o cumprimento da Constituição – passaremos a tratar no próximo subcapítulo.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.327/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 01/08/2017.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.327/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 01/08/2017.

2.3 Violações procedimentais a preceitos constitucionais

2.3.1 Violações procedimentais a dispositivos constitucionais expressos

Esses são os casos em que o Supremo Tribunal Federal sempre enfrenta os argumentos brandidos pelos autores das ações. Como Guarda da Constituição, a Suprema Corte, corretamente, jamais deixa de analisar as situações de fato em que dispositivos constitucionais expressos são violados.

Ainda sob a vigência da Carta de 1967, o Supremo Tribunal Federal julgou um mandado de segurança em que os impetrantes – os senadores Itamar Franco e Mendes Canale – reclamavam o direito público subjetivo de não serem obrigados a participar de uma deliberação que afrontava o parágrafo 1º do art. 50 da então vigente CF:

Artigo 50, Parágrafo 1º - Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.¹⁸⁰

Tratava-se de uma proposta de emenda à Constituição que visava prorrogar por dois anos os mandatos de prefeitos, vice-prefeitos, vereadores e suplentes até 31 de janeiro de 1983, para que a eleição de seus sucessores coincidisse com a eleição geral de deputados federais. O argumento de fundo dos impetrantes era o de que essa prorrogação colocava em risco a periodicidade do voto, embora esta não fosse uma das cláusulas pétreas expressas da Carta – apenas a Federação e a República o eram, como visto acima –, o que mudou com o advento da Constituição Cidadã, em 1988.

O voto do Ministro Relator, Décio Miranda, foi pela prejudicialidade do pedido, visto que, quando o mandado foi a julgamento no Pleno do Tribunal, a PEC já tinha sido aprovada pelo Congresso Nacional. No entanto, o voto-vista do Ministro Moreira Alves, divergente, formou maioria no colegiado e foi um ponto de inflexão na jurisprudência do Tribunal. O Ministro julgou cabível o pedido do mandado de segurança, mas o indeferiu:

Indefiro-o, porém, por ser manifesta a improcedência de sua fundamentação.

¹⁸⁰ BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1967, art. 50, parágrafo 1º.

A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a república, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De feito, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, ínfima que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos.¹⁸¹

A razão pela qual o voto-vista do Ministro Moreira Alves tornou-se um importante precedente não foi a demonstração da improcedência do pedido articulado, mas a argumentação em que se baseou para julgar cabível o mandado. Antes de seu voto, o Ministro Soares Muñoz havia indeferido o pedido pelas seguintes razões:

Insisto, no entanto, na impossibilidade jurídica do pedido, porque o controle, que o Poder Judiciário tem competência para realizar, em relação aos atos legislativos do Congresso Nacional, realiza-se *a posteriori*, insta dizer, depois de promulgada a lei ou a emenda constitucional. E o faz mediante representação de inconstitucionalidade, da privativa iniciativa do Procurador Geral da República.¹⁸²

O Ministro Moreira Alves adotou posição diversa – julgou cabível o Mandado de Segurança, por razões opostas às do Ministro Décio Miranda:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.

Diversas, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente.

A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257-2/DF, Pleno. Rel. Min. Décio Miranda, Red. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, 27 de fevereiro de 1981.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257-2/DF, Pleno. Rel. Min. Décio Miranda, Red. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, 27 de fevereiro de 1981, trecho do voto do Ministro Ministro Soares Muñoz.

E cabe ao Poder Judiciário - nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado - impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança.¹⁸³

Ficou assentado, com esse julgamento, que caberia Mandado de Segurança impetrado por parlamentar pedindo a intervenção do Supremo Tribunal Federal para evitar procedimento legislativo que violasse a Constituição Federal e que, nesses casos, não haveria que se falar em afronta à separação de poderes.

Já sob a vigência da Constituição de 1988, invocando o mesmo fundamento constitucional, qual seja, a regra prevista no art. 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que veda a deliberação de proposta tendente a abolir alguma das cláusulas pétreas – essas já mais numerosas em comparação com as da Carta anterior –, um grupo de parlamentares impetrou o Mandado de Segurança nº 23.047-3/DF, contra a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 033, que deu origem à Emenda Constitucional nº 20/1998, reformando a previdência social. Nesse caso, o argumento foi tão somente constitucional e foi enfrentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, nestes termos:

[...] Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. [...] Estou, contudo, repito, neste juízo liminar de deliberação, em que, no seu conjunto, os problemas suscitados – alguns dos quais poderão ser superados na votação parlamentar -, não justificam o trauma da suspensão do processo legislativo por ordem judicial.¹⁸⁴

Essa linha, que se confirmaria em decisões posteriores do colegiado, foi vencedora e, por essa razão, a liminar pedida foi indeferida e o mandado julgado prejudicado, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998.

Em 30 de junho de 2015, o então presidente da Câmara, Deputado Eduardo Cunha, levou a voto no plenário um substitutivo à PEC nº 171/1993, proposta polêmica de emenda à Constituição que visava a alterar o art. 228 da CF e, com isso, a idade penal. Após tenso debates, a proposta não alcançou os 3/5 dos votos exigidos para ser aprovada, isto é, foi rejeitada. Não se resignando com o resultado, o presidente encerrou a sessão e, no dia seguinte,

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257-2/DF, Pleno. Rel. Min. Décio Miranda, Red. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, 27 de fevereiro de 1981.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 23.047-3/DF, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de novembro de 2003.

levou a voto uma emenda aglutinativa à referida PEC, Emenda de número 16, que fundia outras emendas com o texto original. A manobra pegou de surpresa grande parte dos parlamentares contrários ao núcleo da proposta e foi aprovada. De um dia para o outro, o então presidente identificou o número de votos necessários a se conquistar a fim de aprovar a proposição e articulou a mudança de posição desses parlamentares. Só iniciou a votação que lhe daria vitória quando estava certo de ter os votos de que precisaria. Ademais, como é possível apresentar emendas aglutinativas no plenário até o início da primeira votação, o presidente pôde aguardar o momento ideal para colocar seu plano em ação.

Indignados com tal procedimento, dezenas de deputados federais recorreram ao Supremo Tribunal Federal, impetrando o Mandado de Segurança nº 33.697/DF, alegando que a emenda aglutinativa fora apresentada após a derrota do substitutivo votado, mantendo-se parte do texto rejeitado. Ao fazê-lo, ou violara-se o art. 60, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que veda que matéria constante de proposta rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa; ou violara-se o art. 60, inciso I, que exige o apoio mínimo de 1/3 de assinaturas dos membros da Casa Legislativa – com o que a Emenda não contava. Ou seja, ou a matéria já fora votada e não poderia mais sê-lo na mesma sessão legislativa, ou era nova e deveria contar com um número mínimo de assinaturas que não tinha.

Com base nesses argumentos, os impetrantes pediram a anulação da Emenda Aglutinativa nº 16; o reconhecimento da impossibilidade de se renovar a discussão da matéria na mesma sessão legislativa; a determinação de que eventual nova proposição contasse com o número mínimo de assinaturas exigido pela Constituição; e a determinação de que a apreciação de eventual nova proposta respeitasse a fase de discussão, em vez de ser levada diretamente à votação.

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, indeferiu a medida liminar pleiteada e negou seguimento ao mandado de segurança, nos seguintes termos:

Nesses termos, conclui-se que as emendas, sejam elas supressivas, aglutinativas, substitutivas, modificativas ou aditivas, possuem natureza acessória à proposição principal, de modo que a rejeição do Substitutivo não implica a rejeição da própria PEC.

Dessa forma, configurada a acessoriedade das emendas à proposta principal, resta evidente que a rejeição do substitutivo não impede o prosseguimento das votações, tampouco dá ensejo à aplicação do § 5º do art. 60 da CF. [...]

[A]o contrário do alegado pelos impetrantes, fica evidente que a Emenda Aglutinativa 16 não trouxe matéria inédita a configurar nova proposta de emenda à Constituição e a dar ensejo a abertura de debates.

Assim, não restou configurada violação ao § 5º do art. 60 da CF, a dar ensejo à concessão da segurança quanto a esse ponto.¹⁸⁵

Portanto, o Ministro entendeu que nada havia que maculasse o procedimento. Discordo do entendimento. Pelo menos um dispositivo constitucional foi violado pela votação: ou o parágrafo 5º do art. 60, da CF, ou o inciso I do mesmo dispositivo. A vedação estampada no art. 60, parágrafo 5º, da CF, por exemplo, serve exatamente para evitar que um presidente de uma Casa Legislativa, com amparo da maioria parlamentar, submeta uma matéria à votação com o objetivo de alterar a Constituição tantas vezes quanto necessárias para conseguir alcançar sua meta. Assim, com todos os instrumentos de que dispõe um presidente da Câmara ou do Senado, pode manobrar conforme seus interesses as votações na Casa que dirija até mudar a Constituição do país. Não parece razoável. Sobretudo considerando-se que o único ônus que o presidente da Câmara suportaria caso o entendimento do Ministro fosse diferente seria aguardar a sessão legislativa seguinte, portanto, pouco mais de seis meses. Nesse ínterim, certamente, a reflexão e o debate sobre o tema poderiam ser aprofundados pelos parlamentares e pelo país. Como a decisão do Ministro foi favorável ao então presidente, considerou-se a emenda aglutinativa aprovada, seguindo para o Senado, onde, felizmente, não foi sequer levada a voto.

Em outra votação em que um dispositivo expresso da Constituição foi violado, quando da votação do Projeto de Lei nº 79/2016, a decisão foi diferente. O Ministro Alexandre de Moraes, Relator, deferiu parcialmente a liminar pedida no Mandado de Segurança nº 34.562/DF, impetrado por treze senadores. A liminar determinou que o projeto – que já havia sido considerado aprovado por votação conclusiva em comissões, sem passar pelo plenário da Casa, e enviado à sanção presidencial – retornasse ao Senado para apreciação do recurso que havia sido apresentado contra essa forma de tramitação, nos termos do art. 58, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Diante da violação do referido dispositivo, o Ministro Relator afastou de pronto qualquer alegação de que se tratava de questão *interna corporis*:

Inegável, portanto, que o direito defendido na inicial retira seu fundamento de validade **diretamente do texto constitucional o que, obviamente, afastaria, [...], eventual óbice de natureza *interna corporis*.**

[...] O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das diversas espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, pelo que sua observância deve, se necessário for, ser garantida jurisdicionalmente. **O Poder Judiciário, como venho afirmando, deverá analisar a constitucionalidade, ou**

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.697/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de fevereiro de 2017.

não, de determinada sequência de atos durante certo processo legislativo tendente à elaboração de uma das espécies normativas primárias, uma vez que é a própria Constituição Federal que, com riqueza de detalhes, prevê as normas básicas e obrigatórias do devido processo legislativo (CF, arts. 59 a 69).

[...] Diferentemente, ocorre com a possibilidade de controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas. Nessa situação, conforme já assentei em outros casos de minha relatoria, entendo não ser possível ao Poder Judiciário substituindo-se ao próprio Legislativo, dizer qual o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto *interna corporis*, sob pena de ostensivo desrespeito à separação de Poderes (art. 2º, CF/1988), por intromissão política do Judiciário no Legislativo (MS 35.090, MS 34.970, MS 34.929, todos no Dje de 25/8/2017).

[...] Dessa maneira, presente o direito líquido e certo afirmado na inicial, [...], concedo a ordem para determinar a análise imediata dos recursos apresentados, nos termos do artigo 58, §2º, I, do texto constitucional, pelo Presidente do Senado Federal que, entendendo presentes os seus requisitos formais deverá submeter o Projeto de Lei da Câmara n. 79, de 2016, a deliberação do Plenário do Senado Federal.¹⁸⁶ (grifos meus)

Portanto, o Ministro Relator determinou, em decisão monocrática, que o projeto de lei fosse devolvido pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo. Retornando ao Senado, o recurso contra a tramitação conclusiva nas comissões deveria ser votado no plenário daquela Casa, se preenchesse os requisitos formais exigidos constitucionalmente. Se fosse provido o recurso, o projeto deveria ser, em seguida, votado por todos os senadores; sendo rejeitado, considerar-se-ia o projeto aprovado, seguindo novamente para a sanção presidencial. O projeto voltou para o Senado, onde foi aprovado, e, tendo sido sancionado, tornou-se lei. A decisão do Ministro foi, sem sombra de dúvida, acertada. Se, ao fim e ao cabo, a proposição virou mesmo lei de qualquer sorte, pelo menos não se criou um perigoso precedente de não se votar um recurso contra a tramitação conclusiva sem que tal expediente merecesse a reprovação do Supremo Tribunal Federal. A devolução do projeto de lei ao Legislativo foi, nesse sentido, pedagógica.

Em uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no final da década de 90, um grupo de partidos de oposição questionou a constitucionalidade de dispositivo regimental que limitava a cinco o número de comissões parlamentares de inquérito que poderiam funcionar simultaneamente na Câmara dos Deputados (art. 35, parágrafo 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).¹⁸⁷ Os autores alegavam que tal limitação chocava-se com o disposto no art. 58, parágrafo 3º, da Constituição, cujos requisitos formais, se preenchidos, ensejavam a instalação de CPI, sem que outro óbice pudesse impedi-lo.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.562/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 09 de outubro de 2017.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.635-1/DF, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 05 de março 2004.

O Tribunal considerou constitucional a restrição regimental, consoante os incisos III e IV do art. 51 da Constituição Federal. Esses dispositivos conferem à Câmara dos Deputados o poder-dever de elaborar seu regimento interno e dispor sobre sua organização, regulando o exercício de suas atividades. O limite quantitativo de comissões parlamentares de inquérito simultâneas foi considerado matéria *interna corporis*, sujeita à discricionariedade do Poder Legislativo. O Relator da ação, Ministro Maurício Corrêa, manifestou-se nesse sentido:

Ademais, [...], o limite de cinco comissões parlamentares de inquérito tem como primordial objetivo evitar que não se esvazie a função essencial do Poder Legislativo, que é a elaboração das leis. Além disso, o número excessivo de comissões seria prejudicial a seu próprio funcionamento, visto que não haveria condições de tempo, de espaço, de material nem de pessoal, para se montar uma infra-estrutura adequada aos objetivos colimados. Enfim, o dispositivo em apreço, ao invés de contrariar a Carta Fundamental, cria mecanismos para viabilizar o funcionamento das comissões parlamentares de inquérito. [...] Ante o exposto, julgo improcedente a ação.¹⁸⁸

Apesar do resultado desfavorável à tese da inconstitucionalidade do dispositivo regimental, os votos dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, vencidos, chamam a atenção. O Ministro Marco Aurélio declarou:

Reafirmo: as comissões parlamentares de inquérito consubstanciam instrumental ao alcance da minoria. Qualquer requisito que venha a ser imposto por diploma ordinário para obstaculizar-lhe a instalação [...] conflita, pelo menos sob o meu olhar, sob a leitura que faço da Constituição da República, com esse mesmo diploma.¹⁸⁹

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, afirmou:

Entendo [...] que a prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento – especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos – não pode ser afetada por questões como aquelas que exurgem de restrições meramente regimentais que vedam o funcionamento simultâneo de mais de 5 (cinco) comissões parlamentares de inquérito. O eventual reconhecimento da validade jurídica dessa cláusula regimental de restrição importaria, em última análise, na indevida criação de mecanismo destinado a satisfazer, unicamente, aos interesses políticos de blocos hegemônicos existentes no Congresso Nacional, fazendo instaurar situação vocacionada a frustrar, injustamente, a possibilidade de controle dos atos governamentais eventualmente qualificáveis como arbitrários, além de nulificar o poder constitucional de fiscalização congressional dos órgãos, agentes e instituições do Poder Executivo.¹⁹⁰

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.635-1/DF, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 05 de março 2004.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.635-1/DF, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 05 de março 2004, trecho do voto do Min. Marco Aurélio.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.635-1/DF, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 05 de março 2004, trecho do voto do Min. Celso de Mello.

A meu ver, estavam certos os ministros vencidos. Não deveria poder um dispositivo regimental restringir uma função tão importante do Parlamento, como a de fiscalização e controle, para a qual a comissão parlamentar de inquérito é, muitas vezes, não apenas a melhor, mas a única ferramenta eficaz. Ademais, a declaração da constitucionalidade desse dispositivo levou ao costume, evidentemente inconstitucional, de partidos de sustentação a governos em todos os níveis – federal, estadual e municipal – de lotar, às vésperas do início das legislaturas, as filas de protocolos nas casas legislativas. Assim, são os primeiros a requerer a instalação de CPIs sem qualquer objetivo real de investigação, apenas para inviabilizar a instalação de outras que poderiam incomodar os governos de plantão. Quando ainda deputado estadual, testemunhei, lamentavelmente, por mais de uma vez esse tipo de prática na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. O mesmo vi acontecer na Câmara dos Deputados.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/AM, a Associação Nacional dos Servidores do IBAMA denunciou a prática, que já havia se tornado corrente no Congresso, de se desrespeitar o disposto no art. 62, parágrafo 9º, da Constituição Federal. O dispositivo obriga a apreciação das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo por Comissões Mistas do Congresso Nacional, antes de seguirem para o plenário das casas: “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.”¹⁹¹

Apesar dessa determinação expressa, o Congresso Nacional, sob a presidência do ex-senador José Sarney, aprovou a Resolução CN nº 01/2002, que dispunha, em seus arts. 5º e 6º o seguinte:

Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.

[...]

Art. 6º A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

¹⁹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988, art. 62, parágrafo 9º.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.¹⁹² (grifos meus)

Portanto, a Resolução CN nº 01/2002 estabelecia um prazo para que a Comissão Mista cumprisse o determinado pelo parágrafo 9º do art. 62 da CF e, caso isso não ocorresse, previa uma alternativa ao seu cumprimento: a medida provisória seguiria para a Câmara, onde seria relatada por um deputado, no Plenário da Casa. Sendo aprovada, seguiria para o Plenário do Senado, onde um senador faria o mesmo. Esse mecanismo, no entanto, não se constituiu em uma espécie de válvula de escape excepcional. Ao contrário, virou regra. Nenhuma Comissão Mista chegava sequer a funcionar. Eram todas constituídas pró-forma, apenas para constar, embora nunca se reunissem, sequer para debater o tema. Quando uma medida provisória chegava ao Congresso, a disputa imediata era pela sua relatoria nos plenários da Câmara e do Senado, onde já se sabia que seria decidida.

Essa tensa disputa – que por vezes era objeto de intensas negociações – tinha uma razão de ser: o relator de plenário de medidas provisórias tinha um poder muito grande, muito concentrado. Sua palavra para acatar ou rejeitar uma emenda era quase definitiva, pois era muito difícil – embora não impossível – o plenário de qualquer das casas derrubar o parecer do relator. E a disputa pela relatoria naturalmente crescia quando se tratava de assunto de grande impacto econômico, principalmente, ou social.

Ao tratar dessa questão, especificamente – há outras tratadas na ADI, mas que aqui não vêm ao caso, como a sindicabilidade do requisito da urgência exigível para que se inclua uma matéria em uma medida provisória –, o Relator expôs a razão da existência dessas comissões mistas para analisar medidas provisórias e os riscos desse costume parlamentar contrário à Constituição:

As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, **uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo**. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que “O

¹⁹² BRASIL. Congresso Nacional. Resolução nº 01, de 02 de maio de 2002. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias'. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista.

[...]

A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: **com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário**'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte.

[...]

Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito, em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes. [*In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª edição. São Paulo: RT, 2010. pp. 178-180].¹⁹³ (grifos meus)

Após apontar as razões pelas quais a prática é inconstitucional e também as razões de mérito que justificam a existência e o funcionamento das comissões mistas para analisar medidas provisórias, o Relator, Ministro Luiz Fux, debruçou-se sobre a questão da eventual interferência indevida do Poder Judiciário em questões internas do Parlamento:

A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República.¹⁹⁴

Com essa decisão, de fato, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para aperfeiçoar o funcionamento do Poder Legislativo. Ao substituir o corretamente denominado “império do relator” pelo funcionamento de uma Comissão Mista, assegurou a participação da oposição – que raras vezes conseguia indicar um relator para as matérias mais estratégicas –, aumentou a transparência dos debates e distribuiu o poder de decidir. Com isso, o STF prestigiou o princípio

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/AM, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de junho de 2012.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/AM, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de junho de 2012.

representativo, o princípio democrático e o princípio republicano. Seria um grave equívoco tratar essa questão como um menosprezo ao Parlamento ou uma ingerência em questões *interna corporis*.

Outra decisão que causou grande impacto no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário foi a decisão liminar do Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança nº 31.816/DF, que impetrei no STF.¹⁹⁵ Em 2012, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 2.565/2011, que determinou novas regras de distribuição para os royalties e participações especiais sobre a produção de petróleo entre estados e municípios. A então presidente da República, Dilma Rousseff, sancionou parte do projeto e vetou outra parte, aquela que determinava redistribuição dos royalties referentes aos campos já em operação. Essa parte vetada importaria gravíssimo prejuízo às finanças dos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo.

Insatisfeitos com o Veto Parcial nº 38/2012, aposto a parte do referido projeto de lei, as bancadas de parlamentares dos demais estados solicitaram, e o então presidente do Senado, Renan Calheiros, concordou em pautar o veto para a sessão seguinte do Congresso Nacional, com o objetivo de derrubá-lo. Ocorre que, por cerca de treze anos, o Congresso havia sistematicamente deixado de apreciar vetos presidenciais. Desde então, os vetos acumulavam-se no Congresso e constituíam, quase sempre, a última palavra no processo legislativo. Estavam então pendentes de apreciação pelo Poder Legislativo 3.060 (três mil e sessenta) vetos, apostos a 204 (duzentos e quatro) projetos de lei. Raras eram as vezes em que os vetos eram votados. A prerrogativa de escolher quais vetos seriam ou não pautados conferia um grande poder ao presidente do Congresso Nacional, fosse frente ao presidente da República, que, receando a derrubada de algum veto que considerasse estratégico, tendia a, no mínimo, desejar a omissão do presidente do Poder Legislativo; fosse frente aos interessados na derrubada do veto, parlamentares ou setores econômicos ou sociais.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 66, parágrafos 1º, 4º e 6º, o seguinte:

Artigo 66, § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

[...]

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

[...]

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.¹⁹⁶

Ora, se um veto, não sendo apreciado em trinta dias, contados do seu recebimento, tranca a pauta do Congresso Nacional, então o primeiro veto que deixou de ser apreciado – o mais antigo, ainda do ano 2000 – estaria a trancar a pauta do Congresso desde então, impedindo que os vetos subsequentes pudessem ser votados. Sendo apreciado, o veto seguinte teria que ser deliberado em seguida, já que, também pelo decurso do prazo constitucional, estaria a impedir a apreciação dos posteriores. E assim por diante. Diante desse raciocínio, impetrei o referido mandado de segurança pedindo que o Supremo Tribunal Federal determinasse que os vetos fossem apreciados na única ordem possível de acordo com o prazo estabelecido pela Constituição Federal, haja vista os dois parágrafos supracitados de seu art. 66.

Além disso, na inicial, demonstrei a violação de normas regimentais diversas, como a tentativa de se deliberar matéria não constante da ordem do dia, ofendendo-se a previsibilidade e a confiança recíproca que deve marcar o funcionamento do Parlamento; e a ausência de relatório prévio de Comissão Mista, em clara afronta aos arts. 104 e 105 do Regimento Comum do Congresso Nacional. O Ministro Luiz Fux concedeu a liminar, determinando que o Congresso Nacional superasse seu estado de omissão inconstitucional, ao não apreciar milhares de vetos, procedendo à apreciação dos vetos segundo a ordem cronológica de sua comunicação. Entendeu que outra não poderia ser a sistemática, considerando-se os dispositivos constitucionais supracitados.

A Mesa do Congresso Nacional recorreu, interpondo agravo regimental na medida cautelar do mandado de segurança citado, alegando a “impossibilidade jurídica de apreciação de matérias *interna corporis*”. Baseou-se na ideia de que “o Congresso Nacional possui autonomia para dispor sobre o exercício de suas competências no âmbito interno, autonomia essa que não é passível de controle por outro poder ou órgão público”.¹⁹⁷ Além disso, afirmou também que a decisão monocrática do Relator usurpava prerrogativa do Poder Legislativo, deixando-o de joelhos frente a outro Poder, configurando “clara ingerência na pauta deliberativa do Congresso Nacional por decisão judicial”.¹⁹⁸ Foi além: sustentou que a “ingerência judiciária no processo político de apreciação de vetos, além de evidentemente infrutífera – eis que o

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988, art. 66, parágrafos 1º, 4º e 6º.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

Congresso Nacional certamente saberá buscar caminhos alternativos para viabilizar suas decisões – é prejudicial e nociva ao processo democrático”.¹⁹⁹

Ao responder às declarações da agravante, o Ministro Relator enfrentou de plano o tema da separação de poderes, subjacente à doutrina das questões *interna corporis*:

Trata-se de reconhecer que o modelo de separação de Poderes aqui em discussão não é outro senão aquele delineado concretamente pelas regras expressas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Imperioso, por essa exata razão, rechaçar, desde logo, quaisquer invocações abstratas do aludido princípio, as quais, sem nenhum conteúdo imediatamente operacional, emprestam-se a esconder preferências subjetivas e arbitrárias quanto a um suposto (e pretensioso) modelo ideal de desenho das instituições básicas do Estado Democrático de Direito. O princípio da separação de Poderes, conquanto consagrado axioma da ciência política, tem sua fisionomia articulada por opções políticas do poder constituinte originário e reformador, histórica e geograficamente bem situados. Destarte, o debate travado nestes autos deve partir do texto constitucional e permanecer nos seus limites, na medida em que o que está em jogo não é o *melhor* modelo de relações entre os Poderes da República, mas sim o sistema *efetivamente incorporado* ao texto da Constituição brasileira em vigor.²⁰⁰ (grifo do autor)

Em seguida, o Relator contestou a afirmação da agravante de que a decisão deixava o Poder Legislativo *de joelhos frente a outro Poder*. Primeiro, porque sua decisão monocrática tão somente determinara a aplicação do comando constitucional insculpido nos parágrafos 4º e 6º do art. 66 da Constituição Federal:

[...] enquanto espécies de normas jurídicas estruturantes do processo legislativo brasileiro, as regras constitucionais que disciplinam a superação legislativa do veto presidencial são plenamente sindicáveis em juízo, não se revelando, pela sua invocação e aplicação a casos concretos, interferência indevida do Poder Judiciário sobre questões políticas da alçada própria do Poder Legislativo.²⁰¹

Segundo, a decisão não diminui o Legislativo perante o Judiciário, ao contrário, fortalece-o, ao revitalizar uma prerrogativa institucional sua “que de há muito vem sendo amesquinhada por uma política incompatível com o Estado Democrático de Direito e com a cláusula pétrea da Separação de Poderes”.²⁰²

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

No entanto, foi no debate ocorrido no julgamento do agravo regimental que o Ministro Relator expôs com toda a clareza seu pensamento sobre a doutrina das questões *interna corporis*:

Então, ainda nessa liminar, tive que esclarecer, Senhor Presidente, porque há, digamos assim, um mito. Eu diria um mito. **Há um mito sobre a insindicabilidade de normas regimentais nas Casas do Parlamento.** É claro que não podemos dizer que horas têm que começar, que horas vai acabar, nem escolhemos a pauta, nem agenda. **Agora, o Regimento complementa aquilo que estabelece a Constituição Federal. São regras jurídicas. Como é que essas regras jurídicas não podem ser sindicadas pelo Poder Judiciário?** Eu não consigo, sinceramente. É uma limitação que eu tenho. Quer dizer, a partir do momento em que se pode apreciar jurisdicionalmente uma convenção de condomínio, um estatuto do meu clube de preferência [...] evidentemente que isso não se justifica, não poder syndicar as regras do Regimento Interno, *máxime* quando elas são mal utilizadas, e no processo constitucional legislativo.

Então, trago aqui uma avaliação sobre a afirmação de que uma produção endógena, que especifica a Constituição – **porque essas regras especificam a Constituição, a Constituição especifica as Declarações Fundamentais de Direitos; e as leis, regimentos, normas secundárias especificam aquilo que se contém nas leis ou na Constituição;** que é o caso aqui.²⁰³ (grifos meus)

Ao divergir, o Ministro Teori Zavascki defendeu que não se revisitasse, naquela ocasião, jurisprudência assentada no Tribunal no sentido da insindicabilidade das normas regimentais, consideradas questões *interna corporis*, visto que se tratava de exame de medida liminar. Foi uma proposta desacertada, que infelizmente acabou vingando, porque, na prática, fez com que essa jurisprudência até hoje não tenha sido enfrentada em profundidade pelo Tribunal, de forma coletiva.

Na sequência, a Ministra Rosa Weber concordou *en passant* com o Ministro Teori Zavascki:

[...] Com relação às normas regimentais, tenho várias decisões e endosso integralmente a jurisprudência da Corte no sentido de que se trata, realmente, de eventual violação de normas regimentais, de uma questão *interna corporis*. [...] numa convenção de condomínio, poderemos ou não examinar; mas o que é deliberado no Parlamento não, em termos de normas regimentais, porque acho que se faz em homenagem ao artigo 2º da Constituição.²⁰⁴

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013, trecho do voto da Min. Rosa Weber.

Idem o Ministro Dias Toffoli: “[...]Nas questões sobre as disposições regimentais, a jurisprudência desta Corte não se imiscui, evidentemente”.²⁰⁵ Assim também o Ministro Lewandowski:

[...] tal intervenção extraordinária só deve ser levada a efeito em circunstâncias de **evidente afronta** a uma comando constitucional, em uma exegese estrita do texto magno, sob pena de subverter-se toda a lógica construída pela jurisprudência de longa data sedimentada por esta Corte.²⁰⁶

A Ministra Cármen Lúcia, embora tenha acompanhado a divergência do Ministro Teori Zavascki, declarou que acredita que haja “normas regimentais que, quer se pretendendo pormenorizar o que dito na Constituição e em leis, quer porque estejam a cuidar do processo legislativo, mereçam o juízo do Supremo Tribunal Federal”.²⁰⁷

O julgamento foi concluído, sendo provido o agravo regimental, vencidos os ministros Luiz Fux (Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente), presentes, além desses, os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber e Teori Zavascki. A liminar, portanto, foi cassada, e o Veto Parcial nº 38/2012 foi pautado pelo presidente do Congresso Nacional em sessão conjunta e derrubado. No entanto, foi declarada a inconstitucionalidade da prática até então adotada pelo Congresso no processo legislativo de apreciação de vetos presidenciais. Embora o estoque de vetos não tenha sido enfrentado pelo Parlamento até hoje, ao menos a prática de fato mudou: desde então, não se acumulam mais vetos. Todos, sem exceção, têm sido pautados pelos subsequentes presidentes do Senado. Esse fato, por si só, comprova o acerto da decisão liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux e demonstra como o controle jurisdicional do processo legislativo pode e deve servir para aperfeiçoar o funcionamento do Poder Legislativo. Essa parece ser, na prática, a melhor compreensão de como deve funcionar a separação de poderes em nossa realidade constitucional em casos como esses.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378 MC/DF questionava a forma de escolha dos representantes de partidos e blocos partidários para a ocupar suas vagas na comissão processante do *impeachment* na Câmara dos Deputados. Em seu julgamento, em 2016, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, protegeu os

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013, trecho do voto do Min. Dias Toffoli.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013, trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013, trecho do voto da Min. Cármen Lúcia.

princípios representativo e democrático. A cautelar incidental pedida dizia respeito à forma de votação – se secreta ou aberta – e à indicação de candidaturas a membros da comissão nas vagas destinadas a cada partido – se feita pelo líder da bancada partidária ou se seriam admitidas candidaturas avulsas. Entre as muitas questões tratadas e decididas, fixou-se o entendimento de que deveriam ser confirmadas para o processo de *impeachment* daquele ano as mesmas regras procedimentais utilizadas em 1992, quando do afastamento do ex-presidente Collor. Uma das razões para essa decisão foi o fato de que o Congresso teve mais de vinte anos para revisar o procedimento e alterá-lo, e não o fez. Por isso, em nome da “segurança jurídica e da justiça procedimental”²⁰⁸, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, dever-se-ia optar por seguir as regras anteriormente adotadas. E assim se fez, acertadamente.

O voto do Ministro, acompanhado por outros cinco ministros, afastou a possibilidade de votação secreta. Os fundamentos para tanto foram resumidos pelo Ministro assim:

(i) Não há previsão específica na Constituição, na Lei n. 1.079/1950 ou no Regimento Interno que afirme textualmente que a Comissão Especial do impeachment será eleita por voto secreto. Há, é certo, regra contida na parte final do art. 188, III, do RI/CD que permite votação por escrutínio secreto “nas demais eleições”. Porém, não se pode estender hipótese inespecífica de votação secreta prevista no RI/CD, por analogia, à eleição para a Comissão Especial de impeachment. (ii) Ainda que houvesse previsão expressa e específica de votação secreta nesse caso, o sigilo do escrutínio é incompatível com a natureza e a gravidade do processo por crime de responsabilidade. Em processo de tamanha magnitude institucional, que busca a responsabilização e afastamento de Presidente da República (eleito pelo povo) por decisão dos representantes, é preciso garantir o maior grau de transparência e publicidade possível; (iii) **Os princípios democrático, representativo e republicano incidem diretamente e com especial vigor ao processo de impeachment, de modo que se exige o voto aberto como forma de conferir aos representados ferramentas para que possam exercer o controle social sobre o procedimento de impedimento do Presidente da República;** e (iv) a votação aberta (simbólica) foi efetivamente adotada para a eleição da Comissão Especial no processo de impeachment de Collor, de modo que a manutenção deste procedimento contribui para a segurança jurídica.²⁰⁹ (grifo meu)

Como se lê acima, um dos fundamentos do Ministro Luís Roberto Barroso para decidir pelo voto aberto, em vez do secreto, foi o respeito aos princípios democrático, representativo e republicano.²¹⁰ Como sua argumentação mostra, tomou tal decisão diante da inexistência de

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC/DF, Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 de março de 2016.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC/DF, Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 de março de 2016.

²¹⁰ Em um outro trecho de seu voto nos embargos de declaração, o Ministro, citando seu voto no julgamento do mérito da ADPF, faz menção também a outro princípio: “Como se afirmou, a votação aberta é a regra geral que decorre dos princípios democrático, representativo, republicano e da publicidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC/DF, Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 de março de 2016.

previsão específica em sentido contrário, mas deixou claro que o faria ainda que o voto secreto estivesse estabelecido por qualquer estatuto para esse caso. Isso mostra a força que os princípios constitucionais podem e devem ter ao se tratar de procedimentos legislativos. Não deve haver nenhuma questão no Poder Legislativo que deva ou possa se manter fora do alcance da força desses princípios. Nada que os afronte deve ser considerado imune a reparo judicial por supostamente se tratar de questão *interna corporis*.

2.3.2 Violações procedimentais a princípios e valores constitucionais

Em um julgamento marcante do Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre o Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF, impetrado por senadores da República, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, a Corte adotou entendimento sobre a indicação de membros e a instalação de comissões parlamentares de inquérito que foi decisivo para garantir seu funcionamento e, com ele, o direito de minorias parlamentares.

Após a apresentação válida do Requerimento nº 245/2004, para criar a CPI dos Bingos, destinada a apurar o uso de casas de bingos no delito de lavagem de dinheiro, o presidente do Senado Federal solicitou que os líderes partidários, como determina o Regimento Interno da Casa, indicassem os senadores que comporiam, representando suas agremiações, a referida comissão. Ocorre que os líderes de diversos partidos aliados do governo abstiveram-se de tais indicações. Não as fazendo, os indicados pelos demais líderes não chegavam a perfazer a maioria absoluta das vagas da comissão, impedindo que fosse instalada, por falta de quórum.

Diante desse fato, foi apresentada questão de ordem para que fosse superada a omissão de tais líderes. O presidente do Senado não acolheu a referida questão de ordem, alegando entender não lhe assistir qualquer prerrogativa nesse tema, baseando-se nos art. 66 e art. 78 do Regimento Interno do Senado Federal. A reação dos senadores desassistidos por tal decisão foi a impetração de mandado de segurança alegando, em síntese, violação ao direito de investigação legislativa pelas minorias parlamentares, com base no art. 58, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Ao entrar no mérito da questão, o Ministro Relator partiu das funções do Parlamento – o “Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência

para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado”²¹¹ –, do direito de investigar –

[...] que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º, CF) – tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar [...]²¹²

e da obrigação do presidente da Casa Legislativa em questão de adotar os procedimentos subsequentes e necessários à efetiva instalação da comissão parlamentar de inquérito que tenha preenchido os requisitos constitucionais previstos no art. 58, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Em seguida, mergulhou no estatuto constitucional das minorias parlamentares:

Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares.²¹³

Em virtude disso, não pode a maioria parlamentar lograr êxito em impedir que a minoria exerça seu papel, bastando para isso quedar-se inerte, não indicando seus representantes para a comissão parlamentar de inquérito que lhe seja – ou ao governo que apoia – incômoda. Permitir o contrário seria admitir que os princípios da Constituição fossem nulificados por práticas de maiorias parlamentares irredutíveis com as consequências das opções feitas pelo Constituinte: em “uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República”.²¹⁴ Portanto, aqui se trata de impedir que uma prática procedimental parlamentar viole princípios e valores constitucionais.

Partindo dessas premissas, o Ministro Relator viu-se obrigado a enfrentar o delicado tema das questões *interna corporis*. Afinal, a indicação de membros por líderes partidários para compor uma CPI seria ou não um assunto interno do Parlamento, que deveria ser pelo próprio

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de agosto de 2006.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de agosto de 2006.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de agosto de 2006.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de agosto de 2006.

resolvido, permanecendo imune ao controle jurisdicional? No entender do Ministro Celso de Mello, não:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional.²¹⁵

O Tribunal terminou por conceder, por maioria, a segurança pretendida, garantindo à parte impetrante o direito à efetiva composição da comissão parlamentar de inquérito, que foi instalada e funcionou. E o fez determinando que o presidente do Senado Federal procedesse, ele próprio, à designação dos nomes faltantes dos senadores para compor a referida comissão, mediante a aplicação por analogia do art. 28, parágrafo 1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados combinado com o art. 85, *caput*, do Regimento Interno do Senado Federal. Ficou vencido o Ministro Eros Grau, que entendia não haver base para tal determinação:

É que inexistindo, no Regimento Interno do Senado Federal, preceito que determine ao Presidente dessa casa designar os nomes faltantes dos Senadores que irão compor comissões parlamentares de inquérito, não consigo discernir qual o direito líquido e certo dos impetrantes. [...] Não vejo como ordenar ao Presidente do Senado Federal que, se os líderes de partidos políticos não o fizerem, indique os seus integrantes, como pretendido pelo impetrante. Não há norma constitucional que lhe atribua essa responsabilidade. [...] Entendo que na garantia da criação de comissão parlamentar de inquérito mediante requerimento de um terço dos membros do Senado ou da Câmara dos Deputados está também implícita a garantia da sua instalação. Esta depende exclusivamente da iniciativa daqueles que a requereram. Se determinados partidos políticos não indicarem representantes seus na comissão, sem a presença deles ela será [= deverá ser] instalada.²¹⁶

Mesmo assim, o Tribunal entendeu que poderia, sim, determinar que o presidente do Senado indicasse os membros faltantes pela combinação dos artigos dos regimentos internos supracitados. Prevaleceu, acertadamente, a observância dos princípios e valores constitucionais e não a ausência de um dispositivo que obrigasse a autoridade à tomada daquela ação.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de agosto de 2006.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de agosto de 2006, trecho do voto do Min. Eros Grau.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 26.441/DF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, a Corte deu mais um passo importante no que diz respeito à sindicabilidade das questões regimentais. A leitura de parte da ementa do Acórdão já deixa isso claro, de saída:

questões preliminares rejeitadas – pretendida incognoscibilidade da ação mandamental, porque de natureza *interna corporis* o ato impugnado – **possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional.**²¹⁷ (grifo meu)

Tratava-se de mandado de segurança impetrado por três parlamentares que se insurgiam contra a decisão do presidente da Câmara de submeter ao Plenário da Casa um recurso contra sua própria decisão, a qual negara questão de ordem que alegava não ter a CPI do Tráfego Aéreo, já deferida pelo presidente, fato determinado. Repare-se que, contra decisões do presidente da Câmara, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê recurso ao Plenário. Portanto, os deputados governistas que não desejavam a instalação da comissão parlamentar de inquérito, diante do reconhecimento do presidente da Câmara de que o requerimento de criação atendia às exigências constitucionais, resolveram recorrer ao Plenário. Ocorre que, na prática, ao fazê-lo, impuseram a visão da maioria parlamentar, aprovando o recurso e fazendo prevalecer a questão de ordem contra a instituição da CPI. Tratou-se de uma tentativa de inviabilizar que a minoria usasse esse instrumento fundamental para seu dever de fiscalizar a atuação do Poder Executivo. Em boa hora, portanto, veio a Suprema Corte em defesa da prerrogativa da minoria parlamentar, concedendo a segurança e impedindo que a CPI, já criada, fosse tornada inexistente. O voto do Ministro Celso de Mello, Relator da ação, é luminar:

Tenho para mim, desse modo, que o julgamento plenário, pela Câmara dos Deputados, do Recurso nº 14/2007, [...] longe de caracterizar situação configuradora de prejudicialidade da presente impetração, confere, ao contrário, mais ênfase (e vigor) à tese, sustentada pelos impetrantes, de que a utilização desse recurso regimental poderia frustrar a investigação parlamentar, fazendo preponderar, na matéria, não a vontade da minoria (como quer a Constituição da República), mas, sim, o princípio majoritário.

[...]

A discussão na presente causa não se cinge a um debate de caráter meramente regimental, eis que o fundamento em que se apoia a presente impetração mandamental concerne à alegação de ofensa a direitos impregnados de estatura constitucional, o que legitima, por si só, afastado o caráter *interna corporis* do comportamento ora impugnado, o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, da jurisdição que lhe é inerente.

[...]

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.441/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de dezembro de 2009.

Vê-se, daí, na perspectiva do caso ora em exame, que a intervenção do Poder Judiciário, nas hipóteses de suposta lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, reveste-se de plena legitimidade constitucional, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo, como se registra naquelas situações em que se atribuem, à instância parlamentar, condutas alegadamente tipificadoras de abuso de poder, seja por ação, seja por omissão.

[...]

Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, inclusive aqueles assegurados às minorias nas Câmaras Legislativas (como o direito de oposição e a prerrogativa de fazer instaurar comissões parlamentares de inquérito), atribui-se, ao Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, quando seus órgãos, agentes ou, até mesmo, grupos majoritários que atuam no Parlamento, p. ex., incidirem em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais no desempenho de sua competência institucional.

Em suma: a estrita observância dos direitos e garantias, notadamente quando se alegar, como se sustenta na espécie, transgressão ao estatuto constitucional das minorias parlamentares, traduz fato de legitimação da atividade estatal. **Esse dever de obediência ao regime da lei e da Constituição se impõe a todos – magistrados, administradores e legisladores.**

É que o poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado democrático de Direito, não há lugar para poder absoluto.

A separação de poderes [...] não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de investigar, em sede de inquérito parlamentar, abusos que possam ter sido cometidos pelos agentes do Estado.

A qualificação constitucional do direito público subjetivo invocado pelos ora impetrantes, que alegam – enquanto integrantes da minoria parlamentar na Câmara dos Deputados – desrespeito à prerrogativa que lhes é assegurada pelo art. 58, §3º da Constituição, apresenta-se claramente evidenciada no caso ora em exame, em ordem a viabilizar, por isso mesmo, o conhecimento, por esta Suprema Corte, da presente ação de mandado de segurança, eis que a controvérsia instaurada nesta sede processual não se resume, não se reduz nem se degrada à condição de um tema revestido de caráter meramente regimental.

[...]

Não se pode desconhecer, portanto, a extrema relevância da matéria ora submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, notadamente porque a natureza do tema em exame – [...] – impõe o reconhecimento de que **existe, em nosso sistema político-jurídico, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cuja transgressão, pelos órgãos do Poder (ou pelos próprios grupos majoritários que atuam no âmbito do Parlamento), legitima a intervenção desta Suprema Corte, que tem plena consciência do significado que deve assumir, para o regime democrático, a efetiva proteção jurisdicional ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares.**

[...]

Não constitui demasia lembrar, [...], que **o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para estabelecer, em torno de um dos órgãos da soberania nacional, um indevassável círculo de imunidade que torne insuscetível de revisão judicial, atos ou omissões emanados das Casas legislativas, ainda mais naquelas situações em que, das condutas impugnadas, derive alegada vulneração a direitos titularizados por membros da Câmara dos Deputados, mesmo que – tal como sucede na espécie – sejam integrantes dos grupos parlamentares minoritários.**

[...]

Se é certo, portanto, que os atos *interna corporis* e os de índole política são abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial, não é menos exato que essa particular qualificação das condutas legislativas não pode justificar ofensas a direitos públicos subjetivos que os congressistas titularizam e que lhes conferem a prerrogativa institucional de estrita observância, por parte do órgão a que pertencem, das normas constitucionais pertinentes à organização e ao funcionamento das comissões parlamentares de inquérito.

[...]

Superadas, desse modo, as questões prévias que venho de referir, cabe examinar, agora, o fundo da controvérsia delineado nesta ação de mandado de segurança. [...]

É que a prerrogativa institucional de investigar – deferida às Casas do Congresso Nacional (especialmente aos grupos minoritários que nelas atuam) – não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Parlamento.

Isso significa que a maioria, a pretexto de inobservância da Constituição, não pode deslocar, como sucedeu na espécie, para o Plenário das Casas Legislativas (a Câmara dos Deputados, no caso), a decisão final sobre a efetiva criação de determinada CPI, sob pena de frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalizar e investigar o comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.

[...]

É que, como se sabe, deliberações parlamentares majoritárias (ou, até mesmo, unânimes) não se qualificam como fatores de legitimação de atos eventualmente inconstitucionais que delas resultem, eis que nada pode justificar, considerado o próprio significado do regime democrático, a perversão das Instituições, notadamente quando os atos do Parlamento, transgridem direitos, prerrogativas e garantias assegurados pela Constituição da República.

Em uma palavra: deliberações parlamentares, ainda que resultantes de votações unânimes ou majoritárias, não se revestem de autoridade suficiente para convalidar os vícios gravíssimos de inconstitucionalidade, pois, se tal fosse possível, a vontade de um dos Poderes instituídos culminaria por subverter a supremacia da Constituição, vulnerando, de modo inaceitável, o próprio significado do regime democrático.

[...]

Nesse contexto, o inquérito parlamentar desempenha um papel impregnado de essencial relevo, pois se qualifica – enquanto garantia instrumental do direito de oposição – como meio expressivo de investigação legislativa, ensejando, a quem a promove, mesmo contra a vontade dos grupos majoritários, a possibilidade de apreciar, de inspecionar e de averiguar, para coibi-los, abusos, excessos e ilícitudes eventualmente cometidos pelos órgãos e agentes do Governo e da Administração.

Concluo o meu voto, [...], concedo o mandado de segurança [...]. Determino, em consequência, a restauração definitiva da eficácia do mencionado Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, que validamente reconheceu criada a CPI do sistema de controle do tráfego aéreo [...].²¹⁸ (grifos meus)

Embora o Ministro Relator fundamente sua decisão – que assumidamente adentra na esfera do Poder Legislativo – na proteção dos direitos públicos subjetivos dos parlamentares impetrantes, fica claro que, acertadamente, o Ministro Celso de Mello quis resguardar o princípio democrático – assegurando o direito de oposição e o pleno funcionamento das regras

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.441/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de dezembro de 2009.

do jogo previstas na Constituição Federal – e o princípio representativo – de forma que as pessoas representadas pelos parlamentares de oposição pudessem sentir que o poder-dever de fiscalização de seus representantes estava sendo garantido pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, esse caso tanto poderia ser classificado como violação procedimental a direitos e garantias individuais – no caso, direitos dos parlamentares de oposição – quanto como violação procedimental a princípios e valores constitucionais – no caso, violação ao princípio democrático e ao princípio representativo.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, o Supremo Tribunal Federal deu outro passo importante no controle jurisdicional do processo legislativo. A ação foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) contra o art. 76 da Lei nº 12.249/2010, que foi incluído na lei por emenda parlamentar ao projeto de lei de conversão da Medida Provisória nº 472/2009 e que extinguiu a profissão de técnico em contabilidade.

A autora (CNPL) alegou ausência de relação temática entre a referida emenda parlamentar, que extinguiu a profissão de técnico em contabilidade, e o objeto original da medida provisória, qual seja, a instituição de Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera na regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (REPENEC); a criação do Programa Um Computador por Aluno (PROUCA); a instituição do Regime Especial de Aquisição de Computadores para Uso Educacional (RECOMPE); a prorrogação de benefícios fiscais; a constituição de fonte de recursos adicionais aos agentes financeiros do Fundo da Marinha Mercante (FMM) para financiamento de projetos aprovados pelo Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante (CDFMM); e a instituição do Regime Especial para a Indústria Aeronáutica Brasileira (RETAEROO). Na inicial, a autora defendeu a inconstitucionalidade formal do preceito atacado, por violar a separação de poderes. Isso porque a iniciativa de medida provisória, de competência exclusiva do presidente da República, seria usurpada quando o Congresso Nacional introduz matéria completamente nova em projeto de lei de conversão.

O Ministro Dias Toffoli entendeu que não caberia ao Supremo Tribunal Federal verificar a correlação temática entre emendas parlamentares e objetos de medidas provisórias, já que esse juízo deveria caber ao próprio Congresso:

Nesse quadro, entendo que foge à competência deste Supremo Tribunal avaliar a pertinência entre a matéria tratada no ato normativo impugnado nesta ADI e o objeto da Medida Provisória nº 472/2009. Em primeiro lugar, porque se trata de requisito que não detém sede constitucional, e a competência desse Tribunal nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF) limita-se ao exame

de atos normativos em face da Constituição Federal. Em segundo lugar, porque estaremos reexaminando aspecto já analisado pelo órgão designado para tanto pelo Regimento Comum do Congresso Nacional. **Parece-me que eventual juízo, por esta Corte, acerca do requisito aqui referido configuraria ingerência em questão interna do Congresso Nacional.**

Portanto, de meu ponto de vista, não cabe a este Supremo Tribunal avaliar se determinado ato normativo, resultante de emenda a projeto de conversão de medida provisória, veicula matéria correlata ou não ao tema do ato normativo originário. **Essa questão diz respeito a assunto interno do Poder Legislativo, não devendo ser sindicada pelo Poder Judiciário.**

Assim [...], voto pelo não reconhecimento da inconstitucionalidade formal arguida pela requerente.²¹⁹ (grifos meus)

Portanto, para o Ministro Dias Toffoli, tal avaliação de pertinência temática seria questão *interna corporis* do Poder Legislativo. Mas, felizmente, não foi esse o entendimento que prevaleceu. Todos os demais ministros que votaram entenderam em sentido contrário. A divergência entre eles deu-se sobre a validade da decisão para o caso em questão ou apenas para os futuros casos. Essa última opção prevaleceu: o pedido formulado foi julgado improcedente, mas o Poder Legislativo foi cientificado de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, *ex nunc*, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas sem pertinência temática com o objeto das medidas provisórias em tramitação no Congresso Nacional. Nesse sentido foi o voto do Ministro Edson Fachin, que acabou por ser o Redator para o Acórdão:

[...]Reconhecer que a prática sistemática da edição de emendas em processo legislativo de conversão em lei com conteúdo temático distinto daquele da Medida Provisória sob o escrutínio do Congresso Nacional demonstra desobediência sistemática à moldura institucional construída pela Constituição, não significa, necessariamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as leis de conversão promulgadas até a presente data, incluindo a Lei objeto desta ADI.²²⁰

Não apenas o resultado final da decisão nos interessa aqui, mas sobretudo os argumentos que fundamentaram os votos de alguns ministros. Exemplo disso é o voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

i) julgo improcedente o pedido, porque considero a lei materialmente constitucional e porque considero que não houve vício formal em relação a ela; ii) declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do costume consistente em se admitirem emendas sem pertinência temática nas medidas provisórias; iii) valido todos os dispositivos que tenham sido aprovados por essa via até aqui, ficando claro que pro

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, Pleno. Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de maio de 2017.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, Pleno. Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de maio de 2017.

futuro não se admite mais; e v) declaro a constitucionalidade do dispositivo do Regimento Interno do Congresso Nacional que impõe essa vedação de emendas que não tenham pertinência temática.²²¹

Repare-se que aqui se tinha um costume parlamentar contrário a uma regra regimental expressa, razão pela qual o Ministro Luís Roberto Barroso propôs que se declarasse a constitucionalidade do dispositivo do Regimento Comum que vedava emendas como a atacada. Além disso, tal costume impedia que outros parlamentares apresentassem emendas às proposições que, embora apresentadas sob a forma de emenda, tinham caráter de iniciativa, como bem observou o Ministro Edson Fachin:

Apresentada matéria nova sob a forma de emenda a projeto de lei de conversão de medida provisória, e em relação a qual não conserva afinidade temática alguma, procedeu-se, efetivamente, a um redesenho abrangente e profundo da disciplina jurídica das profissões contábeis, com fortes repercussões nas vidas e nas escolhas de indivíduos, **sem que a qualquer outro Parlamentar, no Senado ou na Câmara, fosse tecnicamente possível a apresentação de emenda sobre a proposta inicial.**²²² (grifo meu)

Ao lado desse efeito colateral, há outro também grave: a iniciativa apresentada sob o disfarce de emenda tramita em regime especial, não passando por qualquer comissão de mérito a que seria submetida caso fosse apresentada como deveria, sob a forma de projeto de lei. Assim, a proposição pula etapas, passando apenas pela Comissão Mista – isso atualmente, após a decisão proferida na ADI nº 4.029, como visto acima –, na prática indo quase que diretamente ao plenário das casas legislativas. Outra distorção, como se pode perceber, visto que isso impede um debate mais aprofundado pelos parlamentares que, em tese, teriam conhecimentos mais específicos para analisar a conveniência e os possíveis impactos de tais decisões nas comissões permanentes. O Ministro Luís Roberto Barroso sintetizou os problemas dessa prática nas seguintes palavras:

[...]Admitir que um parlamentar apresente, a uma medida provisória encaminhada pelo Executivo, uma emenda que não tenha nenhuma pertinência temática viola a Constituição em três momentos. Em primeiro lugar, subtrai do Presidente da República a competência para fazer a avaliação da urgência e da relevância, que é uma competência dele, atribuída pela Constituição. Portanto, é uma usurpação de poder. Em segundo lugar - e também observou a Ministra Rosa Weber -, há uma clara violação ao devido processo legal, porque existe um modo normal e ordinário de produção legislativa. A medida provisória é a exceção, e a exceção para casos

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, Pleno. Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de maio de 2017, trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, Pleno. Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de maio de 2017.

específicos. Quem apresenta uma emenda sem pertinência temática a uma medida provisória está burlando o devido processo legal, que tem uma tramitação diversa. E, em terceiro lugar - e também observado pela Ministra Rosa Weber -, **há um problema de violação do princípio democrático, porque a medida provisória suprime uma parcela importante do debate público e do processo deliberativo que deve transcorrer no âmbito do Congresso Nacional.**²²³ (grifo meu)

Portanto, também aqui há um procedimento que acabou se tornando costumeiro no Legislativo que viola princípios constitucionais – o princípio democrático e, decorrente dele, o princípio da deliberação suficiente, como visto acima – e, por isso mesmo, não poderia prevalecer, em defesa do próprio Parlamento e da higidez de seus procedimentos. Ao contrário do que se pode imaginar, decisões como essa, em vez de menosprezarem o Congresso Nacional, servem para fortalecê-lo, bem como dão força a seus órgãos internos, como comissões permanentes, servindo mesmo para aproveitar ao máximo a contribuição de cada parlamentar, considerando seus conhecimentos e especializações.

Ao relatar o Mandado de Segurança nº 32.033/DF, o Ministro Gilmar Mendes deparou-se com um pedido de liminar, formulado por um senador da República, para sustar a tramitação do Projeto de Lei nº 4.470/2012, o qual estabeleceria “que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”.²²⁴ O autor baseava a plausibilidade de seu direito líquido e certo na demonstração de abuso de poder legislativo, o qual poderia ser verificado na tramitação de projeto de lei forjado para prejudicar destinatários certos e definidos naquela legislatura; no esvaziamento do direito fundamental à criação de novos partidos; no sufocamento de novos movimentos políticos; na quebra do princípio de igualdade entre partidos; na criação de parlamentares de primeira e segunda categorias; e na excepcionalidade do caso. O parlamentar recorria ao STF para não ser obrigado a se submeter “à votação de proposta legislativa que, além de claramente ofensiva à Constituição da República, foi casuística, abusiva e ilícitamente forjada com o espúrio propósito de atingir, especificamente, pela via da lei, determinados movimentos políticos, que se pretende esvaziar”²²⁵.

Na argumentação de sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, Pleno. Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de maio de 2017, trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.033/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 29 de abril de 2013.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.033/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 29 de abril de 2013.

[...] o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição.

[...]

Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial de questões políticas quando há violação à Constituição Federal.

[...]

Tal juízo, entretanto, não pode vir desacompanhado de reflexão crítica acurada. A doutrina tradicional da insindicabilidade das questões *interna corporis* sempre esteve firmada na ideia de que as Casas Legislativas, ao aprovarem os seus regimentos, estariam a disciplinar tão somente questões internas. Por isso, a violação a normas regimentais deveria como tal ser considerada (Zagrebelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Mulino, 1979, p. 36)

Muito embora minoritária hoje, não se pode negar que essa postura contempla uma preocupação de ordem substancial: evitar que a declaração de invalidade de ato legislativo marcado por vícios menos graves, ou adotado em procedimento meramente irregular, mas que tenha adesão de ampla maioria parlamentar, seja levada a efeito de forma corriqueira e, por vezes, traduza interferência indevida de uma função de poder sobre outra (Zagrebelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Mulino, 1979, p. 37).

Zagrebelsky afirma, por outro lado, que, se as normas constitucionais fizerem referência expressa a outras disposições normativas, a violação constitucional pode advir da afronta a essas outras normas, as quais, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam os atos e procedimentos legislativos, constituindo-se normas constitucionais interpostas (Zagrebelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Mulino, 1979, pp. 40-41).²²⁶ (grifo meu)

Para o Ministro Relator, a eventual aprovação do projeto de lei significaria o tratamento desigual de parlamentares e partidos dentro de uma mesma legislatura, revelando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos. Embora o ordenamento pátrio, diferentemente do alemão e do português, não vede expressamente leis casuísticas, isso não significa, na opinião do Ministro Relator,

que o princípio da proibição da lei restritiva de caráter casuístico não tenha aplicação entre nós. Como amplamente admitido na doutrina, tal princípio deriva do postulado material da igualdade, que veda o tratamento discriminatório ou arbitrário, seja para prejudicar, seja para favorecer.²²⁷

Permitir que tal procedimento seguisse tranquilamente seria, para o Ministro, anuir que se violasse os princípios democrático, do pluripartidarismo e da liberdade da criação de legendas. Por isso, assim decidiu:

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.033/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 29 de abril de 2013.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.033/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 29 de abril de 2013.

Ante o exposto, considerando (i) a excepcionalidade do presente caso, confirmada pelas extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional; (ii) a aparente tentativa casuística de alterar as regras para a criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia; e (iii) a contradição entre a proposição em questão e o teor da Constituição Federal de 1988 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430; vislumbro possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional e defiro o pedido de liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do presente mandado de segurança.²²⁸

A meu ver, a decisão do Ministro Relator aqui foi equivocada. A violação dos princípios citados pelo Ministro se daria pelo conteúdo do projeto de lei, se aprovado, e não pelo procedimento em si de sua aprovação. Não se demonstrou, nem na inicial, nem na decisão, quais princípios, valores ou normas constitucionais ou regimentais estavam sendo atropeladas pelo procedimento em questão. O Pleno do Tribunal terminou por indeferir o mandado de segurança, cassando a liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes:

Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não”.²²⁹

Cumprido ressaltar, ainda, caso julgado pelo STF que disse respeito a leis de iniciativa popular. Após a coleta de mais de supostos dois milhões de assinaturas de eleitores brasileiros, foi apresentado na Câmara dos Deputados o projeto de lei de iniciativa popular conhecido como “10 Medidas contra a Corrupção”. Tratava-se de iniciativa de membros do Ministério Público Federal para, com o apoio da população, aprovar mudanças na legislação penal e processual penal no sentido de facilitar e agravar punições a condenados por crimes, em especial contra a Administração Pública. O projeto de lei recebeu o número 4.850/2016 e começou a tramitar. Ocorre que, durante sua tramitação, foram apresentadas emendas que fugiam ao escopo do projeto. Em especial, uma emenda de plenário (EMP), a qual recebeu o número EMP nº 4, que

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.033/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 29 de abril de 2013.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

introduzia no projeto punições por abusos de autoridade, foi aprovada e alterou o projeto, que assim foi enviado ao Senado, para subseqüente deliberação. Um deputado federal, reclamando seu direito de não se ver obrigado a participar de um processo legislativo eivado de vícios, impetrou mandado de segurança contra o procedimento, reclamando a anulação da votação da EMP nº 4.

Antes de adentrar o mérito do mandado em sua decisão, o Ministro Relator, Luiz Fux, discorreu sobre uma prática recorrente na Câmara que vinha constituindo, até então, uma verdadeira afronta à soberania popular: os projetos de lei de iniciativa popular sempre foram recebidos e tramitaram, desde a promulgação da Constituição de 1988, como projetos de iniciativa parlamentar. A razão para essa prática vexaminosa é simples: o Congresso Nacional nunca teve como conferir, de fato, a autenticidade das assinaturas dos cidadãos que apoiaram tais projetos. Entenda-se por quê.

Para certificar que uma assinatura é verdadeira, o que teria, o Congresso, que fazer? Compará-la com outra, essa sim certificada como original. Onde e como o Congresso as encontraria? Nos cartórios eleitorais. No entanto, em cada folha de papel de um abaixo-assinado há cerca de vinte assinaturas diferentes, cada uma, provavelmente, de um cartório eleitoral distinto (zonas e seções eleitorais diversos). Como conferi-las todas? Enviando uma fotocópia de cada folha para cada cartório? Quantas dezenas de milhares seriam? Quais seriam os recursos e o tempo necessários para isso? Isso seria viável? Com absoluta certeza, não. Para não ter que reconhecer esse fato e ser, eventualmente, criticado por isso, o que o Congresso fez para escapar? Adotou a prática de admitir que alguns parlamentares assinassem tais projetos, na qualidade de (co)autores. No entanto, isso sempre retirou do povo a autoria desses projetos. E, ao mesmo tempo, inventou supostos autores dessas leis sem que jamais o tivessem sido – embora por vezes se apresentassem como tais.

Portanto, após a repetida imagem de pilhas de papéis repletos de assinaturas chegando ao Congresso Nacional em carrinhos de supermercado abarrotados, alguns parlamentares, dizendo-se mais afetos às causas ali defendidas, assinavam os projetos como coautores, suprimindo-se a ideia de verdadeira iniciativa popular. Assim tratou dessa prática o Ministro Luiz Fux:

Em primeiro lugar, o projeto subscrito pela parcela do eleitorado definida no art. 61, parágrafo 2º, da Constituição deve ser recebido pela Câmara dos Deputados como proposição de autoria popular, vedando-se a prática comum de apropriação da autoria do projeto por um ou mais deputados. A assunção da titularidade do projeto por parlamentar, legitimado independente para dar início ao processo legislativo, amesquinha a magnitude democrática e constitucional da iniciativa popular,

subjugando um exercício por excelência da soberania pelos seus titulares aos meandros legislativos nem sempre permeáveis às vozes das ruas. Nesse ponto, é relevante destacar que desde 1988 não houve nenhum projeto sequer autuado formalmente como de iniciativa popular na Câmara dos Deputados, atestando não apenas o completo desprestígio com que este instrumento democrático é tratado, mas também a eliminação de qualquer efetividade das normas constitucionais que regem o tema.²³⁰

O Ministro Luiz Fux atentou para o fato de que ser autuado como projeto de lei de iniciativa popular ou não tem consequências em termos procedimentais. Depois de enumerar algumas, concluiu:

[...] Todo esse *iter*, formulado especialmente para assegurar um exame de maior profundidade quanto à proposta diretamente apresentada pela sociedade, é indevidamente afastado quando parlamentares subtraem a iniciativa do projeto originariamente popular, e a assumem em nome próprio.²³¹

Em seguida, atacou a prática – sustentada em dispositivos regimentais – de se permitir que emendas e substitutivos de parlamentares desfigurem a proposta original,

para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores. [...] Dessa maneira, antes que seja submetido a qualquer reflexão aprofundada na Casa Legislativa, o projeto é extirpado em seu nascedouro quando é apresentado um substitutivo por proposta de parlamentar, não sendo sequer apreciada e rejeitada a formulação popular.²³²

Ao fazer isso, para o Ministro, o Congresso frustra a *ratio essendi* da figura constitucional da iniciativa popular, transformando-a apenas em um “simulacro de participação popular”²³³.

Para mostrar o absurdo dessa situação, o Ministro Relator recorreu ao julgamento da ADI nº 5.127, de relatoria da Ministra Rosa Weber, tendo sido Redator do Acórdão o Ministro Edson Fachin, analisado acima. Nesse importante julgamento, como se viu, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a prática de introdução de matéria estranha ao conteúdo de medida provisória por meio de emenda parlamentar no processo legislativo de sua conversão em lei afronta o princípio democrático e o devido processo legislativo. Se isso vale para uma medida

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

provisória, reflete acertadamente o Ministro Luiz Fux, mais ainda deve valer para a projetos de lei de iniciativa popular.

Como a prática condenada pelo Ministro baseava-se em regras regimentais, o Relator teve que enfrentar o tema de serem tais questões *interna corporis* ou não:

Considerada a análise conglobante entre as normas constitucionais e as contidas no Regimento Interno das Casas Legislativas, é de se ressaltar a impropriedade da visão atávica que qualifica as discussões sobre transgressões a normas regimentais como questões *interna corporis*, imunes ao controle judicial. **Subjacente a tal orientação encontra-se um resquício da concepção ortodoxa do princípio da separação de poderes, que, de certa forma, ainda visualiza a existência de domínios infensos à intervenção judicial**, reservados que seriam à instituição parlamentar, responsável pela solução final de toda e qualquer matéria emergente no seu interior.

Tal concepção, todavia, não é a mais adequada. Em um Estado Democrático de Direito, como é a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, *caput*), é paradoxal conceber a existência de campos que estejam blindados contra a revisão jurisdicional, adstritos tão somente à alçada exclusiva do respectivo Poder. Insulamento de tal monta é capaz de comprometer a própria higidez do processo legislativo e, no limite, o adequado funcionamento das instituições democráticas. Daí porque se impõe revisitar esta atávica jurisprudência do Tribunal.²³⁴ (grifos meus)

É, então, que o Ministro apresenta quatro razões para superar esse entendimento e alargar o controle jurisdicional de “questões jurídicas porventura existentes nas vísceras de cada Poder”.²³⁵

A *primeira razão* é o fato de serem as disposições regimentais das casas legislativas normas jurídicas e, por isso mesmo, dotadas de imperatividade e caráter vinculante. Assim sendo, a violação dessas normas deve merecer resposta do ordenamento jurídico, pois seria inconcebível que houvesse normas cujo cumprimento não se pudesse exigir coercitivamente, defende, com toda a razão, o Ministro Luiz Fux:

Não há aqui outra alternativa: (i) ou bem as normas regimentais são verdadeiramente normas e, portanto, viabilizam a sua judicialização, (ii) ou, a rigor, não se trata de normas jurídicas, mas simples recomendações, de adesão facultativa pelos seus destinatários. Esse último não parece ser o caso.²³⁶

A *segunda razão* diz respeito à relação entre as normas constitucionais e as normas regimentais: aquelas servem para projetar balizas genéricas para o legislador, que deve observá-

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

las ao estabelecer essas. Os detalhes do processo legislativo ficam – e devem ficar – a cargo dos legisladores ao elaborar seus regimentos internos, previstos constitucionalmente (arts. 51 e 52 da CF). Ao fazê-lo, os legisladores praticam uma autolimitação voluntária, “que traduz um pré-compromisso com a disciplina interna de suas atividades”:

[...]Disso decorre que se, por um lado, há um prévio espaço de conformação na elaboração da disciplina interna das Casas Legislativas, por outro lado, não menos certa é a assertiva segundo a qual, uma vez fixadas as disposições regimentais, tem-se o dever de estrita e rigorosa vinculação dos representantes do povo a tais normas que disciplinam o cotidiano da atividade legiferante. É dizer, o seu (des)cumprimento escapa à discricionariedade do legislador.²³⁷

A *terceira razão*, ao ver do Ministro Luiz Fux, diz respeito ao que significam as normas regimentais de processo legislativo, em seu sentido último: “regras impessoais que conferem *previsibilidade e segurança* às minorias parlamentares, as quais podem, assim, conhecer e participar do processo interno de deliberação”²³⁸. Nessa esteira, o Ministro Luiz Fux invoca lição do Ministro Marco Aurélio, no julgado analisado supra: “As normas instrumentais, tenham ou não idoneidade constitucional, conferem a certeza quanto aos meios a serem utilizados e exsurtem como garantia maior à participação parlamentar (STF, MS n. 22.503/Df, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06.06.1997).” Exatamente por estarem fixadas antes do procedimento em si, elas impedem que as majorias possam atropelar, a seu bel prazer, as minorias. Dessa forma, contribuem decisivamente para a institucionalização e racionalização do poder, promovendo o equilíbrio entre maioria e minoria, o que protege a todos e fortalece a democracia, já que toda maioria e minoria são eventuais: quem hoje é maioria, amanhã será minoria, e vice-versa.

A *quarta e última razão* baseia-se num argumento de cidadania para admitir a sindicabilidade judicial de casos de descumprimento das disposições regimentais: “Trata-se de zelar pelo cumprimento das **regras do jogo democrático**, de modo a assegurar o pluralismo necessário e exigido constitucionalmente no processo de elaboração das leis”²³⁹ (grifo meu).

Com lastro nessas quatro razões, o Ministro Luiz Fux decidiu, acertadamente, deferir a medida liminar para suspender os atos praticados no bojo do processo legislativo referente ao respectivo projeto de lei, determinando o retorno do projeto à Câmara dos Deputados (o projeto

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

já se encontrava no Senado) e que a Câmara o autuasasse como de iniciativa popular, com as assinaturas de 2.028.263 (dois milhões, vinte e oito mil, duzentos e sessenta e três) eleitores, observando o rito correlato previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Embora tenha gerado certa irritação em parte do Congresso Nacional, a decisão foi cumprida: o projeto de lei retornou à Câmara, cujo presidente determinou a verificação das assinaturas para que o requisito constitucional fosse atendido. Assim o fez a Secretaria Geral da Mesa da Câmara dos Deputados: contabilizou 1.741.721 (um milhão, setecentas e quarenta e uma mil, setecentas e vinte uma) assinaturas, cerca de trezentas mil a menos do que os organizadores da iniciativa diziam ter recolhido. Evidentemente não se pode dizer que a Secretaria Geral da Mesa confirmou a veracidade dessas assinaturas, pois isso seria impossível. O que provavelmente foi feito foi uma recontagem das folhas entregues e uma multiplicação pelo número médio de assinaturas em cada uma delas. Esse expediente, com o avanço das tecnologias digitais e da internet, deve tornar-se desnecessário em breve, vez que tramitam projetos de resolução nas casas do Congresso que admitem assinaturas digitais para apoiar a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular.

De qualquer sorte, o episódio serviu para que duas lições ficassem. Primeira: os projetos de lei de iniciativa popular devem ser autuados como tais, e não ser apropriados indevidamente por parlamentares. É inaceitável a justificativa que se tenta dar para isso de que não há como conferir as assinaturas. Se essa fosse uma prioridade para o Parlamento, em respeito à soberania popular, um meio já teria sido encontrado, como ocorre sempre que necessário. Segunda lição: não podem os parlamentares desvirtuar o sentido de projetos de lei de iniciativa popular introduzindo matéria estranha – ou mesmo oposta – ao que os subscritores da proposição desejavam inserir no ordenamento jurídico pátrio. Essa prática constitui uma afronta ao instituto em si e ao princípio democrático, em especial à soberania popular.

Como vimos, todas as vezes em que o Supremo Tribunal Federal negou-se a conhecer ou a prover ações que reclamavam respeito ao devido processo legislativo, fê-lo sob a invocação da observância da separação de poderes, que estaria a impedir que se adentrasse em questões *interna corporis*. Passemos, então, ao exame da validade dessa justificativa, que faremos no próximo capítulo.

3. SEPARAÇÃO DE PODERES: OBSTÁCULO PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO?

Como vimos, o fundamento mais recorrentemente usado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar seus votos quando decidem não conhecer de ações ou indeferir pedidos que, supostamente, os fariam adentrar na esfera própria do Poder Legislativo, é a separação de poderes. É sobre essa ideia que está baseado o próprio conceito de questões *interna corporis*. Portanto, é indispensável enfrentar essa questão de fundo: em que medida a separação de poderes, prevista no art. 2º de nossa Constituição²⁴⁰, limita ou impede o controle jurisdicional do processo legislativo? É correto retirar da opção constitucional pela separação de poderes a conclusão de que normas regimentais são insindicáveis pelo Poder Judiciário, por exemplo? Para melhor responder a essas perguntas, é preciso fazer uma espécie de arqueologia dessa ideia.

3.1 Surgimento da doutrina da separação de poderes

Como doutrina cujas origens históricas se encontram na Inglaterra do século XVII, a separação dos poderes conheceu várias versões ao longo da sua existência, apresentando continuidades e descontinuidades, pelo que seria errôneo tomar uma destas versões – mesmo a de Montesquieu, que é a mais divulgada – como absoluta e definitiva.²⁴¹

A ideia da separação de poderes tem suas raízes mais conhecidas em Montesquieu, com sua conhecida obra *O Espírito das Leis*.²⁴² No entanto, antes mesmo de Montesquieu, outros autores já haviam conseguido perceber a variedade de funções desempenhadas pelo Estado. Muitos séculos antes, Aristóteles, em *Política*,²⁴³ já havia identificado três funções diferentes na *pólis* e demonstrado não julgar conveniente que todo o poder se concentrasse em uma única

²⁴⁰ “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” – BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988.

²⁴¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 64.

²⁴² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed UnB, 1995.

²⁴³ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

pessoa: “fica patente, em tudo o que dissemos, que entre homens iguais e semelhantes não é justo nem benéfico que um seja o senhor de todos”.²⁴⁴ O filósofo grego, no entanto, não chegou a defender a atribuição dessas funções a órgãos especializados e independentes entre si, embora, de passagem, tenha feito referência à questão da eficiência, já que não há como uma só pessoa ter condições de responder adequadamente a todas as demandas que lhe sejam apresentadas.

Surgiu aí, na Antiguidade clássica, a percepção de que, para ser estável, uma estrutura institucional precisa ser mista, isto é, o poder precisa estar dividido entre diversas forças, de forma equilibrada. Essa premissa deu origem à ideia de constituição mista:

Neste sentido, constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o ‘exercício da soberania’ ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras, em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.²⁴⁵

Se Aristóteles, analisando a realidade de Atenas, defendia a promoção do equilíbrio dos grupos sociais por meio da atribuição de iguais direitos políticos a eles, Políbio, refletindo sobre Roma, associava cada grupo social a cada um dos três órgãos constitucionais de então – os cônsules, o senado e os comícios tribunícios²⁴⁶. Nesse caso, à ideia de constituição mista associa-se a de divisão e equilíbrio de poderes:

Resulta, assim, clara a estreita conexão entre constituição mista e equilíbrio dos poderes: órgãos constitucionais diferenciadamente legitimados e representantes dos interesses sociais distintos, refletindo a estrutura plural da sociedade, hão de provocar um efeito reciprocamente limitativo, no sentido da moderação do poder político.²⁴⁷

Como observa Conrado Hübner Mendes, esse ideal de equilíbrio entre diferentes grupos que marca o surgimento da ideia de constituição mista não estava associada a uma divisão de funções institucionais ainda:

²⁴⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Livro III, Capítulo XI, p. 110.

²⁴⁵ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 33.

²⁴⁶ “É nesta associação de uma classe ou potência político-social autônoma a cada um dos três órgãos constitucionais que a versão polibiana da constituição mista revela a sua diferença específica relativamente à versão aristotélica, em que apenas se trata de atribuir a todas as classes iguais direitos político-constitucionais.” PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 38.

²⁴⁷ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 39.

Na sua origem, a constituição mista corresponde à mescla das formas simples de governo (governo de um, de poucos e de muitos). Buscou promover um equilíbrio das forças que emergiam dos “impulsos da realeza, da aristocracia e do povo”. Dito de outro modo, surgiu como um ideal de equilíbrio de poderes entre diferentes grupos dentro de uma sociedade hierarquizada e estamental. Não estava associada, ainda, a um esquema de divisão de funções institucionais, ao modo dos ‘freios e contrapesos’. Pressupunha uma sociologia. Cada agência de poder, por isso, se definia pela ordem social que a dominava. Institucionalizou-se o desacordo como um meio de manter a capacidade criativa e transformadora da política.²⁴⁸

Muitos séculos depois, John Locke propõe uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, identificando quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos de poder diferentes: a função legislativa, que caberia ao Parlamento, e as funções executiva e federativa – que para Locke estava relacionada ao poder de fazer guerra e celebrar a paz – e o poder de fazer o “bem público sem se subordinar a regras”, que ele denomina “prerrogativa”, essas três últimas funções cabendo ao rei.²⁴⁹ É na Inglaterra moderna, portanto, que a doutrina da separação dos poderes tem sua origem:

[a] doutrina da separação de poderes, **na parte em que envolve uma distinção das funções estatais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados) é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido na Inglaterra no século XVII.** Foi defendida, a partir de princípios jurídicos, como pré-requisito da *rule of law*. Esta constitui, portanto, a sua raiz histórica próxima.²⁵⁰ (grifo meu)

Para que isso se tornasse possível, foi necessário que a função legislativa passasse a ser concebida enquanto tal, o que somente se tornou realidade quando a legislação deixou de ser declarada para ser feita:

Só a partir do momento em que a lei passa a ser concebida como algo de factível, de natureza constitutiva e não meramente declarativa, é que tem sentido falar de uma função legislativa em sentido próprio, autônoma em relação à função jurisdicional.²⁵¹

Após uma longa disputa entre o rei Carlos I e o Parlamento britânico, dissolvido e convocado algumas vezes durante seu reinado, entendeu-se que a separação de poderes era indispensável por dois motivos. Primeiro para evitar a tirania do monarca, que não queria

²⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 174-175.

²⁴⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, capítulos XII, XIII e XIV.

²⁵⁰ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 17-18.

²⁵¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 46.

reconhecer a atribuição da função legislativa ao Parlamento e submeter-se à lei; segundo para coibir a tirania do Parlamento, que por meio do uso insistente do instituto do *impeachment* contra ministros da Coroa avançava sobre a função jurisdicional:

Como arma ideológica de luta contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento, a necessidade de separação dos poderes era invocada com o preciso sentido de **limitar aquele órgão ao desempenho da função legislativa**, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveriam caber. **Eis a doutrina da separação dos poderes, pela primeira vez enunciada nos seus traços autônomos fundamentais, como doutrina prescritiva de determinados arranjos orgânico-funcionais, baseada numa certa análise das funções do Estado.**

Com estas características, constitui novidade absoluta na teoria constitucional, nada tendo em comum com qualquer variante da teoria da constituição mista, embora com esta não seja à partida incompatível. Apenas decorre de determinadas ideias jurídicas concorrentes na Inglaterra de então, visando assegurar fins precisos: a exclusão da tirania e do arbítrio, inevitáveis quando todos os poderes estão concentrados num só órgão, e a garantia da liberdade e da segurança individuais, seriamente comprometidas quando as leis são aplicadas por quem delas é autor.²⁵²⁻²⁵³ (grifo meu)

Como se vê, a concepção de separação de poderes na Inglaterra do século XVII se consolida a partir da constatação da necessidade de se evitar que o Parlamento possa aplicar a lei que faz. E Locke assim entende a sua importância:

como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.²⁵⁴

²⁵² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 49.

²⁵³ “Se o termo legislativo assumiu logo um sentido no essencial moderno, o mesmo não aconteceu com o termo executivo, que até os princípios do século XVIII foi majoritariamente empregue com sentido diferente do que possui hoje, ou seja, para designar a **função judicial**. O que nada tem de estranho, pois a noção moderna de um poder executivo-administrativo não podia ser concebida numa época em que o impacto do Estado sobre o indivíduo comum se processava, fundamentalmente, através dos tribunais e dos funcionários de polícia.

Foi tomando o poder executivo na primeira aceção que então se exigiu a sua separação orgânica e pessoal do poder legislativo: para que os cidadãos sejam governados por leis imparciais, os autores destas não hão de, simultaneamente, julgar e punir as suas violações.

A futura exigência de separação entre poder legislativo e poder executivo (hoje judicial), por um lado, e a de separação entre poder executivo (nome por que, a partir de certa altura, passou a ser designado o poder governativo) e poder judicial, por outro lado, teve origens diferentes e, para certos autores, a sua integração na mesma doutrina só a partir de Montesquieu se tornou definitiva.” (grifos meus) – PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 50-51.

²⁵⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, par. 143, p. 170.

Para Locke, portanto, a separação de poderes serviria para evitar que o órgão que detém o poder supremo de fazer leis se tornasse arbitrário, fosse colocando-se acima das leis, fosse fazendo-as em função de seus interesses, fosse aplicando-as de forma enviesada. A separação contribuiria, dessa forma, para a imparcialidade na aplicação da lei e passou a ser vista mesmo como condição *sine qua non* para a realização da *rule of law*, garantindo-se o primado da lei, a igualdade perante a lei e a segurança jurídica. Ela também permitiria o controle e a limitação recíproca do poder político exercido por cada um dos ramos, algo essencial para a visão liberal de Locke e de seus contemporâneos. Nas palavras de Nuno Piçarra, “para além da exigência de que o poder legislativo atue mediante processo legislativo regular, da proibição de delegar o seu poder e de governar por decretos improvisados e arbitrários, é essencial impedi-lo de executar as leis que faz. Chega-se ao âmago do tema da separação dos poderes”.²⁵⁵

Apesar da precedência de Locke, foi a formulação de Montesquieu que se tornou consagrada como proposta sistemática de divisão orgânica do poder do Estado. Como se pode perceber abaixo, Montesquieu inova, avançando para uma clara divisão de três funções orgânicas, distinguindo a função jurisdicional das outras duas – tanto da legislativa, quanto da executiva:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.²⁵⁶

Montesquieu também estava preocupado, como se vê, em evitar o uso tirânico do poder, inclusive pelo Legislativo:

Se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes. Porém, se num Estado

²⁵⁵ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 70-71.

²⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed UnB, 1995. Livro XI, Capítulo VI, p. 119.

livre, o poder legislativo não deve ter o direito de sustar o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas.²⁵⁷

É importante compreender o contexto histórico em que Montesquieu propôs sua doutrina. Montesquieu publicou *O Espírito das Leis* em 1748, em plena vigência do Absolutismo na França. Sua preocupação, portanto, era mesmo a garantia da liberdade individual, evitando que quem tivesse poder pudesse usá-lo para oprimir os outros:

A democracia e a aristocracia, por sua natureza, não são Estados livres. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constringido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite.²⁵⁸

Como a proteção da liberdade individual era seu principal objetivo, o que buscava era a limitação do poder do Estado, e não propriamente a eficiência de suas prestações. Nesse sentido, a existência e atuação independente de órgãos do poder, por si só, constituiria uma limitação de uns aos outros, instituindo-se assim um mecanismo de equilíbrio. Dessa forma, o poder do Estado serviria para conter o próprio poder do Estado:

Ora, é o próprio Montesquieu quem argumenta, para impedir que o homem, que conta com poder, abuse desse poder, é mister erigir limites a esse poder, porque ele haverá de ir ‘até onde encontrar limites’. Como, porém, pôr limites ao poder que, sendo poder, é força? A solução é suscitar outro poder que, opondo-se àquele, o detenha.²⁵⁹

Nesse sentido, afirma Nuno Piçarra:

A distinção das funções e a separação orgânica se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática, mas também por preocupações garantísticas: pretende-se que nenhum órgão controle todo o poder do Estado.²⁶⁰

²⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed UnB, 1995. Livro XI, Capítulo VI, p. 122.

²⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed UnB, 1995. Livro XI, Capítulo IV, p. 118.

²⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª Ed. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 107.

²⁶⁰ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 13.

Os limites e o controle recíproco seriam estabelecidos entre os órgãos do poder do Estado, e não dentro de cada um deles: um controle interorgânico, portanto, em vez de intraorgânico. Isso porque Montesquieu concebia a câmara dos representantes como um órgão unitário e homogêneo, sem que reconhecesse a oposição à política do governo organizada na minoria parlamentar.²⁶¹ O autor atribui tamanha importância a essa limitação recíproca dos poderes por meio de sua separação orgânico-funcional que a transforma em critério do Estado constitucional.²⁶²

Essa é a essência da visão liberal que se firmou no século XVIII sobre o Poder Legislativo e a separação de poderes, marcada pela ideia de equilíbrio, de necessidade de limites e de fiscalização recíproca. Dela se diferenciava a visão democrática da separação de poderes, apoiada na ideia de soberania popular e direcionada a garantir o primado da lei, obra dos representantes escolhidos pelo povo, ao qual cabia, exclusivamente, controlar os eleitos.²⁶³ O expoente mais emblemático e radical dessa corrente foi Jean-Jacques Rousseau.²⁶⁴

A arquitetura da separação de poderes elaborada por Rousseau estava voltada não para que o poder limitasse o poder, partindo-se de uma visão pluralista do poder do Estado, mas, ao contrário, para assegurar a supremacia da lei, com base em uma visão monista. A lei, para Rousseau, é expressão da soberania, que consiste no exercício da vontade geral. A divisão prevista por Rousseau tinha por objetivo enfraquecer tão somente o Executivo perante o Legislativo, órgão que encarnava a representação da nação, para evitar que aquele se sobrepusesse a esse. Embora tenha deixado profundas marcas na concepção francesa de separação de poderes, a visão rousseauiana que dispensava a ideia de equilíbrio de poderes foi superada pela evolução teórica da doutrina.

Ainda no século XVIII, a doutrina da separação de poderes atravessou o Atlântico. Nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, quando de sua independência, tal princípio foi pioneiramente positivado. Na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, constava que “os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário”.²⁶⁵ Na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 também se optou pela separação de poderes. Para que isto ocorresse, foram decisivos os escritos federalistas de

²⁶¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 114.

²⁶² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 122.

²⁶³ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 79.

²⁶⁴ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 126.

²⁶⁵ DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 219.

Hamilton, Madison e Jay, que, preocupados em evitar a arbitrariedade e a tirania, sublinhavam a importância da separação de poderes e do seu controle recíproco, de forma a que uns funcionassem como freios e contrapesos para os outros: “a acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição da tirania”.²⁶⁶ Segundo Nuno Piçarra:

Este ‘princípio moderno’ [da separação de poderes] veio associar-se ou mesmo confundir-se com a doutrina da constituição mista. Da associação destas duas ideias que, à partida, nada tinham em comum, nasceu a teoria das balanças dos poderes que, por sua vez, evoluiu para uma teoria dos *checks and balances*, sobretudo na América do século seguinte, a qual se autonomizou em relação à referência social da constituição mista. Os freios e contrapesos, por seu turno, foram se integrando progressivamente na própria doutrina da separação dos poderes.²⁶⁷

Como destaca Conrado Hübner Mendes, a adoção da separação de poderes como engrenagem da proteção da liberdade era um passo teórico marcante para a história do conceito:

O episódio de fundação da constituição americana é referência obrigatória dessa tradição na modernidade. Representa o momento em que o mecanismo de freios e contrapesos, entendido como divisão funcional de poderes, nasce mais claramente, algo que ainda não estava em Montesquieu. Não adianta a constituição estabelecer limites no papel – essa era a principal mensagem dos Federalistas sobre a separação de poderes como mecanismo de preservação da liberdade. A solução teria que ser endógena, com o poder controlando o próprio poder. A máquina decisória ali desenhada cria uma dinâmica política inovadora e flexível. No entanto, sua gramática não aceita muito bem a necessidade de identificar *o locus* do poder soberano (ao menos do ponto de vista interno). Como diz Cícero de Araújo, esse *locus* é uma ‘questão em aberto’.²⁶⁸

A energia que move a engrenagem da separação de poderes a proteger a liberdade decorre da própria natureza humana, como observa Oscar Vilhena Vieira:

Em vez das leis da física, a energia para que as partes exerçam pressão umas sobre as outras decorreria da natureza humana. É a ambição que, devidamente canalizada, impedirá a usurpação da liberdade. Madison utiliza-se dos principais vícios da natureza humana para, por meio da disposição das instituições, promover aspirações como a liberdade e a república.²⁶⁹

²⁶⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Tradução: de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, artigo XLVII, pp. 331-332.

²⁶⁷ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 18.

²⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 175-176.

²⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 123.

De fato, foi essa a intenção de Hamilton, Madison e Jay com o desenho institucional que defendiam: fazer com que a ambição se contrapusesse à ambição, como prova a clássica passagem de *O Federalista*:

A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em todos os outros, ser proporcionais ao perigo de ataque. A ambição deve poder contra-atacar a ambição. O interesse do homem deve estar vinculado aos direitos constitucionais do cargo. Talvez não seja lisonjeiro para a natureza humana considerar que tais estratégias poderiam ser necessários para o controle dos abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é preciso primeiro capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a se controlar a si próprio. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias.²⁷⁰

Como bem observa Nuno Piçarra, pode-se perceber a partir do contraste da abordagem de Montesquieu e d'O Federalista com a de Rousseau, a separação de poderes pode ter sentidos equívocos, permitindo que seja invocada em nome de soluções jurídico-constitucionais antagônicas.²⁷¹ No **Estado de Direito de legalidade ou Estado de legislação parlamentar**, característico da formulação de Rousseau, a separação de poderes é invocada tão-somente para garantir o primado da lei e, por consequência, que o poder legislativo seja o único efetivo centro de poder no Estado. O princípio, portanto, não apresenta qualquer utilidade do ponto de vista do efeito limitativo ou do equilíbrio de forças entre os órgãos do poder do Estado. Naquele Estado, a única forma de manifestação do poder soberano é a criação de leis e o poder soberano é o Legislativo. O Estado se identifica com a lei e vice-versa.²⁷²

Naquele tipo de Estado, a função legislativa está num plano superior às funções executiva e jurisdicional e, por conseguinte, ao poder legislativo estão subordinados os poderes executivo e judiciário.²⁷³ Como o exercício da soberania consistia na criação de leis, é

²⁷⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Tradução: de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, artigo LI, p. 350.

²⁷¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 149-150.

²⁷² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 159-160.

²⁷³ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 161.

compreensível que, após o deslocamento da soberania do monarca para a soberania do povo, se desse a conversão da soberania popular na soberania do parlamento.²⁷⁴ Como corolário dessa transposição da soberania, chega-se a uma impossibilidade da limitação do poder dos representantes do povo, já que o povo não pode cometer abusos contra si próprio. Isso posto, “qualquer tentativa de ‘impedimento interno’, qualquer controle por parte dos outros poderes estaduais sobre o poder legislativo constituirá um **atentado ao princípio de separação dos poderes**”²⁷⁵ (grifo meu).

Ora, isso leva à pergunta sobre em que medida o conceito de soberania do legislador, um dos alicerces daquele tipo de Estado, é compatível com o conceito de constituição em sentido formal. A resposta que Piçarra oferece, recorrendo a Carl Schmitt, é que, nesse Estado, a constituição escrita deve se limitar a normas de caráter organizatório e jurídico-processual,²⁷⁶ sem elencar direitos fundamentais com força normativa.

Já no **Estado de jurisdição executor de constituição**, a separação de poderes serve para estabelecer uma pluralidade de centros de poder, que funcionam formando um sistema de recíprocos controles garantindo um equilíbrio de forças, como defenderam Montesquieu e Hamilton, Madison e Jay. Em vez da soberania de um parlamento visto como órgão homogêneo, percebe-se sua divisão em maioria e minoria e reflete-se sobre como evitar a tirania da maioria contra a minoria. O Poder Judiciário não é visto como poder nulo, subalterno ao Legislativo, mas como contrapeso ao Legislativo, equivalente a ele:

Não é porque o parlamento tem *pedigree* democrático, portanto, que ele estará imune à tentação do abuso. Para diminuir esse risco, a separação de poderes cria vetos que reduzem a velocidade do processo decisório. Assim, é saudável que ao parlamento se oponha um contrapeso que ao menos possa combater a ‘política da histeria transitória’.²⁷⁷

Nesse tipo de Estado, escolhido pelo constituinte brasileiro de 1988, perante a Constituição, expressão do poder do povo, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estão

²⁷⁴ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 165 e 176;

²⁷⁵ Em nota de pé de página (n. 34) sobre este ponto, Piçarra acrescenta: “A ideia democrática de soberania do parlamento eleito e os seus corolários, a saber, a ausência de controles sobre suas deliberações por parte de outros órgãos do Estado e a intangibilidade da sua lei, não triunfaram nos Estados Unidos onde, ao contrário, o parlamento foi considerado como o órgão do Estado mais propenso a exercer abusivamente o poder.” (grifo meu) - PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 165-167.

²⁷⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 166-167.

²⁷⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 64.

nivelados, em pé de igualdade. Todos estão subordinados à Constituição, e por isso podem se contrabalançar. A Constituição funciona nesse Estado como norma fundamental que fornece critérios para a validade dos atos dos três poderes constituídos, “para cuja observância concorrem os recíprocos controles interorgânicos”.²⁷⁸ Nesse modelo de Estado, quem está acima não é um poder ou seus membros, mas a Constituição. A ela, todos os poderes e seus membros estão igualmente subordinados.

No debate que precedeu a aprovação da constituição de 1787, as duas formas de entender a separação de poderes se defrontaram entre os representantes estadunidenses. “A que triunfou – um sistema de freios e contrapesos entre órgãos constitucionais democraticamente eleitos, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo soberano – foi a genuína contribuição norte-americana para a moderna teoria constitucional.”²⁷⁹

Depois do sucesso na América do Norte, a doutrina da separação dos poderes conquistou a terra natal de seu mais célebre formulador, a França. Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgida na França após a Revolução de 1789, avançou-se a ponto de se afirmar, em seu artigo XVI, que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, **nem estabelecida a separação dos poderes**, não tem Constituição.”

De lá para cá, a separação de poderes se tornou presença obrigatória nas constituições, escritas ou não, chegando mesmo a se identificar com elas, como se percebe na própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão supracitada. No Estado de Direito do século XX, a ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos se tornou o centro de gravidade do princípio de separação de poderes. Nesse contexto, tem destaque para o sistema de controles jurídicos, que constituiria o núcleo essencial do princípio nos dias de hoje, superando os controles de natureza política, evidenciando uma ascensão do Poder Judiciário nos últimos tempos.²⁸⁰

²⁷⁸ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 206.

²⁷⁹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 183.

²⁸⁰ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 258-262.

3.2 Separação de poderes para quê?

À medida em que o povo emergia como protagonista no cenário político de cada país e que constituições iam sendo promulgadas, a separação de poderes foi se impondo. Com ela, a ideia de que a independência dos órgãos era um valor, mas que não poderia ser absoluto, sob pena de inviabilizar o próprio objetivo de que um poder funcionasse como freio para outro poder:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder **nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.**²⁸¹ (grifos meus)

Portanto, a interferência de um órgão do poder em decisões ou ações de outro constituiu uma importante consequência tirada do objetivo mesmo da separação de poderes, isto é, permitir que o poder freie o poder. Se se entende a independência dos órgãos, de suas decisões e ações como absolutas, será impossível que um órgão freie o outro, servindo-lhe de contrapeso. Portanto, para que o mecanismo funcione, as interferências recíprocas devem ser entendidas como eventualmente necessárias, e não como uma violação.

É nesse sentido que Bruce Ackerman insiste, em seu conhecido artigo *The New Separation of the Powers*, que a pergunta que devemos nos fazer acerca do tema é “separação de poderes em nome de quê?”. A resposta que fornece é tríplice: em nome da legitimidade democrática, da competência profissional e da proteção e fortalecimento dos direitos fundamentais:

Mais concretamente, volto mais uma vez a três ideais legitimadores ao responder à pergunta “separação de poderes em nome de quê?” O primeiro ideal é a democracia. De um jeito ou de outro, a separação facilita (ou dificulta) o projeto de autogoverno do povo. O segundo ideal é a competência profissional. Leis democráticas permanecem puramente simbólicas, a menos que cortes e burocracias possam implementá-las de uma forma relativamente imparcial. O terceiro ideal é a proteção e fortalecimento dos direitos fundamentais. Sem esses, a regra democrática e a administração profissional podem tornar-se rapidamente motores da tirania.²⁸² (tradução minha)

²⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114.

²⁸² ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, 2000, p. 639-640. O texto em língua estrangeira é: More concretely, I return repeatedly to three legitimating ideals in answering the

Concordando com o autor, acredito que, quando se fala em separação de poderes, deve-se, antes de mais nada, refletir a que fins ou ideais ela deve servir, já que ela não é um fim em si mesma, mas um meio. Separação de poderes para quê? Para fortalecer a democracia, incentivar a competência profissional e garantir direitos fundamentais. Em relação ao primeiro e ao terceiro objetivos, o controle jurisdicional do processo legislativo se encaixa perfeitamente, sendo neutro em relação ao segundo, já que busca garantir que um procedimento do poder legislativo seja legítimo do ponto de vista democrático e não ofenda direitos fundamentais. Aliás, como o próprio Bruce Ackerman lembrou no referido texto, “a separação de poderes envolve não apenas presidentes e parlamentos, mas também o status constitucional de cortes e agências administrativas”.²⁸³

Considerando a importância das atividades do Legislativo e do Executivo para a promoção dos direitos fundamentais, centro gravitacional de nosso projeto constitucional, Ana Paula de Barcellos aponta a importância de o Direito Constitucional voltar seu olhar para esses espaços, ocupando-se de seu funcionamento e de seus problemas, com vistas a fomentar neles a democracia.²⁸⁴ Sobre os debates em torno da democracia, aliás, Barcellos destaca como um de seus quatro grandes temas a reflexão sobre como as decisões que afetam a sociedade são ou devem ser tomadas²⁸⁵, o que se liga diretamente ao debate sobre o devido processo legislativo.

Ao tratar da tensão entre jurisdição constitucional e democracia majoritária, Barcellos destaca que, ao garantir as regras que asseguram a participação política e o funcionamento do próprio sistema democrático e proteger os direitos fundamentais, a jurisdição constitucional atua em favor da democracia, e não contra ela.²⁸⁶ Barcellos defende que, considerado o sistema constitucional em vigor no Brasil, “existe um direito difuso a um devido procedimento de natureza procedimental toda vez que algum órgão estatal – Legislativo ou Executivo, ou

question, “Separating power on behalf of what?” The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny.

²⁸³ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, 2000, p. 639. O texto em língua estrangeira é: “The separation of powers involves not only presidents and parliaments, but also the constitutional status of courts and administrative agencies”.

²⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 52-53.

²⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56.

²⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 65.

qualquer outro – se ocupe da elaboração de normas”.²⁸⁷ Esse direito se enraíza na tradição que consolidou o devido processo legal como uma garantia de que a ação estatal seguiria um procedimento previamente ordenado, com o objetivo de proteger os direitos dos afetados pela ação.²⁸⁸ Se Barcellos tem razão – e acredito que tenha –, uma violação ao devido processo legislativo não afeta apenas o direito subjetivo dos parlamentares que dele participam, mas o próprio direito difuso, de toda a sociedade, ao mesmo tempo. Esse seria outro aspecto a justificar, a meu ver, a intervenção judicial para garantir o respeito ao devido procedimento legislativo.

Esse devido procedimento a que toda a sociedade tem direito é denominado por Barcellos como “devido procedimento na elaboração normativa” (DPEN), que

pretende ser um quarto conjunto de regras aplicáveis à criação do direito, paralelo aos outros três já descritos. Ele não se ocupa de limitar o conteúdo possível da norma que a autoridade competente pode vir a editar. Para isso existem os controles de constitucionalidade que poderão incidir sobre a norma final editada. O objetivo do DPEN é procedimental. Ele visa a fomentar a produção de razões e o debate acerca delas no espaço público. Trata-se de exigir que o proponente de uma norma – por exemplo, o Executivo ou um parlamentar ao encaminhar um projeto de lei – justifique sua proposta apresentando publicamente as razões e informações que, a seu juízo, a sustentam.²⁸⁹⁻²⁹⁰

Ao tratar especificamente do conteúdo da justificativa a ser apresentada, Barcellos esclarece que ela deve incluir informações e razões que identifiquem “qual o problema que a norma pretende resolver, qual o resultado final esperado com sua execução e quais os custos e impactos antecipados em consequência da norma”²⁹¹. Tal conteúdo não deverá ser controlado pelo Judiciário, mas apenas se as informações e razões foram ou não apresentadas.²⁹²

²⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

²⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 81-82.

²⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 75-76.

²⁹⁰ “Nesse contexto, do mesmo modo como os processos judicial e administrativo estão submetidos a normas procedimentais, e também suas decisões finais estarão submetidas a determinadas exigências de forma e conteúdo, assim também o processo de elaboração de normas deve submeter-se a algum tipo de norma procedimental, do mesmo modo que as normas – produto final desse processo – estarão submetidas aos parâmetros constitucionais próprios que limitam seu conteúdo.” - BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 118-119.

²⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

²⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 76.

Esse controle deve existir, segundo Barcellos, por duas razões principais: a primeira decorre dos direitos da pessoa humana, a segunda das opções feitas pelo nosso sistema constitucional acerca da organização do Estado. A primeira se divide em dois aspectos: o primeiro, o respeito a que cada pessoa humana faz jus – tem, portanto, o direito de saber por que determinada norma foi criada pelo Estado, já que a afeta, direta ou indiretamente; o segundo, a proteção aos demais direitos fundamentais, já que a ação estatal deve estar sempre orientada nesse sentido – e isso precisa ser demonstrado e verificado.²⁹³ Tal preocupação deve se estender a todo o procedimento de elaboração normativa, para que se dê respeitando as normas que o disciplinam, e não apenas para garantir que haja a justificativa da referida elaboração:

O mínimo que se espera diante da centralidade dos direitos fundamentais e dos efeitos que as normas produzem sobre esses direitos é que toda a seriedade possível seja atribuída ao processo de elaboração normativa. O devido procedimento na elaboração normativa constitui um conteúdo elementar desse esforço.²⁹⁴

Quanto à segunda razão, diz respeito à forma como o poder político deve ser exercido segundo nossa Constituição, o que tem consequências sobre a maneira como as normas devem ser produzidas e justificadas:

O que se vai demonstrar, portanto, é que o devido procedimento na elaboração normativa é uma decorrência lógica das opções constitucionais no particular, das mais gerais – como os princípios republicano, democrático, o Estado de Direito e a garantia do devido processo legal – às mais específicas, como as regras que tratam do próprio processo legislativo e da publicidade.²⁹⁵

Como se pode perceber, essa é uma das importantes possíveis atuações do Supremo Tribunal Federal no controle do processo legislativo. Mas há outras, como veremos abaixo. Pensando de forma mais abrangente, cumpre indagar: qual é o papel de uma Suprema Corte na separação de poderes? Para Bruce Ackerman, as Supremas Cortes têm um papel muito importante na separação de poderes, especialmente pelo controle jurisdicional. É como se esse instituto, para Ackerman, tivesse inaugurado uma nova era da separação de poderes, já que o freio que o controle jurisdicional representa é extremamente pujante. Assim, limita a

²⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 92-93.

²⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 104.

²⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 92-93.

onipotência que as maiorias parlamentares teriam para impor sua vontade, não houvesse um outro órgão do poder capaz de rever seus atos, quando abusivos em algum sentido:

Esta separação de poderes inicial engendra uma outra. Vai ser necessária uma corte constitucional para fazer os princípios escolhidos pelo povo penetrar nas realidades operacionais. Sem a instituição do controle jurisdicional, a maioria parlamentar prevalecente terá incentivos irresistíveis para ignorar atos prévios de soberania popular sempre que for conveniente. Esse resultado geraria descrédito sobre a possibilidade de o povo dar ordens aos seus representantes no governo e esperar que eles as obedeçam. Apenas uma corte constitucional forte pode servir a esta função.²⁹⁶⁻²⁹⁷ (tradução minha)

Portanto, uma Suprema Corte tem um papel fundamental, na separação de poderes, para garantir a força da própria democracia, ao fazer com que a soberania popular seja respeitada pelos eleitos. Não se trata de um desafio pequeno, visto que isso não decorre apenas da letra fria da lei, mas da própria cultura jurídica e política da nação:

Criar um tribunal como esses é um desafio complicado. Parte do problema é cultural: advogados e juizes levam o processo de interpretação legal a sério? Teriam sido eles totalmente desmoralizados por décadas de subordinação à polícia secreta e às autoritárias elites políticas? Que papel tem o estado de direito na cultura como um todo?²⁹⁸ (tradução minha)

Mas não se trata apenas de uma questão cultural. Trata-se também de desenho institucional. Como são escolhidos os ministros? Que independência o método de nomeação

²⁹⁶ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, 2000, p. 667. O texto em língua estrangeira é: “This initial separation of power engenders another. We will require a constitutional court to make the principles enacted by the people into operational realities. Without the institution of judicial review, the reigning parliamentary majority will have overwhelming incentives to ignore prior acts of popular sovereignty whenever it is convenient. This result will only generate cynicism about the very possibility that the people can give marching orders to their governmental representatives and expect these representatives to obey them. Only a strong constitutional court can serve this function”.

²⁹⁷ Contra essa supremacia judicial na interpretação da Constituição, surgiu uma corrente que defende uma igual autoridade para vários intérpretes da Constituição: “Contra a tradição da supremacia judicial inventada por Marshall, segundo o qual a constituição é uma norma de ordem superior que só faz sentido se estiver acima da política e for protegida por um guardião, nasce uma corrente que recusa essa premissa a partir de variados argumentos e ênfases. Construção coordenada, departamentalismo e constituição fora das cortes são os termos pelos quais esses autores costumam ser classificados. Propõem que a constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes. A interpretação extra-judicial, nesse sentido, é um fenômeno legítimo e desejável. Para defensores da supremacia, a corte é soberana na interpretação. Para a corrente aqui descrita, a corte é um intérprete a mais dentro de um jogo mais complexo. Há vida constitucional fora das cortes e as teorias centradas na última palavra judicial ofuscam essa constatação.” - MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 125.

²⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, 2000, p. 667. O texto em língua estrangeira é: “Creating such a tribunal is a tricky matter. Part of the problem is cultural: Do lawyers and judges take the process of legal interpretation seriously? Have they been utterly demoralized by decades of subordination to the secret police and authoritarian political elites? What role does the rule of law play in the culture as a whole?”.

garante? A imparcialidade do indicado é incentivada pelo método de escolha? As minorias parlamentares têm algum poder de veto sobre o indicado? Qual o quórum para a sua aprovação? Os ministros são indicados por qual órgão do poder, Executivo ou Legislativo? Os indicados têm mandato fixo? Ackerman aponta, com razão, que esses fatores têm influência na atuação dos ministros e, portanto, no papel que a Corte vai exercer:

Outra parte do problema envolve engenharia constitucional. A força de uma corte está intimamente ligada à maneira pela qual os juízes são escolhidos e aos mandatos que cumprem. Uma comparação da Alemanha com o Japão é sugestiva. A Lei Fundamental da Alemanha requer que todas as nomeações para a Corte Constitucional obtenham dois terços de votos do Parlamento e, portanto, dá o poder de veto a importantes partidos da minoria. Isso significa que a coalizão que governa não pode preencher as vagas na corte com aliados partidários que irão, previsivelmente, aprovar as iniciativas do chanceler. Armados com seu veto, partidos minoritários têm o poder de fato de nomear um número substancial de juízes. A regra de votação alemã também afeta o caráter dos juízes. Se a maioria ou a minoria propõe a nomeação de um notório aliado ou correligionário, espera-se que o outro lado veto a indicação. Há um incentivo institucional para convergir na seleção de juízes com uma reputação de imparcialidade e relativa moderação. Uma independência judicial relativa é ainda mais encorajada por um mandato longo, porém fixo, de doze anos sem possibilidade de recondução. Neste desenho, não deveria nos surpreender que a Corte Constitucional deu uma grande contribuição para a evolução da democracia alemã nos últimos cinquenta anos.²⁹⁹ (tradução minha)

Portanto, no esquema da separação de poderes, o Poder Judiciário – e as cortes constitucionais em especial – têm um papel muito importante a cumprir em relação à atuação do Poder Legislativo, sobretudo após a invenção da *judicial review*. Esse papel não pode ser menosprezado e nem essa contribuição ao fortalecimento da democracia e à proteção de direitos fundamentais sonegada em nome da doutrina que surgiu exatamente para permitir esse controle recíproco. Naturalmente, uma postura de autocontenção e de deferência em relação à atuação dos eleitos é bem-vinda, mas ela não pode se tornar um dogma que paralise o Poder Judiciário, impedindo-o de controlar procedimentos legislativos ilegítimos.

²⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, 2000, p. 668. O texto em língua estrangeira é: “Another part of the problem involves constitutional engineering. A court’s strength is intimately tied to the manner in which judges are appointed and the terms for which they serve. A comparison of Germany with Japan is suggestive. The German Basic Law requires all nominations to the Constitutional Court to obtain a two-thirds vote from the legislature, and thereby gives veto power to important minority parties. This means that the ruling coalition cannot fill the court with party loyalists who will predictably uphold all the Chancellor’s initiatives. Armed with their veto, minority parties have the de facto power to name a substantial number of judges. The German voting rule also affects the character of the judges. If either the majority or minority proposes the nomination of a notorious party hack, the other side can be expected to veto the appointment. There is an institutional incentive to converge on the selection of judges with a reputation for impartiality and relative moderation. Robust judicial independence is encouraged further by a lengthy, but fixed, tenure of twelve years with no possibility of reappointment. Within this setting, it should not be surprising that the Constitutional Court has made a profound contribution to the evolution of German democracy over the past half-century”.

Em seu livro *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*³⁰⁰, Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy e James Fowkes procuram analisar os sistemas de criação de normas e políticas públicas no Legislativo e no Executivo, a partir de três princípios de legitimidade: democracia, direitos e competência. Ao tratar do papel das cortes constitucionais, os autores defendem que essas devem verificar a legitimidade democrática tanto das decisões do Poder Legislativo, ao criar leis, quanto do Poder Executivo, ao editar normas com força de lei. Ao fazê-lo, as cortes devem ter presente as particularidades da estrutura constitucional do país, bem como a limitação de sua competência.

Quando se fala na atuação do Judiciário para se garantir a **democracia**, normalmente se pensa na proteção das suas **pré-condições**, isto é, na garantia de direitos fundamentais indispensáveis para que a democracia se dê – como a liberdade de expressão, por exemplo. Pensa-se igualmente na correção do que Conrado Hübner Mendes chama de “falhas no mercado político”, com um papel que se poderia chamar, analogicamente, de antitruste, evitando que se impeça a canalização de projetos coletivos de minorias separadas e insulares.³⁰¹ No entanto, pouco se fala, na doutrina, sobre a proteção das regras do jogo democrático **dentro** das casas legislativas, da proteção das minorias dentro delas, visto que o atropelo das regras regimentais ocorre em seu detrimento. É para isso que Rose-Ackerman, Egidy e Fowkes vão voltar seus olhares.

Importante notar que, ao controlar a legitimidade da criação de normas sob o viés democrático, o Judiciário pode contribuir também para fazê-lo sob o ponto de vista dos direitos, favorecendo a proporcionalidade das normas. Isso porque, como bem observa Barcellos, “[b]oa parte dos problemas de falta de proporcionalidade de uma norma tem origem no momento de sua elaboração, não sendo possível dissociar esses dois fenômenos: a norma e o processo de sua elaboração”.³⁰² Em outras palavras, quanto melhor processo, maior a probabilidade de se chegar a uma norma proporcional, para o bem do respeito aos direitos. Voltaremos a esse ponto no próximo capítulo.

Segundo Rose-Ackerman, Egidy e Fowkes, para se avaliar a legitimidade das decisões legislativas, é fundamental analisar o processo. No entanto, nem sempre a resposta certa é a que parece óbvia, já que determinados procedimentos podem reforçar um aspecto da legitimidade,

³⁰⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 3.

³⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 57.

³⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 117.

como proteção de direitos individuais, enfraquecendo outro, como a competência ou a democracia. Cabe ao Judiciário fiscalizar essas tensões e conflitos.³⁰³

Se a jurisdição das cortes está restrita a casos que envolvam a violação de direitos ou se pode ir além, impondo restrições procedimentais e estruturais ao Executivo e ao Legislativo, isso vai depender muitas vezes das provisões constitucionais e legais do país em questão, segundo os autores. No entanto, lembram que as próprias cortes podem, muitas vezes, definir seu mandato de forma mais ou menos agressiva, **dependendo da forma que interpretem a separação de poderes adotada por suas constituições**. Além disso, Rose-Ackerman, Egidy e Fowkes lembram que às vezes os juízes testam os limites de seus papéis por meio de interpretações constitucionais e legais, desafiando as escolhas políticas do Executivo e do Legislativo.³⁰⁴

No caso brasileiro, por exemplo, Barcellos defende que, em caso de ausência da justificativa exigida pelo devido procedimento na elaboração normativa, seja declarada inválida a norma final editada por inconstitucionalidade formal. Afinal, a apresentação de justificativa é uma

exigência constitucional de natureza procedimental que corresponde a um direito fundamental. [...] Nesse contexto, a inconstitucionalidade formal da norma editada sem a observância do devido procedimento na elaboração normativa é a consequência natural para o desrespeito ao procedimento constitucionalmente estabelecido para a criação do Direito no âmbito do Estado. O papel do Judiciário nesse particular será apenas o de verificar o desrespeito ao conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração normativa e, em sendo esse o caso, declarar a inconstitucionalidade da norma editada. Nada impede, por evidente, que as autoridades competentes proponham e editem nova norma de conteúdo idêntico, agora já acompanhada da justificativa adequada.³⁰⁵

Como destaca Barcellos, ao assim agir, o papel do Poder Judiciário será da maior relevância, mas não será de protagonismo em relação às decisões políticas, devendo concentrar-se na garantia dos procedimentos.³⁰⁶ Uma crítica relevante, segundo a autora, suscitada por essa eventual atuação do Poder Judiciário seria de que isso acabaria por ampliar ainda mais os poderes atribuídos a ele, em detrimento, nesse caso, do Legislativo. Barcellos reconhece que a admissão ou a defesa dessa atuação do Judiciário amplia a possibilidade de interferência desse

³⁰³ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 6.

³⁰⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 7.

³⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 218-219.

³⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 228.

Poder na rotina do Legislativo. Porém, destaca que à medida que o devido procedimento na elaboração normativa for observado pelo Parlamento, a tendência é que a deferência do Judiciário em relação a suas decisões aumente.³⁰⁷ Concordando com a autora, diria que quanto maior for o controle do Judiciário sobre o procedimento de elaboração das normas pelo Legislativo, menor precisará a ser o seu controle sobre o conteúdo de tais normas. Ademais, parece-me que é mais gravosa uma decisão do Judiciário sobre a invalidade de uma norma editada pelo Legislativo pelo seu conteúdo do que pelo seu processo de elaboração: é mais duro dizer que tomou-se a decisão errada (conteúdo), do que dizer que o processo pelo qual se decidiu foi errado (forma).

Como se disse acima, as cortes também devem analisar a legitimidade da criação de normas pelo Legislativo e pelo Executivo pela ótica dos direitos, segundo Rose-Ackerman, Egidy e Fowkes. A forma de fazê-lo, no entanto, pode variar, como nos mostram outros autores. Conrado Hübner Mendes, por exemplo, aponta o caminho da cooperação institucional:

Ao relacionar os direitos fundamentais com a separação de poderes, destaco a cooperação institucional necessária para a sua promoção, em vez de colocá-los sob o prisma convencional do judiciário como “última trincheira” na proteção dos direitos ameaçados pelos outros poderes. Altera-se o registro e discute-se a implementação dos direitos em diferentes níveis e estágios dentro dos três poderes, não somente a sua heroica defesa judicial.³⁰⁸

³⁰⁷ “Uma Terceira crítica ao devido procedimento na elaboração normativa é a de que ele acabaria por ampliar ainda mais os poderes atribuídos ao Poder Judiciário e contrair o espaço do Poder Executivo e, sobretudo, do Poder Legislativo. [...] O risco apontado pela crítica referida não é desprezível, tendo em conta a realidade brasileira na qual, de fato, por variadas razões, o nível de interferência do Poder Judiciário na dinâmica dos demais Poderes, inclusive do Legislativo, tem crescido de forma significativa.

É verdade que o devido procedimento na elaboração normativa amplia a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na rotina dos demais Poderes, e do Legislativo em particular, na medida em que se poderá exigir o respeito ao procedimento inerente ao DPEN, a saber: a justificativa que deve acompanhar as proposições normativas abordando os conteúdos mínimos já discutidos.

[...]

A rigor, o devido procedimento na elaboração normativa poderá mesmo conduzir a uma maior deferência do Poder Judiciário em relação às decisões de outros Poderes, sobretudo ao se valer dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade para aferir a constitucionalidade das normas. E isso porque, o debate judicial sobre a validade da norma já não se travará apenas com base nos argumentos eventualmente postos nos autos, ou naqueles selecionados pelos magistrados como dignos de exame. As razões e informações subjacentes às decisões tomadas por outras instâncias estatais constantes da justificativa terão de ser enfrentadas. Questões por vezes complexas e multicausalidades, frequentemente ignoradas pelo Judiciário, terão de ser incluídas no debate judicial e não poderão ser evitadas. Ou seja: a atividade judicial de controle dos atos dos demais Poderes poderá ganhar em balizamento e profundidade, o que poderá promover maior deferência ou, ao menos, decisões judiciais mais consistentes e fundamentadas.” - BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 239-240.

³⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 39.

Hübner Mendes defende, portanto, o diálogo institucional, capaz de substituir tanto uma postura de hostilidade quanto de pura deferência do Judiciário frente aos outros poderes. Em sua tese de doutorado, percorre a obra de vários autores para aproveitar a melhor contribuição de cada um para a construção dessa posição. De Erik Luna, cita as técnicas de aconselhamento, pelas quais o autor “atribui à corte o papel de cartógrafo: de mapear as alternativas compatíveis com a constituição que o legislador tem (*constitutional roadmaps*)”.³⁰⁹ De Barry Friedman, colhe a ideia de que a separação de poderes seja percebida como cooperação de poderes, que não nega a existência de conflito e desacordo, mas também não opta por uma visão adversarial da relação entre eles, preferindo usar uma imagem interessante: a de uma porta com várias trancas, cada poder tendo a chave de uma. Em uma síntese de um dos pontos da obra desse autor, Hübner Mendes tece uma observação bastante interessante: “[d]ito de outro modo, deve-se buscar balancear, de um lado, separação e independência de poderes e, de outro, freios e contrapesos”.³¹⁰ A meu ver, esse equilíbrio tem faltado no Supremo Tribunal Federal quando se trata do controle jurisdicional do processo legislativo, pendendo a balança mais para a separação e independência dos poderes do que para os freios e contrapesos.

Ao avançar no debate sobre a interação entre os poderes, Hübner Mendes aborda a contribuição da autora canadense Jane Hiebert, que avalia as capacidades institucionais de Parlamento e Corte:

Ambas as instituições possuem *expertises* singulares que precisam ser reconhecidas. Nessa comparação de capacidades institucionais, mostra que cortes e parlamentos analisam problemas sob prismas diferenciados. Juizes não estariam bem posicionados para avaliar quais os melhores ou piores meios escolhidos pelo legislador para perseguir seus objetivos. **Seriam capazes, todavia, de fiscalizar se a deliberação legislativa foi de boa qualidade e se houve um esforço sincero de balancear os direitos e seus limites.**³¹¹ (grifo meu)

Como destaca Hübner Mendes na leitura da obra de Hiebert, os juízes estariam bem posicionados para avaliar a qualidade de deliberação e se houve esforço para proteger direitos, mas não para avaliar os meios escolhidos pelo legislador. Significa dizer que estariam mais bem posicionados para avaliar o processo legislativo do que seu resultado. É justamente dessa

³⁰⁹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 120.

³¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 140-141.

³¹¹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 149-150.

capacidade que o Supremo Tribunal Federal abre mão quando decide não conhecer de ações que tratam do processo deliberativo em si por considerar seus objetos questões *interna corporis*. Não devem temer o Judiciário e nem o Parlamento essa revisão, como aponta Hübner Mendes:

Em grande medida, o parlamento terá a corte que merece: se praticar uma deliberação sincera e cuidadosa, a probabilidade de sofrer invalidação será menor. Caso isso ocorra, não deve inibir-se em demonstrar que suas justificativas são consistentes e produto de deliberação transparente.³¹²

Uma visão equilibrada, que reconhece a contribuição que cada Poder tem condição de dar, evita tanto o fetichismo judicial quanto o fetichismo legislativo.³¹³

Ao defender o diálogo institucional, Conrado Hübner Mendes abre espaço para uma interação rica e complexa entre corte e parlamento, substituindo a ideia de última palavra definitiva pela ideia de última palavra provisória, que se dará dentro de cada rodada procedimental.³¹⁴ Dependendo da atuação de cada poder nessas rodadas, se acumula ou se perde legitimidade política, um “predicado institucional volátil”, como observa Hübner Mendes, “uma meta que deve ser conquistada e conservada, a cada decisão”.³¹⁵

Hübner Mendes aponta que, por se tratar de um critério consequencialista de legitimidade, traz complexidade à separação de poderes: “a exata delimitação do poder da revisão judicial não se define *a priori*, mas na interação. Ou seja, depende tanto de suas decisões quanto das do parlamento. [...] O que está pré-fixado é a lógica flexível da separação de poderes, não as suas minúcias, que variarão no decorrer do tempo.”³¹⁶ Nesse jogo deliberativo entre corte e parlamento, há maior probabilidade de se chegar à resposta certa: já não é mais questão de qual poder está melhor estruturado para fornecer a melhor decisão sozinho, mas em que medida

³¹² MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 150-151.

³¹³ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 164.

³¹⁴ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 171-172.

³¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 204.

³¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 205.

o desafio que, reciprocamente, um lança ao outro leva à produção de “respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial”.³¹⁷

Naturalmente que, se consultados, os legisladores tenderão a negar às cortes o poder de monitorar suas deliberações internas e suas práticas de elaboração de normas. Tendem, certamente, a preferir a interpretação da separação de poderes como a garantia de que um poder não adentre o terreno do outro. Não têm interesse algum em delegar a outrem a possibilidade de rever suas atividades internas. Assim, salientam Rose-Akerman, Egidy e Fowkes, o controle judicial de procedimentos legislativos, para ocorrer, tende a derivar, geralmente, de textos constitucionais ou princípios legais fundamentais, como no caso da questão da inclusão democrática que consta da constituição sul-africana pós-apartheid.³¹⁸ Nos Estados Unidos, na Alemanha e na União Europeia, no entanto, não há preocupação direta com a legitimidade democrática. É mais comum as cortes regularem os procedimentos de normas indiretamente, por meio da proteção de direitos individuais ou pela aplicabilidade de outras provisões constitucionais, como o federalismo.³¹⁹

Contra esse fato, os citados autores defendem que deve haver um controle jurisdicional limitado de processos legislativos e administrativos, com foco na democracia e na competência, e não apenas nos direitos individuais e outras provisões constitucionais. Isso porque é seu papel também preservar a legitimidade democrática dos processos. Ou seja, os juízes devem manter a cautela, mas devem também ir além da proteção dos direitos individuais.³²⁰ Fazendo isso, podem ajudar a assegurar a legitimidade da criação de normas pelo Legislativo e pelo Executivo, mas, ao assumirem esse papel, experimentarão a tensão entre defender a legitimidade do Estado e minar outras instituições políticas por exercer controle jurisdicional excessivamente agressivo.³²¹ Apesar do risco, Rose-Ackerman, Egidy e Fowkes consideram válido que as cortes desempenhem essa função.

A meu ver, assiste razão a tais autores, basicamente por dois argumentos. O primeiro, porque não é apenas o conteúdo de uma decisão que lhe assegura legitimidade numa

³¹⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 212.

³¹⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 18.

³¹⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 24 e 28.

³²⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 30.

³²¹ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 262.

democracia, mas também o procedimento pelo qual foi tomada.³²²⁻³²³ O segundo, porque a percepção da legitimidade da decisão influencia na adesão da população a ela, especialmente se for polêmica³²⁴⁻³²⁵. Portanto, justifica-se, em benefício da democracia, que as cortes contribuam para preservar a legitimidade democrática dos processos de tomada de decisão.

Embora, quando existam regras e *standards* claros que o prevejam, o controle jurisdicional reste facilitado, é possível que haja atuação mais agressiva das cortes mesmo na ausência de princípios legais estabelecidos. Isso, no entanto, vai depender de circunstâncias locais, da cultura legal, dos valores constitucionais e da posição institucional das cortes.³²⁶ Aproveitando a contribuição de Hübner Mendes, diríamos que vai depender também da busca e da conquista da legitimidade política da corte no jogo deliberativo que praticará com o parlamento. Na opinião de Rose-Ackerman, Egidy e Fowkes, os juízes enfrentam uma tensão entre seu papel limitado e seu desejo de ter impactos nos desenvolvimentos legais.³²⁷

As constituições podem fortalecer as cortes, dando-lhes espaço para ir além do controle baseado em direitos, permitindo que passem a considerar questões como o federalismo e a separação de poderes.³²⁸ Na África do Sul, a Constituição abriga um conceito amplo de democracia, e a Corte, interpretando o texto constitucional, concluiu pelo requerimento de ampla participação no processo legislativo. Por isso, a Corte Constitucional sul-africana

³²² “Como já dito, a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional é mensurada tanto por seu conteúdo (*output*) quanto pelo seu procedimento (*input*).” - MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 42.

³²³ “Como diz Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., pp. 63 e 64: ‘O que importa num Estado constitucional não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais em sentido formal ou material, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.’” PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264, nota de pé de página n. 49.

³²⁴ “Em terceiro lugar, a existência de um procedimento aberto no qual razões e informações sejam discutidas publicamente aumenta não apenas o controle social sobre a atuação do poder público, mas também a percepção da legitimidade das decisões tomadas e a adesão da população a elas. Com efeito, há considerável evidência no sentido de que as pessoas tendem a aderir mais a normas quando razões foram apresentadas e discutidas para sua edição no âmbito de um procedimento aberto e considerado razoável, mesmo que as pessoas não concordem com seu conteúdo.” – BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 68.

³²⁵ “Em relação a questões que provocam um grau acentuado de desacordo, como geralmente acontece com os conflitos de direitos, a dimensão procedimental se impõe de modo ainda mais impactante como umas das escolhas cruciais a serem feitas. O reconhecimento de um procedimento justo estimula a aquiescência em face de resultados não consensuais.” – MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 42.

³²⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 26.

³²⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 27.

³²⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 268.

entende que é seu dever promover a abertura e a participação como bens democráticos em si mesmos, não somente como incidentes do controle jurisdicional.³²⁹

Caso se deseje que o Judiciário responda aos desafios do estado moderno, devem, os que forem capazes de promover tal reforma legal, **reconhecer a capacidade limitada das cortes para exercer o controle substantivo. Ao mesmo tempo, devem identificar o valor do processo em sua relação com todos os aspectos da legitimidade**, quais sejam, a proteção de direitos, a legitimidade democrática e a competência, defendem os autores citados.³³⁰ As cortes devem levar os deveres democráticos a sério – tanto os deveres expressos em diplomas legais, quanto os implícitos em princípios mais amplos, que determinam a competência tecnocrática e a participação pública.³³¹

Rose-Ackerman, Egidy e Fowkes reconhecem que utilizar as cortes para ampliar o funcionamento democrático de assembleias eleitas pode ser mais problemático do que fazê-lo quanto a órgãos do Executivo, mas é uma empreitada possível.³³² A seu ver, se esse poder for exercido com cautela³³³, essa prática pode ser profundamente consistente com os valores democráticos e republicanos³³⁴. Não há a menor dúvida de que se deve manter a separação de poderes, e justamente por isso é preciso lembrar que autoridades judiciais independentes também podem colaborar provendo freios e contrapesos.³³⁵

Tendo sido criada como um mecanismo de freios e contrapesos com a intenção de se impedir o arbítrio e a tirania, uma ferramenta a limitar a atuação do Estado em benefício da

³²⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 268.

³³⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 274.

³³¹ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 274.

³³² ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 274.

³³³ Sobre a cautela exigida nesse jogo, Conrado Hübner observa: “Reatividade política, acomodações prudenciais e flutuações de legitimidade são um fenômeno que os Federalistas arquitetaram e pesquisas empíricas comprovaram. Poderes usam de prudência para testar até onde podem ir. Trata-se de um juízo de ocasião e de medida. O retrato da separação de poderes é, a cada momento, diferente. Não se participa de modo bem sucedido desse jogo sem as qualidades, nas palavras de Bickel, de um ‘animal político’.” - MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 183.

³³⁴ “Defender que uma corte, em alguns assuntos, possa prevalecer sobre a decisão legislativa não guarda nenhuma relação com as clássicas inclinações anti-democráticas (o preconceito contra as massas, o despreparo do cidadão comum, a necessidade de guardiões etc). Trata-se, apenas, de levar instituições a sério. Juízes não são melhores do que ninguém, nem possuem capacidades argumentativas superiores. Estão apenas num ambiente institucional mais adequado para um determinado tipo de decisão (não outros, certamente).” – MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 74.

³³⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge University Press, 2015, p. 275.

liberdade dos indivíduos, a separação de poderes foi, pouco a pouco, sendo transformada em dogma. Trata-se assim um obstáculo à eficiência estatal e passa a ser vista como um problema, e não como uma solução, sua verdadeira vocação:

Críticas mais recentes se dirigem a outro aspecto fundamental que lembra a polêmica a respeito dos poderes e das funções do Estado. **Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao máximo sua atuação.** Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais.

[...]

Na verdade, as próprias exigências da efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. **É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.**³³⁶ (grifos meus)

Diante da provocação de Dalmo Dallari, cumpre indagar: deveria ser a separação de poderes entendida como uma doutrina a ser dogmatizada, ou como um princípio constitucional? É isso que veremos no próximo item.

3.3 Separação de poderes: doutrina ou princípio constitucional?

Minha maior preocupação é iluminar os complexos modos pelos quais arranjos institucionais servem como expressões concretas de elevados ideais, e não filosofar sobre estes ideais em si mesmos.³³⁷

Como vimos, a separação de poderes nasce como uma doutrina, tornada célebre a partir da formulação de Montesquieu, que teve um papel primordial na conformação do tipo de Estado a que deu origem. Porém, em um certo momento, diverso em cada país, essa ideia foi, nas palavras de Nuno Piçarra, “**elevada** à categoria de princípio constitucional homônimo”, parecendo “constituir um dos traços mais característicos da estrutura organizativa das variantes do Estado Constitucional Contemporâneo” (grifo meu).³³⁸

³³⁶ DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 220-222.

³³⁷ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, 2000, p. 638.

³³⁸ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 11.

Chama a atenção a palavra escolhida por Piçarra: “elevada”. Sim, a doutrina da separação de poderes foi, em determinado momento histórico, elevada à categoria de princípio constitucional. Portanto, é a partir desse lugar, mais elevado, que se deve interpretar a separação de poderes:

Por outro lado, o tratamento dogmático-constitucional do princípio da separação de poderes faz-se a partir da análise de uma constituição concreta em vigor. **O princípio constitucional da separação de poderes não é prévio à constituição, mas constrói-se a partir dela.**³³⁹ (grifo meu)

Dessa forma, é a constituição em vigor que fornece os parâmetros para a interpretação e adequada aplicação do princípio da separação de poderes, e não o contrário.³⁴⁰ O problema é que muitas vezes o que se dá é o movimento inverso: a partir de um conceito dogmático da separação de poderes, que parece pairar sobre a realidade, parte-se para interpretar o que pode dizer a constituição em relação às funções dos órgãos do poder e a como devem trabalhar, uns em relação aos outros. A meu ver, isso explica em parte a postura reticente do Supremo Tribunal Federal em controlar de forma mais ousada, como deveria, o processo legislativo. Parte-se de um ideal de separação de poderes que talvez nunca tenha existido na prática, e talvez nunca venha a existir. E isso impede, na vida real, que o princípio da separação de poderes venha a ser observado da forma como nossa Constituição o concebe.

Creio que a separação de poderes que se confirmou como princípio de nossa Constituição em 1988 pressupõe

Um pluralismo de centros de poder efetivos no Estado, culmina num sistema de freios e contrapesos entre o poder legislativo, o poder executivo e até o poder judicial, inspirado por uma das versões da teoria da constituição mista, com o claro propósito de obter a limitação do poder pelo poder.³⁴¹

É o que mostra este trecho de um voto do Ministro Celso de Mello, em que se destaca o papel atribuído ao Poder Judiciário por nossa Constituição:

Com efeito, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no

³³⁹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 16.

³⁴⁰ A meu ver, foi exatamente esse o ponto que o Ministro Luiz Fux quis mostrar em sua manifestação no MS nº 31.816/DF, supracitada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

³⁴¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 21.

plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

Com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir a práticas que transgredissem o regime das liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribui-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.³⁴²

Não é aquela que absolutiza a independência de cada o órgão do poder, elevando muros de imunidade de um órgão estatal perante a ação ou a interferência de outro. Portanto, é a separação de poderes que nos veio do modelo norte-americano, pregado nos Artigos Federalistas de Hamilton, Madison e Jay, e não a do modelo francês, rousseauiano. Fosse essa, o poder não poderia frear o poder, justo o oposto do que nossa Assembleia Nacional Constituinte desejava, tendo o país saído de uma ditadura poucos anos antes, como bem observa Oscar Vilhena Vieira:

A elaboração da nossa Constituição deu-se num contexto de forte desconfiança entre os grupos e as forças políticas que participaram do processo de transição, daí a estratégia de buscarem proteger ao máximo ambições e interesses, entrincheirando-os no texto da Constituição na forma de um ambicioso conjunto de políticas públicas e **também no fortalecimento do sistema de freios e contrapesos.**³⁴³ (grifo meu)

Esse sistema de freios e contrapesos deixa as instituições em tensão e, eventualmente, gera conflitos³⁴⁴, mas numa democracia constitucional, os conflitos fazem parte do cotidiano, não equivalendo, necessariamente, a crises:

Os poderes podem exceder-se e realizar atos que sejam contrários à Constituição. Isso não significa, *per se*, que tenhamos a cada afronta uma crise de natureza constitucional. Como num jogo de futebol, o pênalti não instaura uma crise. Da mesma forma, se o árbitro deixar de apitar um pênalti, isso não necessariamente configura uma crise. Ela se dá quando os jogadores abandonam as regras. Todos os dias vemos colisão entre poderes, invasões de competências, manifestações virulentas dos atores políticos, mesmo a violação de determinados direitos, eventuais abusos no exercício de outros direitos e acusações de afrontas à Constituição sem que isso configure necessariamente uma crise, pois **há mecanismos de autocorreção previstos pelo próprio sistema constitucional que, quando em funcionamento, demonstram a vitalidade da Constituição e não a sua falência.** A Justiça muitas vezes é ativada para anular uma determinada decisão política tomada pela maioria ou para favorecer uma solução jurídica que não encontra respaldo na maioria da população. Outras

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452- 1/RJ, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de maio de 2000.

³⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 24.

³⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 34.

vezes, o Judiciário é chamado a sancionar alguém que abusou de sua autoridade ou fraudou o sistema. Tudo isso é parte do jogo.³⁴⁵ (grifo meu)

Na verdade, as múltiplas acepções que tem a expressão “separação de poderes” – funções distintas do Estado, ou órgãos que as exercem; independência ou imunidade de um órgão estatal perante a ação ou interferência de outro; limitação ou controle de um órgão estatal mediante o poder conferido a outro de anular ou impedir a perfeição dos atos do primeiro³⁴⁶ – geram confusão e permitem que tal expressão seja tomada por sentidos contraditórios, como os que se vê acima. Essa também é uma das razões, a meu ver, da confusão conceitual que por vezes se estabelece nos debates no Supremo Tribunal Federal quando a separação de poderes é invocada, permitindo que o princípio que deveria ser usado para fundamentar o controle jurisdicional do processo legislativo funcione como obstáculo para a função que o Supremo Tribunal Federal deveria desempenhar. Deveríamos estar caminhando em direção oposta:

No âmbito do princípio da separação de poderes, ganha cada vez maior relevância a variedade de meios de recíproco controle orgânico, dentre os quais avultam diversas modalidades de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, postergado onde se chegou a triunfar, o dogma de raiz iluminista da intangibilidade da lei.³⁴⁷

Não é o que temos visto regularmente no Brasil, no que toca ao controle jurisdicional do processo legislativo, como se viu no capítulo II, acima. De um lado, as regras que organizam o processo legislativo estão, majoritariamente, nos regimentos internos das casas legislativas, como se analisará no próximo capítulo. De outro lado, a jurisprudência majoritária no Supremo Tribunal Federal tem entendido, em regra, que a violação de normas regimentais é questão *interna corporis* do parlamento, mesmo que havendo flutuações e exceções nesse entendimento³⁴⁸. Reconhecendo que o Supremo Tribunal Federal não pode adentrar o dia a dia do parlamento, Barcellos aponta, por outro lado, que não é satisfatório o estado da arte da jurisprudência quanto a este ponto:

Não se discorda, como regra geral, do entendimento do Supremo Tribunal Federal na matéria. De fato, não cabe ao Judiciário imiscuir-se na dinâmica própria de um outro Poder ou nas inúmeras disputas internas, inerentes a uma democracia, acerca da

³⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 35.

³⁴⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 12.

³⁴⁷ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 27.

³⁴⁸ “O STF tem tido muita dificuldade de estabelecer padrões claros e consistentes que possam estabilizar sua jurisprudência.” – VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 179.

interpretação e aplicação dos regimentos internos que organizam os trabalhos do Legislativo, que, como regra, deverão ser decididas de acordo com a lógica política. Até porque, parece inevitável que os grupos derrotados na esfera política tentarão recolocar suas questões perante o Judiciário, agora sob uma roupagem jurídico-constitucional, cabendo ao Judiciário impor limites e desestimular essa prática. Nada obstante, embora o entendimento consolidado do STF certamente deva ser a regra geral, **talvez seja o caso de aprofundar um pouco a conceituação dos atos *interna corporis* para distinguir situações em que a suposta interpretação de normas regimentais, além de violar o que elas preveem, esvazia de forma grave prerrogativas básicas das minorias parlamentares de fazerem oposição e crítica à posição majoritária.** Nessas circunstâncias, esses atos das Casas Legislativas, embora possam veicular alguma forma de interpretação da norma regimental, afetam direitos subjetivos das minorias, direitos esses que decorrem da própria Constituição e cuja violação prejudica o funcionamento do sistema democrático.³⁴⁹ (grifo meu)

É exatamente o que se propõe nesta tese. Defendo que seja modificada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao controle jurisdicional do processo legislativo baseada no conceito de atos *interna corporis*. E isso não apenas considerando que o desrespeito à norma regimental possa consistir em violação de direitos subjetivos das minorias parlamentares – ou mesmo dos representados, como se anotou acima. A meu ver, quando se tratar de descumprimento de um dispositivo regimental que traduza um valor ou princípio constitucional, justifica-se a intervenção judicial, em defesa da democracia e da própria Constituição, ainda que ela nada diga expressamente a respeito da regra regimental violada.³⁵⁰

Indispensável, neste ponto, registrar uma observação. A defesa da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional do processo legislativo não deve ser atribuída a uma visão idealizada da corte. Não romantizo o funcionamento de nossa Suprema Corte e admito que a legitimidade do controle do processo legislativo por ela depende, em alguma medida, da inexistência de vícios sérios em seus próprios procedimentos. Reconheço – e são notórios – os impasses e as limitações do Supremo Tribunal Federal, bem como os desencontros de sua própria prática com o que prevê o seu Regimento Interno:

[...] o baixo grau de institucionalização de seu processo decisório, a falta de transparência na elaboração da agenda ou a fragilidade de seu compromisso com os próprios precedentes têm colocado em risco a autoridade do Tribunal. A superação do supremocracia pela ministocracia – o que, como vimos, tem ocorrido com muita

³⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 257-258.

³⁵⁰ “O argumento de que a Constituição nada diz de forma expressa sobre essa questão específica, embora correto, não é, por si, suficiente para afastar a natureza constitucional da discussão. A Constituição também nada diz sobre a necessidade de advogados e partes serem avisados com alguma antecedência sobre as datas das audiências e julgamentos nos quais tenham a oportunidade de se manifestar. Entretanto, a eventual comunicação dirigida às partes no mesmo dia da realização desses atos processuais violaria de forma direta as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, supondo-se um cenário no qual não houvesse legislação específica sobre o ponto.” – BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 262.

frequência – agrava substancialmente as dificuldades de justificação dos poderes ao Supremo.³⁵¹

Nessa linha, uma das graves ameaças à república que paira atualmente sobre o país é o processo que Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro, em texto instigante, designaram de “ministocracia”: o poder sem balizas jurídicas que, na prática, cada ministro do STF tem para tomar, individualmente, decisões que interferem de modo profundo na vida do país, por meio, por exemplo, da concessão de liminares monocráticas que vigem por vários anos em temas de grande importância, de pedidos de vista obstrutivos que impedem decisões sobre questões fundamentais etc.³⁵²

Como se vê, há muito o que se fazer para melhorar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, para o bem da instituição, de nossa democracia, de nossa república e de nossa Constituição. Isso inclui evitar o uso do pedido de vistas como forma de se impedir que o colegiado tome uma decisão, restringir consideravelmente as competências de natureza monocrática³⁵³, tornar mais transparentes os critérios para formulação da agenda da corte, divulgar a pauta com uma antecedência mínima³⁵⁴, entre outros necessários avanços. Porém, essas limitações não afastam nem impedem a contribuição que o Supremo Tribunal Federal pode dar para garantir o respeito aos valores e princípios constitucionais ao longo do processo legislativo.

Em primeiro lugar, porque, como observou acima Barcellos, se couber à maioria avaliar quando é aceitável da violação da regra regimental denunciada pela minoria, a tendência é que jamais a reclamação seja reconhecida procedente:

Se couber ao próprio legislador examinar a compatibilidade de seus atos com a constituição, ele fará inevitavelmente um julgamento em causa própria. Trata-se da aplicação do princípio da *nemo iudex in sua causa*. Se à maioria, nesse mesmo sentido, couber julgar quais são os limites da própria maioria, a desejada proteção das minorias não passaria de um embuste.³⁵⁵

³⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 210.

³⁵² SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, 2018, p. 310.

³⁵³ “Em primeiríssimo lugar deveriam ser eliminadas, ou ao menos restringidas ao máximo, as competências de natureza monocrática. A autoridade do STF não pode ser exercida de forma fragmentada por cada um de seus ministros. O fato de ser um tribunal irrecorrível, e, portanto, aquele que corre o risco de errar em último lugar, impõe que suas decisões sejam de natureza colegiada, o que só será possível se o número de casos julgados cair brutalmente.” – VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 212.

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 341.

³⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 63.

Em segundo lugar, porque reconhecer essa necessidade não significa anular as competências próprias do Poder Legislativo. Dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, o legislador tem amplo espaço para suas escolhas:

não cabe ao tribunal constitucional controlar os objetivos políticos do legislador quanto à sua correção e oportunidade, pois a este está reservada a competência para definir os objetivos políticos e os critérios de adequação, com **larga margem de liberdade nos limites da constituição**, pelo que a intromissão de qualquer outro órgão constitucional neste domínio implica uma violação do princípio de separação dos poderes.³⁵⁶ (grifo meu)

Em terceiro lugar, pelas características do nosso modelo político, conhecido como presidencialismo de coalizão, na famosa formulação de Sérgio Abranches³⁵⁷. É praticamente impossível um presidente ter maioria no Congresso apenas com os parlamentares de seu partido, devido à fragmentação eleitoral e à heterogeneidade do eleitorado. Assim, o chefe do Poder Executivo federal se vê na necessidade de formar uma coalizão para permitir a aprovação de medidas que viabilizem a realização do programa escolhido nas urnas.³⁵⁸ Essa necessidade, combinada com os instrumentos de que dispõe o Poder Executivo a partir da Constituição de 1988 e com as demandas dos parlamentares no contexto do nosso federalismo, levam à costura de um acordo pelo qual os partidos que dele participam se predispõem a apoiar os projetos do Executivo, sob determinadas condições:

Com esses poderes de agenda – e aqueles decorrentes do monopólio do poder de alocar os recursos orçamentários – [o presidente da República] adquiriu recursos expressivos para formar coalizões de governo. [...] Esse Executivo poderoso, transformado em poder concedente no plano fiscal, negocia com um Congresso demandante, cujo objetivo central é obter a liberação de recursos para suas bases eleitorais.³⁵⁹

Por intermédio da liberação de recursos orçamentários e da nomeação de indicados dos partidos para cargos públicos³⁶⁰, o governo busca – e na maioria das vezes consegue – construir

³⁵⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 261-262, nota de pé de página n. 41.

³⁵⁷ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

³⁵⁸ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 76.

³⁵⁹ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 87-88.

³⁶⁰ “O modelo fiscal da Constituição de 1988, tanto no plano tributário quanto no plano orçamentário e do gasto público, transforma as unidades da federação e, portanto, seus representantes, deputados e senadores, em carentes de recursos da União. Os parlamentares têm margem bastante estreita de interferência no orçamento, e sua capacidade de emendar o projeto de lei orçamentária é bem menor do que em parlamentos de outros países democráticos e do que era na Segunda República brasileira. Argelina Figueiredo, Fernando Limongi e Sérgio

uma coalizão que lhe permita dominar o Parlamento. Quando isso se dá, a maioria parlamentar funciona em regra como *longa manus* do governo. Nessas circunstâncias, a contraposição entre maioria e minoria parlamentar não se trata mais de algo corriqueiro, típico de qualquer deliberação, em que divergem grupos que se formaram em função do tema em debate e logo após se reconfiguram de acordo com o próximo assunto. Ao contrário, trata-se de uma disputa entre governo e oposição, aquele representado pela maioria que conseguiu formar manejando recursos e cargos públicos, e essa representada pela minoria parlamentar. Um confronto, de partida, bastante desigual, o que torna mais grave qualquer omissão diante da violação de regras regimentais que, muitas vezes, asseguram direitos da minoria parlamentar.

Como consequência do exposto, em nosso sistema, na prática quem exerce a função de fiscalização e controle do Executivo não é o Legislativo como um todo, mas a oposição, quase sempre minoritária:

No presidencialismo de coalizão brasileiro há, portanto, um bloco governista formado pelo Executivo e por sua base de apoio. Os controles recíprocos próprios do presidencialismo não se desenvolvem entre Executivo e Legislativo, mas entre maioria e minoria, isto é, entre Governo e Oposição.³⁶¹

Dessa forma, não proteger os direitos da minoria parlamentar significa não somente permitir que as prerrogativas desse grupo sejam violadas, mas também colocar em risco o desempenho de uma das principais funções do Parlamento em si, a função de fiscalização e controle Poder Executivo. Se a minoria estiver impedida de exercê-la, não será a maioria, que integra o bloco governista, que o fará.

Praça argumentam, com razão, que o poder orçamentário foi transferido quase integralmente ao Executivo. O orçamento indicativo confere ao presidente da República um grau muito alto de discricionariedade orçamentária, porque ele pode contingenciar esse gasto e controlá-lo na boca do caixa, redefinindo na prática o perfil alocativo. Os politólogos Cristina Soares e Pedro Neiva revelaram que as transferências voluntárias da União aos estados e municípios constituem um mecanismo importante para assegurar ao presidente o controle da agenda legislativa. Tais transferências beneficiam tanto governos estaduais quanto municipais. No caso dos municípios, nos governos Fernando Henrique e Lula, o partido que carrou a maior cota dessas transferências foi o PMDB, não por acaso pivô da coalizão de ambos. O engessamento do orçamento reduziu a parcela de transferências voluntárias; porém, por serem voluntárias, elas têm grande valor político. A maior parte das verbas é carimbada, o que não as impede de entrar nas negociações, porque a liberação, a alocação e a velocidade do gasto nessa rubrica são realizadas de forma arbitrária na gestão de caixa. O quadro de regras fiscais e tributárias contém um poderoso incentivo para a dominância do clientelismo nas relações entre o Legislativo e o Executivo. Como os ministérios têm papel relevante na indicação das prioridades de gasto, os cargos de primeiro, segundo e terceiro escalão se tornam, junto com as verbas orçamentárias, recursos de barganha na formação e no manejo das coalizões.” - ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 87-88.

³⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 85.

Por isso, a tendência é que os instrumentos de que a minoria dispõe sejam cerceados pelo bloco governista. Sendo assim, não é razoável se esperar o conflito acerca da aplicação de regras regimentais seja resolvido de forma justa dentro da própria Casa Legislativa, já que o resultado estará dado desde antes. Acrescente-se ao exposto a ausência de mecanismos para contrabalancear o poder do Legislativo em nosso sistema, como a dissolução do parlamento e a convocação de uma nova eleição, como se tem no parlamentarismo.

Tudo isso mostra a necessidade de que a separação de poderes funcione a contento, viabilizando os controles recíprocos entre os poderes:

Mais do que em qualquer outro momento de nossa história recente, a integridade da democracia estará associada a um robusto funcionamento do sistema de freios e contrapesos e da disposição das diversas lideranças políticas e institucionais de agir em defesa das regras do jogo democrático.³⁶²

O que se defende nesta tese é que o Supremo Tribunal Federal faça a sua parte nesta empreitada constitucional e democrática, exercendo o devido controle jurisdicional do processo legislativo. O conceito de questão *interna corporis* não deve mais ser usado para tornar imune ao controle o Poder Legislativo, quando dispositivos regimentais que encarnam princípios e valores constitucionais forem violados no processo legislativo. Afinal, “[c]omo aponta o próprio ministro Celso de Mello, em uma república nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Há que se lutar assim pela ‘progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder’ (ADI 239-7)”.³⁶³

Por todo o exposto, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal exerça o controle jurisdicional do processo legislativo não apenas quando estiverem em jogo direitos e garantias individuais ou forem violados dispositivos constitucionais expressos. O Tribunal deve exercer seu controle também quando a conduta do Parlamento ferir princípios e valores constitucionais, como mostrarei no próximo capítulo. Ao agir assim, nosso Tribunal mais elevado não estará violando um círculo de imunidade do Parlamento, mas bem desempenhando sua missão de Guarda da Constituição, exatamente no sentido de incentivar que o Poder Legislativo adote as melhores práticas e honre a Constituição que jurou defender. Tal atuação do Supremo Tribunal Federal não constituirá uma afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Ao contrário, o estará prestigiando, já que estará funcionando como freio ao abuso de um outro

³⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 68.

³⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 211.

poder, em benefício da própria Constituição e do soberano, o povo brasileiro. E foi exatamente para esse fim que a separação de poderes foi criada: para permitir a interferência quando necessária, não para impedi-la. Vejamos, no capítulo a seguir, a apresentação de uma proposta de parâmetro de atuação do Supremo Tribunal Federal para o exercício de tal controle.

4. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PROCEDIMENTAL

Refazendo o caminho percorrido até aqui, vimos, no capítulo I, que nem toda decisão do Poder Legislativo é legítima, seja por seu conteúdo, seja pelo procedimento pelo qual foi tomada. No capítulo II, analisamos a jurisprudência do STF no que diz respeito ao controle do processo legislativo. Identificamos a predominância do entendimento segundo o qual eventuais violações a dispositivos regimentais são questões *interna corporis* e não devem ensejar a interferência do Tribunal, fundamentando tal concepção na separação de poderes. No capítulo III, vimos que a separação de poderes não pode ser tomada como justificativa apta a inviabilizar o controle jurisdicional do processo legislativo, já que o princípio também significa, em nosso projeto constitucional, a instituição de um mecanismo de freios e contrapesos em que os órgãos do poder do Estado limitam-se reciprocamente. O que se pretende neste capítulo é demonstrar em que circunstâncias é necessário que se exerça o controle jurisdicional do processo legislativo, apresentando-se uma proposta de parâmetro que sirva de baliza para tal controle quando tiverem sido violados, no procedimento concreto, dispositivos regimentais. Isto é, desejo fornecer um critério que ajude a discernir quando a violação de dispositivos regimentais deve ensejar o controle do procedimento pelo STF e quando não deve.

4.1 O processo legislativo no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, desde a Carta de 1967 o processo legislativo conta com uma seção própria no texto constitucional. A Constituição de 1988 manteve essa inovação, reservando para o processo legislativo uma seção – a de número VIII – dentro do Capítulo I – Do Poder Legislativo, do Título IV – Da Organização dos Poderes. Isso permitiu que diversos aspectos do processo legislativo fossem expressamente disciplinados por dispositivos constitucionais reunidos numa sessão específica da Constituição, como as espécies de proposições legislativas (art. 59 da CF); o procedimento de emenda à Constituição (art. 60 da CF); a titularidade da iniciativa legislativa (art. 61 da CF); a tramitação de Medidas Provisórias (art. 62 da CF); regras para emendamento de determinadas proposições (art. 63 da CF); regras de tramitação das proposições nas casas legislativas (arts. 64 e 65 da CF); sanção e veto (art. 66 da CF); regras para reapresentação de matérias rejeitadas (art. 67 da CF); regras para a delegação legislativa

(art. 68 da CF); e regras de quórum qualificado (arts. 69 e 60 da CF). No entanto, nem tudo o que diz respeito ao processo legislativo na Constituição Federal se encontra na Seção VIII: há também dispositivos que contêm matéria direta ou indiretamente relacionada a ele em outras partes do texto constitucional, como exemplificam os arts 49 (decretos legislativos); 51 (resoluções da Câmara); e 52 da CF (resoluções do Senado).

Mesmo com uma Seção específica para isso e com dispositivos vários esparsos por seu texto, a Constituição não esgota – e nem teria como fazê-lo – todas as regras sobre processo legislativo. A maioria delas foi, acertadamente, deixada para os regimentos internos das casas legislativas, que são, inclusive, previstos na própria Constituição (arts. 51, III, e 52, XII, da CF):

Como se sabe, porém, e é natural que seja assim, boa parte das regras que organizam o processo legislativo encontram-se nos regimentos internos das Casas Legislativas e não na Constituição. Do ponto de vista operacional, portanto, a efetiva oportunidade da minoria de exercer algum controle sobre a atuação majoritária dependerá de normas regimentais que a assegurem e, mais que isso, dependerá de tais normas serem efetivamente respeitadas pela maioria parlamentar.

Neste ponto, porém, surgem alguns problemas. O primeiro deles é que nem sempre as Casas Legislativas – frequentemente por seus Presidentes ou por decisão dos Líderes da maioria – observam o que os regimentos internos preveem. E não é incomum, bem ao contrário, que esse desrespeito às normas regimentais, ou a adoção de práticas não previstas no regimento, impeçam a minoria de ter qualquer oportunidade de crítica das proposições em exame.³⁶⁴

Isso se torna ainda mais grave pelo fato de que as regras que foram deixadas para os regimentos internos não serem regras de menor importância. Para dar alguns exemplos, as regras sobre a determinação da Ordem do Dia; sobre o funcionamento das comissões parlamentares e do Colégio de Líderes; sobre requerimentos de informação; sobre o funcionamento das sessões das casas legislativas; sobre o interstício entre os dois turnos de votação de uma proposta de emenda à Constituição; sobre o uso da palavra pelos parlamentares; entre outros assuntos de extrema relevância para o desenvolvimento de atividades precípuas do Poder Legislativo, encontram-se nos regimentos internos da Câmara (Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD), do Senado (Regimento Interno do Senado Federal – RISF) e do Congresso (Regimento Comum do Congresso Nacional – RC). Em outros países, algumas dessas regras têm sede constitucional, como é o caso da Ordem do Dia na França, por exemplo. O fato de, entre nós, isso não constar do texto constitucional não o torna menos relevante: tanto

³⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 250-251.

aqui quanto na França quem decide e como decide o que será apreciado pelo Poder Legislativo – o chamado poder de agenda – são questões igualmente importantes.

Apesar da enorme relevância da matéria tratada em regras regimentais como as supracitadas, a jurisprudência predominante no STF tem entendido, como vimos no capítulo II, que a violação deste tipo de dispositivo não deve ensejar o controle jurisdicional pela Suprema Corte por entender tratar-se de questões *interna corporis*:

A esse primeiro problema, exemplificado pelas práticas parlamentares em torno da Ordem do Dia e do regime de urgência urgentíssima, se soma um outro: a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os atos classificados como *interna corporis* das Casas Legislativas não estão sujeitos a controle judicial. São descritos de forma geral como atos *interna corporis* aqueles praticados pelas Casas Legislativas que envolvam a interpretação de dispositivos regimentais e não afetem direitos subjetivos. **Nesse contexto, as minorias parlamentares realmente não têm meios de lidar com o problema: elas não têm como alterar a situação no âmbito do próprio Legislativo, já que a maioria acabará impondo sua vontade acerca da interpretação e aplicação das normas regimentais (mesmo que se trate apenas de descumprimento dessas previsões), e elas também não têm com quem reclamar fora do Legislativo, já que o STF entende que não lhe cabe rever essa espécie de ato.**³⁶⁵ (grifo meu)

Em sua tese de doutorado, Ademar Borges de Sousa Filho também se dedicou ao tema do controle jurisdicional do processo legislativo.³⁶⁶ No capítulo 8 da obra, intitulado “O controle de constitucionalidade do processo legislativo no campo penal”, Sousa Filho destacou que a autocontenção do Supremo Tribunal Federal tem funcionado como um incentivo ao desrespeito às regras regimentais no Parlamento:

A jurisprudência do STF tem afirmado que somente a ofensa direta à disposição normativa que compõe o devido processo legislativo constitucional abre espaço para o controle jurisdicional. Assim, eventuais violações de normas previstas no regimento interno do Congresso Nacional e das suas casas legislativas não autorizam a intervenção judicial, pois a análise sobre o cumprimento de normas regimentais constituiria, segundo a visão majoritária do STF, questão *interna corporis* do Poder Legislativo. Em um cenário em que apenas uma pequena parcela das normas que disciplinam o processo legislativo – e que garantem a sua vinculação ao princípio democrático – está contida na Constituição, não é difícil explicar a razão pela qual o STF tem atuado de modo bastante autocontido no controle formal do processo de formação das leis. O resultado é previsível: o controle jurisdicional fraco nesse campo concorre para que o devido processo legislativo seja sistematicamente desrespeitado.³⁶⁷

³⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 256-257.

³⁶⁶ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

³⁶⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 412.

Ocorre, como vimos no capítulo II, que o Supremo Tribunal Federal, quando não se lhe demonstra que um dispositivo constitucional expresso foi violado, tem entendido, em regra, que a querela não tem natureza constitucional, não lhe cabendo qualquer intervenção. No entanto, essa premissa parece equivocada, como aponta Barcellos ao tratar desse ponto:

O argumento de que a Constituição nada diz de forma expressa sobre essa questão específica, embora correto, não é, por si, suficiente para afastar a natureza constitucional da discussão. A Constituição também nada diz sobre a necessidade de advogados e partes serem avisados com alguma antecedência sobre as datas das audiências e julgamentos nos quais tenham a oportunidade de se manifestar. Entretanto, a eventual comunicação dirigida às partes no mesmo dia da realização desses atos processuais violaria de forma direta as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, supondo-se um cenário no qual não houvesse legislação específica sobre o ponto.³⁶⁸ (grifo meu)

Sousa Filho, a seu turno, também considera errada a premissa e aponta as razões que acredita levarem a esse erro:

Apesar da tendência captada no direito comparado de intensificação do controle jurisdicional sobre a legitimidade do procedimento legislativo, a jurisprudência do STF não abandonou o dogma da insindicabilidade dos atos *interna corporis* nesse campo. Há um abismo entre a forma pela qual o STF enfrenta alegações de violação material à Constituição e as questões relacionadas ao respeito às normas procedimentais de produção normativa. Duas razões ajudam a explicar esse quadro de apatia do STF em relação ao controle do processo legislativo. *De um lado*, as disposições constitucionais que disciplinam o tema do processo legislativo, embora carentes de regulamentação por normas regimentais dotadas de maior densidade normativa, não têm tido suas potencialidades normativas aproveitadas pelo Supremo. *De outro lado*, a recusa da jurisprudência em enfrentar violações a normas regimentais sobre processo legislativo está baseada na ultrapassada distinção rígida entre violação direta e indireta à Constituição e **acaba por desprezar o fato de que certas regras contidas nos regimentos internos do Poder Legislativo densificam a própria ideia de deliberação democrática.**³⁶⁹ (grifo meu)

Vejamos, nos próximos itens, por que essa visão precisa ser modificada, quais os fundamentos que justificariam tal mudança e como se pode fazê-lo de forma a prestigiar a Constituição sem que o STF se imiscua em questões do Parlamento.

³⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 262.

³⁶⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 415-416.

4.2 Fundamentos para o controle jurisdicional do processo legislativo

Por que deveria o Supremo Tribunal Federal exercer o controle do processo legislativo após uma violação de norma procedimental cuja sede seja apenas regimental e não constitucional? O que justificaria tal interferência?

No texto intitulado *O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação*,³⁷⁰ o Ministro Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão sistematizaram os fundamentos que justificariam tal intervenção, tomando por base a decisão proferida pelo Ministro no MS nº 32.816, supracitada (capítulo II), que vale aqui retomar. Partem da inadequação da concepção de separação de poderes em que se baseia a qualificação como questões *interna corporis* as violações regimentais:

Nesse particular, a decisão [monocrática do Min. Luiz Fux no MS 32.816] revisitou a jurisprudência tradicional da Corte, consolidada no sentido de que tais assuntos qualificam-se como questões *interna corporis*, considerando-os imunes ao controle judicial. À evidência, subjacente a tal orientação encontra-se um resquício da concepção ortodoxa do princípio da separação de poderes, que, de certa forma, ainda visualiza a existência de domínios infensos à intervenção judicial, reservados que seriam à instituição parlamentar, responsável pela solução final de toda e qualquer matéria emergente no seu interior.

Sucedem que tal concepção não parece a mais adequada. Em um Estado Democrático de Direito, como o é a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, *caput*), é paradoxal conceber a existência de campos que estejam blindados contra a revisão jurisdicional, adstritos tão somente à alçada exclusiva do respectivo Poder. Insulamento de tal monta é capaz de comprometer a própria higidez do processo legislativo e, no limite, o adequado funcionamento das instituições democráticas.³⁷¹

Em seguida, os autores enumeram quatro razões substantivas para que a jurisdição constitucional passe a controlar também violações a dispositivos regimentais. A primeira, diz respeito à própria natureza das disposições regimentais: são normas jurídicas. Portanto, são dotadas de imperatividade e caráter vinculante, e sua violação torna possível a resposta do ordenamento jurídico:

Em *primeiro lugar*, as disposições regimentais consubstanciam, em tese, autênticas normas jurídicas e, como tais, são dotadas de imperatividade e de caráter vinculante. Sua

³⁷⁰ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

³⁷¹ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, pp. 56-57

violação, ademais, habilita a pronta e imediata resposta do ordenamento jurídico. Nesse cenário, é inconcebível a existência de normas cujo cumprimento não se possa exigir coercitivamente. Não há aqui alternativa: (i) ou bem as normas regimentais são verdadeiramente normas e, portanto, viabilizam sua judicialização, (ii) ou, a rigor, não se trata de normas jurídicas, mas de simples recomendações, de adesão facultativa pelos seus destinatários. Este último não parece ser o caso.³⁷² (grifo do autor)

A segunda razão se fundamenta no fato de que os regimentos internos das casas legislativas, tendo sido elaborados por seus próprios membros, significam uma autolimitação voluntária por parte deles, a que passam a estar obrigatoriamente vinculados. Assim, os legisladores têm certa liberdade para criar, aprovar e modificar os regimentos internos das casas legislativas, mas, uma vez em vigor, tais normas devem ser por eles observadas:

Em *segundo lugar*, conforme assentado *supra*, o papel das normas constitucionais é puramente estabelecer balizas genéricas para a atuação do legislador, sem descer às minúcias dos diferentes assuntos nela versados. E isso é verdadeiro também para o processo legislativo constitucional. Seus detalhes ficam a cargo do próprio corpo legislativo quando da elaboração dos Regimentos Internos. A fixação de tal regramento denota autolimitação voluntária por parte dos próprios legisladores, enquanto produção normativa endógena, que traduz um pré-compromisso com a disciplina interna de suas atividades. Disso decorre que, se, por um lado, há um prévio espaço de conformação na elaboração da disciplina interna das Casas Legislativas, por outro lado, não menos certa é a assertiva segundo a qual, uma vez fixadas as disposições regimentais, tem-se o dever de estrita e rigorosa vinculação dos representantes do povo a tais normas que disciplinam o cotidiano da atividade legiferante. É dizer, o seu (des)cumprimento escapa à discricionariedade do legislador.³⁷³ (grifo do autor)

A terceira razão diz respeito à previsibilidade e à segurança que as normas regimentais trazem às minorias parlamentares. Como se sabe, o princípio majoritário não pode ser entendido como sinônimo de atropelo ou esmagamento das minorias. A vitória de uma posição deve se dar após um processo argumentativo em que todas as posições possam ser ouvidas e consideradas, ainda que não escolhidas.³⁷⁴ O papel das normas regimentais é permitir esse debate, essa contraposição de visões sobre os temas em questão:

³⁷² FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 57.

³⁷³ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 57.

³⁷⁴ “A vontade geral, formada segundo o princípio da maioria, não é manifesta sob a forma de um *diktat* imposto pela maioria à minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultado do embate de orientações políticas de suas vontades. Uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria condenada a não exercer absolutamente influência alguma acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem a minoria – de seu próprio caráter de maioria. Justamente essa possibilidade oferece à minoria um meio para influir sobre as decisões da maioria. [...] De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória,

Em *terceiro lugar*, como corolário do pré-compromisso firmado, as normas atinentes ao processo legislativo se apresentam como regras impessoais que conferem *previsibilidade e segurança* às minorias parlamentares, as quais podem, assim, conhecer e participar do processo interno de deliberação. Justamente porque fixadas *ex ante*, as prescrições regimentais impedem que as maiorias eventuais atropelem, a cada instante, os grupos minoritários. As formas de funcionamento interno das casas legislativas assumem, portanto, colorido novo, ao consubstanciarem elemento indispensável para a institucionalização e racionalização do poder, promovendo tão necessário equilíbrio entre maioria e minoria.³⁷⁵ (grifo do autor)

A quarta e última razão diz respeito a uma das funções de uma corte constitucional, a de proteger as regras do jogo democrático:

Em *quarto lugar*, há um argumento de cidadania para admitir a sindicabilidade judicial nas hipóteses de estrito descumprimento das disposições regimentais. **Trata-se de zelar pelo cumprimento das regras do jogo democrático**, de modo a assegurar o pluralismo necessário e exigido constitucionalmente no processo de elaboração das leis.³⁷⁶⁻³⁷⁷ (grifo meu)

Sousa Filho também procura elencar uma série de fundamentos para que esse controle se exerça de forma menos tímida, começando exatamente por essa garantia das regras do jogo democrático, a que se refere a última das razões apontadas por Fux e Frazão *supra*:

baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio da maioria na democracia real” - KELSEN, Hans. *A democracia*.

Tradução: Ivone Castilho Benedetti et al. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69-70 Apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SENA, Beatriz Veríssimo de; AGUIAR, Guilherme Chamum. [*Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.683*]. Brasília: [s.n.], 2017.

³⁷⁵ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, pp. 57-58.

³⁷⁶ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 58.

³⁷⁷ Acerca dessa consideração de que o devido processo legislativo interessa à cidadania, vale citar o ponto levantado por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa: “O direito ao devido processo legislativo é um exemplo de direito fundamental de titularidade difusa, não um direito subjetivo de um ou outro parlamentar, ao menos no que se refere à regularidade do processo da produção das leis. Esse direito funciona simultaneamente como um direito de defesa e como um direito à organização e ao procedimento. Enquanto direito de defesa, o direito ao devido processo legislativo articula, em princípio, pretensões de abstenção e de anulação. As pretensões de abstenção dirigem-se aos corpos legislativos e exigem que os mesmos se abstenham de exercer sua função em desconformidade com os parâmetros constitucionais e regimentais que a regulam. As pretensões de anulação, por sua vez, são comumente dirigidas ao Poder Judiciário, que delas conhece em sede de controle de constitucionalidade” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010 Apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019). Parece-me, de fato, que o enquadramento mais correto não é o que acabou se cristalizando em nossa jurisprudência ao longo do tempo, que justifica o cabimento de Mandado de Segurança de parlamentar para demandar o controle o processo legislativo por suposta violação a direito subjetivo seu. A meu ver, seria melhor que se pudesse demandar tal controle em nome da democracia ou da deliberação, por exemplo. Isso poderia ter como consequência ampliar o rol dos legitimados para impetrar tais mandados, incluindo-se aí os partidos políticos, por exemplo.

Se a principal função de um Tribunal Constitucional é a de garantir o funcionamento regular do sistema democrático, não há dúvida de que o processo de formação das leis – o mecanismo mais democrático de formação da vontade política – deve ter sua conformidade constitucional garantida pela jurisdição constitucional. Como bem ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, até mesmo os críticos da jurisdição constitucional costumam aceitar como legítima a intervenção da Corte Constitucional para a proteção do funcionamento regular do processo democrático.³⁷⁸

A esse respeito, alinhado com a manifestação do Ministro Gilmar Mendes que citou em seu texto, Sousa Filho pondera que “[m]esmo sob o prisma autocontido do procedimentalismo, as controvérsias relativas ao respeito das regras procedimentais aplicáveis ao processo legislativo pelo Congresso Nacional constituem matérias adequadas para figurar como objeto da jurisdição constitucional”.³⁷⁹ Por isso, defende que

Não se aplica à hipótese o antigo parâmetro de autocontenção do Judiciário segundo o qual não lhe cabe interferir em ‘questões políticas’, razão pela qual as controvérsias em torno do processo de formação das leis seriam *insindicáveis*. Salvo situações absolutamente residuais, hoje se entende que a vetusta doutrina das *questões políticas* se encontra superada, prevalecendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição.³⁸⁰ (grifos do autor)

O segundo fundamento apontado por Sousa Filho diz respeito a outra das funções da suprema corte: a proteção aos direitos fundamentais. Zelar para que as decisões tomadas por esses poderes sejam, de fato, democráticas significa contribuir decisivamente para que sejam garantidoras dos direitos fundamentais de nosso povo:

³⁷⁸ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 409. A essa manifestação do Ministro Gilmar Mendes à qual o autor se refere: “O ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até mesmo pelos mais fervorosos críticos do chamado ativismo judicial. Por essa razão, a garantia do exercício dos direitos fundamentais e democráticos de participação política está intrinsecamente ligada à própria regularidade do processo democrático, e a atuação da jurisdição constitucional nessa seara revela-se de extrema importância sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a tais direitos. Desde a publicação da obra de John Hart Ely (*Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980), compreende-se que a proteção do funcionamento regular do processo democrático é a principal função da jurisdição constitucional e, portanto, também desta Suprema Corte. [...] Ely afirma, com acuidade, que é obrigação e dever do Judiciário: (i) aplicar as regras expressas do texto constitucional; (ii) intervir no processo político quando isto for necessário para a proteção do funcionamento regular do sistema democrático; (iii) bem como garantir o adequado tratamento dispensado pelas maiorias às minorias” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

³⁷⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 409.

³⁸⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 410.

Um aspecto que tem sido, em regra, negligenciado pelo direito constitucional brasileiro é o de que **a proteção aos direitos fundamentais se dá não apenas pela adjudicação direta de pretensões jurídicas dirigidas ao Poder Judiciário, mas também – e até principalmente – pelo adequado funcionamento das instituições democráticas. A capacidade dos Poderes Legislativo e Executivo para criar e implementar políticas públicas com o objetivo de garantir direitos fundamentais é muito superior à do Judiciário.** Como acentua Ana Paula de Barcellos, ‘políticas públicas decididas e implementadas pelo Executivo e Legislativo – após as deliberações democráticas próprias – é que serão responsáveis (ou não) pela promoção geral dos direitos que, por desventura, se encontrem desatendidos.’ E é justamente na garantia do caráter democrático das decisões tomadas pelas instâncias representativas que a jurisdição constitucional tem mais deixado a desejar. Cabe ao direito constitucional em geral e à jurisdição constitucional em particular garantir que a elaboração normativa seja realizada de modo compatível com o princípio democrático.³⁸¹ (grifo meu)

O terceiro fundamento se relaciona com o fato de o Supremo Tribunal Federal ter demonstrado, recentemente, que pode, sim, exercer uma jurisdição constitucional mais rigorosa, quando necessário. No entanto, Sousa Filho observa que tal controle se dá muito mais quanto a aspectos substanciais do que formais. Veja-se:

Embora o próprio Supremo tenha assinalado nos últimos anos que pode exercer de forma mais incisiva a jurisdição constitucional quando a sua intervenção for necessária para salvaguardar os pressupostos do regime democrático, uma análise da sua jurisprudência revela que a sua atuação em relação às questões com conotação política tem favorecido o controle dos aspectos substanciais da atuação legislativa, deixando em segundo plano o controle das questões procedimentais da produção legislativa. A maior proatividade do STF no controle de constitucionalidade resultou na intensificação do controle substancial das decisões finais do legislador. Entretanto, a maior participação do Judiciário na vida política do país não produziu modificação significativa do controle procedimental do processo de formação das leis. De fato, o crescimento da importância do STF na definição das grandes controvérsias nacionais deu lugar a um acentuado controle do teor material das normas editadas pelo Congresso, sem, contudo, dar a mesma importância à verificação da aderência pelo legislador às normas que garantem a democratização do processo legislativo.³⁸²

Diante dessa constatação, que confirma o que vimos no capítulo II, o autor caminha para a mesma conclusão que se defende nesta tese:

A função primordial da jurisdição constitucional de garantir o sistema democrático exige uma postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal em matérias relacionadas ao respeito ao devido processo legislativo. **Antes de decidir sobre o conteúdo das opções políticas manifestadas pelo legislador, cabe ao STF garantir que o processo de formação das leis seja aberto, plural, inclusivo e, na maior medida possível, catalizador do respeito aos direitos fundamentais. Há, portanto, amplo**

³⁸¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 409-410.

³⁸² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 411.

espaço no Brasil para a implementação de um controle judicial mais estrito e criterioso sobre o respeito pelo Congresso Nacional às normas que disciplinam o processo legislativo.³⁸³ (grifo meu)

À questão da relação entre controle material e controle formal de constitucionalidade voltaremos adiante. Antes, porém, vejamos como se relacionam as normas regimentais com a Constituição. De partida, é preciso relembrar que a própria Constituição previu a competência para as casas legislativas criarem e aprovarem seus regimentos internos (arts. 51, III e 52, XII CF), mas isso não significa que tal empreitada deveria se dar sem se levar em consideração o próprio referencial da Constituição:

A Constituição de 1988 não pormenorizou a disciplina do processo legislativo, delegando a definição de vários de seus elementos ao próprio Congresso Nacional. Entretanto, tal concretização do processo legislativo se submete ao *princípio da deliberação suficiente*, derivado tanto do princípio democrático (art. 1º CF) quanto dos dispositivos constitucionais que expressamente exigem que, no processo legislativo, haja não só *votação*, mas também *discussão* (art. 58, par. 2º, I; 60, par. 2º; 64 e 65 CF).

[...]

É evidente que o Constituinte de 1988 não engessou completamente o processo legislativo, delegando a concretização de vários elementos à definição pelo próprio Parlamento. **Contudo, tais definições se submetem à principiologia geral que delimita o sentido da cláusula do devido processo legislativo como instrumento democrático.**³⁸⁴ (grifo meu)

Na mesma linha manifestou-se Cláudio Pereira de Souza Neto, na petição inicial da ADI nº 5.683:

O Constituinte de 1988 não esgotou a disciplina do processo legislativo, delegando a definição de vários de seus elementos ao próprio Parlamento. **Contudo, tal definição se submete aos princípios constitucionais do processo legislativo.** Dentre esses, se situa o chamado princípio da deliberação suficiente, derivado tanto do princípio democrático (CF, art. 1º) quanto dos dispositivos constitucionais que expressamente exigem que, no processo legislativo, haja não só “votação”, mas também “discussão” (artigos 58, § 2º, I, 60, § 2º, 64 e 65 da Constituição Federal).³⁸⁵ (grifo meu)

Se, por um lado, a liberdade de conformação dos regimentos internos das casas legislativas está submetida aos princípios constitucionais do processo legislativo, por outro, é

³⁸³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 411.

³⁸⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 416 e 419.

³⁸⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SENA, Beatriz Veríssimo de; AGUIAR, Guilherme Chamum. [*Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.683*]. Brasília: [s.n.], 2017.

preciso atentar para o fato de que diversas normas regimentais densificam preceitos constitucionais. Como igualmente destacam Sousa Filho e Souza Neto, respectivamente:

O problema concernente à amplitude do controle jurisdicional dos aspectos procedimentais das normas jurídicas ganha especial relevância quando se verifica que **diversas normas regimentais das casas legislativas densificam preceitos constitucionais relativos ao processo legislativo, de modo que seus conteúdos se apresentam como concretização de um devido processo legislativo preconizado na Constituição**. Algumas normas regimentais são essenciais para a afirmação do perfil democrático da deliberação parlamentar, como aquelas que determinam a apreciação dos projetos por diferentes comissões temáticas, a apresentação de justificativa às proposições normativas, e estabelecem prazo mínimo entre o primeiro e o segundo turno de votação de propostas de emenda constitucional.³⁸⁶ (grifo meu)

O que ora se propõe ao Supremo Tribunal Federal, neste tópico, não é que controle a observância do Regimento Interno pela Casa Legislativa – a questão ora suscitada não é *interna corporis*. O que se demanda é que a Corte promova a aplicação da Constituição Federal, por meio da realização de interpretação conforme a Constituição de normas regimentais. **As referidas normas densificam importantes preceitos constitucionais**, e a sua violação importa, igualmente, a violação da Constituição Federal.

[...]

O que ora se suscita é apenas a interpretação conforme a Constituição Federal das referidas normas do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. A operação hermenêutica não é diferente da que o STF realiza cotidianamente quando realiza a interpretação conforme a Constituição de preceitos constantes dos textos legais. **Não é papel do STF realizar a interpretação do direito infraconstitucional. A Corte a realiza apenas quando, nessa atividade interpretativa, ocorrer a violação da Constituição Federal. Da mesma forma, a interpretação das normas regimentais não pode implicar a violação da Constituição. Se isso ocorrer, legitima-se o controle jurisdicional da constitucionalidade. Em decorrência da sede constitucional dos parâmetros de controle** (artigos 1º, 58, § 2º, I, 60, § 2º, 64 e 65 da Constituição Federal), **não há dúvida de que a questão não é meramente *interna corporis*, legitimando-se o controle jurisdicional**.³⁸⁷ (grifos meus)

Ora, em se tratando de normas regimentais que densificam preceitos constitucionais, quando o Supremo Tribunal Federal não controla a violação dessas, afronta a sua própria missão:

No Brasil, a Constituição estabelece o dever de deliberação legislativa de forma explícita no art. 66, par. 4º e 6º, da CF/88. A recusa do STF em controlar a legitimidade dos atos legislativos sob a ótica do *princípio da deliberação suficiente constitui, nesse sentido, uma afronta à própria função de guarda da Constituição a ele imputada pela Constituição de 1988*.³⁸⁸ (grifo meu)

³⁸⁶ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 412.

³⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SENA, Beatriz Veríssimo de; AGUIAR, Guilherme Chamum. [*Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.683*]. Brasília: [s.n.], 2017.

³⁸⁸ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 417.

Diversos tribunais constitucionais no mundo têm avançado nessa direção. É o caso, por exemplo, da Corte Constitucional de Israel:

Em Israel, por exemplo, a Corte Constitucional desenvolveu jurisprudência no sentido de que é necessário balancear o princípio da autonomia parlamentar com o do império da lei. Como consequência, a Corte adotou uma teoria constitucional de análise dos procedimentos parlamentares segundo a qual o sistema parlamentar estaria embasado nos princípios fundamentais, dos quais se derivam os princípios do devido processo legislativo. Dessa forma, uma lesão grave a esses princípios poderia determinar a declaração de invalidade de uma lei. **Desde 2004, a Corte Suprema de Israel passou a controlar o procedimento parlamentar, mesmo sem previsão normativa explícita, justificando sua atuação ativista no controle procedimental a partir dos chamados ‘valores substantivos do regime constitucional’ que encontrariam materialização nas regras de processo legislativo.**³⁸⁹ (grifo meu)

Algo semelhante ocorreu no Tribunal Constitucional da Espanha nos últimos anos:

Verificou-se também na jurisprudência constitucional espanhola uma expansão do controle judicial sobre os procedimentos internos do Poder Legislativo, garantindo que a não intervenção jurisdicional só se justificaria na medida em que os direitos de participação política dos deputados e de grupos parlamentares fossem respeitados. **O Tribunal Constitucional da Espanha promoveu a ampliação de sua atuação jurisdicional sobre o processo legislativo, tornando sindicáveis vícios procedimentais graves que resultam na violação dos princípios fundamentais do devido processo legislativo. As violações às regras regimentais que atingissem elementos fundantes do princípio democrático – e.g., pluralismo político e publicidade – passaram a integrar o parâmetro de controle de constitucionalidade formal das leis.**³⁹⁰ (grifos meus)

Na América Latina, três países merecem destaque por sua jurisprudência constitucional no que diz respeito ao controle do processo legislativo: Colômbia, Peru e Argentina. Sem subestimar as demais, a experiência da Corte Constitucional colombiana deve ser sublinhada:

Na Constituição colombiana, há um grande número de normas que contêm disposições acerca do procedimento legislativo, apresentando algumas delegações de complementação ao legislador ordinário. Isso faz com que o controle de constitucionalidade formal tenha vocação para ampliação, tendo em vista a natureza constitucional de grande quantidade de comandos procedimentais. **Além disso, a jurisprudência da Corte Constitucional reconhece expressamente a possibilidade de controlar a constitucionalidade formal dos atos legislativos com base na violação do Regimento do Congresso Nacional. Nesse sentido, a Corte tem afirmado que o parâmetro normativo aplicável ao controle dos atos legislativos é formado por normas da Constituição e do Regimento do Congresso cujo ‘cumprimento é pressuposto básico e necessário para a adequada formação da vontade democrática das câmaras e estejam estreitamente relacionadas com a materialização de princípios e valores constitucionais, em especial do princípio**

³⁸⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 413.

³⁹⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 413-414.

democrático'. Diversas decisões dessa Corte Constitucional afirmaram o entendimento de que o parâmetro normativo do controle formal de constitucionalidade não pode se limitar ao atendimento das previsões normativas expressas no próprio texto constitucional, uma vez que essas normas constitucionais remetem a outros textos jurídicos.

Nesse contexto, a Corte Constitucional adotou um critério de instrumentalidade das formas como parâmetro geral de controle formal da constitucionalidade das leis, de modo que **as formas processuais não teriam um valor em si mesmas, mas deveriam ser interpretadas teleologicamente a serviço de um fim substantivo. E é com base nesses fins substantivos ligados ao princípio democrático que a Corte distingue as irregularidades irrelevantes das irregularidades que acarretariam vícios graves de procedimento legislativo.**^[391] **Esse entendimento tem obrigado a Corte Constitucional da Colômbia a empreender uma busca, em cada caso, dos valores que considera protegidos pelas normas constitucionais sobre procedimento legislativo. Dessa forma, o verdadeiro referencial do controle constitucional do processo legislativo não seria o procedimento em si, mas os princípios e valores constitucionais protegidos por ele.** No contexto colombiano, portanto, a principal função da Corte Constitucional no controle jurisdicional incidente sobre o processo legislativo é o de garantir as condições mínimas de deliberação sobre as medidas legislativas propostas aprovadas pelo Congresso, a partir da compreensão de que o processo legislativo protege princípios e valores fundamentais à preservação do regime democrático, dotados de envergadura constitucional.³⁹² (grifos meus)

Por tudo o que vimos, a interferência do Supremo Tribunal Federal em procedimentos legislativos se sustenta quando for necessária para assegurar o cumprimento da Constituição, garantir direitos fundamentais e proteger as regras do jogo democrático. É possível dizer que, em determinadas situações, o controle jurisdicional do processo legislativo por violação de normas regimentais pode se justificar sob esses **três** ângulos. Seja para assegurar o cumprimento da Constituição, quando a norma regimental violada densificar um preceito constitucional; seja para garantir direitos fundamentais, visto que assegurar o caráter democrático de um processo decisório no Poder Legislativo pode ter grande impacto nessa garantia; seja para proteger as regras do jogo democrático dentro do Parlamento, e não apenas fora dele, sob qualquer desses ângulos estaria justificada tal interferência. Cumpre agora apontar em quais situações isso se verifica. É o que faremos a seguir.

³⁹¹ A respeito desta questão da relevância ou irrelevância da irregularidade procedimental, Sousa Filho cita Guillermo Otálora Lozano: “Como afirmou Lozano, na Sentencia C-737 de 2001, a Corte teria definido como irrelevante a irregularidade quando o descumprimento da formalidade procedimental *‘no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática em las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta’*. (LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago-dez, 2013, p. 69, Apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 414). A esse critério retornaremos adiante.

³⁹² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 414-415.

4.3 Legitimidade constitucional procedimental: parâmetro para o controle jurisdicional do processo legislativo

Como vimos, inclusive recorrendo aos bons exemplos do direito comparado, é possível – e mais do que isso, necessário –, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avance para controlar não apenas violações de disposições expressas da Constituição Federal, mas também violações de dispositivos regimentais. No entanto, deve-se evitar o risco de que isso transforme o Supremo Tribunal Federal num “tribunal de pequenas causas políticas”, como alertou Oscar Vilhena Vieira³⁹³. Assim, é preciso distinguir violações relevantes de violações irrelevantes de dispositivos regimentais, de forma a separar as situações em que deve haver intervenção judicial daquelas em que não deve.

O que aqui se defende é que sejam consideradas violações relevantes de dispositivos regimentais aquelas em que o dispositivo violado densificar algum preceito constitucional, como se disse acima. Tomando como paradigma a jurisprudência constitucional colombiana supracitada, isso significaria controlar a observância das regras procedimentais regimentais que materializassem princípios constitucionais, tendo em vista os fins a que servem tais normas. Isso porque, como ensina o Ministro Luís Roberto Barroso,

os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.³⁹⁴

[...]

E, por fim, na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, **condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes.**³⁹⁵ (grifo meu)

Sendo verdadeiras vigas-mestras do ordenamento jurídico, os princípios devem ser estritamente obedecidos, sob pena de aquele se corromper totalmente:

³⁹³ TOLEDO, Roberto Pompeu de. As vênias e a toga. *Revista Veja*. [S.l.], 11 de maio de 2018.

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 142-143.

³⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 146.

Mas, mesmo na Constituição, existem normas mais importantes e normas menos importantes. As mais importantes são as que veiculam princípios, verdadeiras vigas-mestras do ordenamento jurídico.

Deveras, as normas constitucionais, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não possuem a mesma importância, já que, algumas, veiculam simples regras ao passo que, outras, verdadeiros princípios.

Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Efetivamente, a Constituição não é um mero ajuntamento de preceptivos, cada qual girando em sua estreita órbita, sem sofrer nenhuma atração dos demais. Pelo contrário, eles se articulam em feixes orgânicos, em blocos unitários de sentido, que seguem as diretrizes dos princípios. **Estes devem, assim, ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.**³⁹⁶ (grifo meu)

Por essa razão, a violação de um princípio constitucional, ainda que por meio de uma aplicação ou interpretação equivocada de uma regra regimental, não pode ser tolerada. Não pode, também, ser considerada menos grave do que a violação de uma disposição expressa da Constituição Federal. Afinal, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello,

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. **É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais...**³⁹⁷ (grifo meu)

Na mesma direção posicionou-se o Ministro Ricardo Lewandowski:

Os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e 'positivamente vinculantes'. **A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática deflagra sempre uma consequência jurídica,** de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.³⁹⁸

Ocupando posição de tamanha relevância, os princípios têm importante função hermenêutica:

³⁹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio Republicano. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 5.

³⁹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

³⁹⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: EdUSP, 2005, pp. 189-190.

Temos para nós que princípio constitucional é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o **entendimento** e a **aplicação** das normas jurídicas que com ele se conectam.

Destarte, o princípio constitucional, seja expresso, seja implícito, influi na **interpretação** e na **boa aplicação** até dos mandamentos constitucionais.

[...]

Pois bem, se até os mandamentos constitucionais sofrem a influência dos princípios constitucionais, por muito maior razão (argumento a fortiori) os contidos nas leis, decretos, portarias etc., que, evidentemente, só poderão irradiar efeitos enquanto não os contrariarem, quer na letra, quer no espírito.

[...]

Em resumo, até as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas do modo que dê maior eficácia aos princípios constitucionais³⁹⁹ (grifos meus)

Os princípios, no entanto, não orientam apenas a interpretação das normas, mas a sua própria criação, sendo também seu parâmetro de validade:

Em função disto tudo, sentimo-nos confortáveis em proclamar que, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que seja (ou aparente ser) deve-se, preliminarmente, buscar as culminâncias dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção apontam. **Nenhum ato normativo (lei, decreto, portaria etc.) poderá prevalecer se entrar em testilhas com um princípio constitucional.**

Assim, os princípios constitucionais exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam **a edição** e a interpretação das normas jurídicas em geral, inclusive as de natureza constitucional.

Em suma, os princípios são normas qualificadas, que dão coesão e estrutura ao sistema jurídico, exibindo excepcional valor aglutinante. Indicam **como devem ser criadas** e aplicadas as demais normas jurídicas.⁴⁰⁰ (grifos meus)

Como se vê, o próprio processo de criação de normas deve coadunar com os princípios constitucionais. Portanto, se, em tal processo, ocorrer a violação de uma regra regimental que traduza ou encarne um princípio constitucional, ou se uma regra regimental for interpretada ou aplicada de forma a contrariar algum princípio constitucional, não pode tal irregularidade ser ignorada pela jurisdição constitucional. Trata-se não de questão *interna corporis*, mas de uma afronta à própria Constituição, a reclamar a ação de seu guardião, o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, se o descumprimento da formalidade procedimental não atingir algum princípio

³⁹⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio Republicano. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 5.

⁴⁰⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio Republicano. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 6.

constitucional, em seu núcleo de sentido⁴⁰¹⁻⁴⁰²⁻⁴⁰³, pode ser considerada causa insuficiente para a intervenção judicial.

Assim, deve haver intervenção judicial apenas quando necessária para garantir que o processo de tomada de decisão pelo Parlamento seja legítimo à luz da Constituição. Em outras palavras, para controlar a **legitimidade constitucional procedimental** da decisão. Essa legitimidade se afere pelo respeito aos princípios constitucionais, em seu núcleo de sentido, no procedimento legislativo. É esse o parâmetro que aqui se sugere para a haver ou não intervenção judicial no processo legislativo. Essa linha de corte ajudaria a separar os casos relevantes dos irrelevantes, evitando que se assoberbasse ainda mais a pauta do Supremo Tribunal Federal com irregularidades insignificantes.

Que princípios ou valores constitucionais seriam esses que, atingidos em seu núcleo de sentido ao se violar determinada(s) norma(s) regimental(is), poderiam justificar a intervenção judicial? A resposta para essa pergunta deverá ser buscada, em cada caso, pelo Supremo Tribunal Federal, como tem feito a Corte Constitucional da Colômbia, conforme se mostrou acima⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵. No entanto, a título de exemplo, sem qualquer pretensão de apresentar uma enumeração taxativa, apresento a seguir três princípios que, a meu ver, se atingidos por meio da violação de alguma regra regimental procedimental, justificariam uma intervenção judicial

⁴⁰¹ “Pode ocorrer ainda, em relação aos princípios, uma dificuldade adicional: o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete. **Um princípio tem um sentido e um alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras.** A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete.” (grifo meu) – BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 150-151.

⁴⁰² “Como se viu no tópico acima, muitas vezes não é possível, realmente, precisar em toda a extensão o efeito planejado pela norma, mas apenas um **conteúdo mínimo**. E assim é porque no momento em que se desrespeitam determinadas condições que compõem o princípio, há consenso de que foi violado. [...] Por fim, se o **núcleo** da dignidade foi previsto pelo constituinte sobretudo como limite à atuação das maiorias (que poderão desenvolver a partir dele seus próprios projetos de dignidade), a identificação deste **núcleo** – que, já se viu, tem natureza de norma-regra, biunívoca e violável – e de sua eficácia jurídica é da maior relevância.” (grifos meus) – BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 192 e 198.

⁴⁰³ “Não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, frequentemente compromissórias, que se materializaram no seu texto positivo [...] [O]s limites materiais à reforma constitucional – as já populares ‘cláusulas pétreas’ – não são garantias de intangibilidade de literalidade de preceitos constitucionais específicos da Constituição originária – que, assim, se tornariam imutáveis – mas sim do seu conteúdo nuclear” - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024-2/DF, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 01 de dezembro de 2000.

⁴⁰⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 414-415.

⁴⁰⁵ “A jurisprudência colombiana tem afirmado que a deliberação mínima é um dos quatro valores constitucionais protegidos pela jurisdição constitucional no controle da constitucionalidade formal das leis, ao lado da vontade das maiorias, da publicidade dos procedimentos e da garantia dos direitos das minorias.” – SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 416-419.

no processo legislativo. São os princípios republicano, democrático e do estado de direito, que, segundo Luís Roberto Barroso, são princípios constitucionais fundamentais⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷:

São essas as decisões políticas fundamentais do constituinte. Já no *caput* do art. 1º, ele explicitou que preferia a forma de governo republicana em lugar da monárquica, a forma federativa de Estado e não a unitária, e que o regime de governo seria o democrático, com todo o poder emanando do povo.⁴⁰⁸

4.3.1 Princípio republicano

Não bastasse o lugar de destaque dos princípios constitucionais em nosso ordenamento jurídico, os princípios fundamentais ainda se destacam dentre eles. Como dito acima, um dos princípios fundamentais é o princípio republicano, cuja centralidade é demonstrada pelo próprio nome dado ao nosso país – *República Federativa do Brasil*.⁴⁰⁹ Mesmo estando associado à forma de governo escolhida pelo constituinte, o princípio não se esgota nisso:

Na ordem constitucional brasileira, o princípio republicano, consagrado no art. 1º, *caput*, não se resume à forma de governo não monárquica, marcada pela eletividade dos cargos políticos (e não pela hereditariedade) e pela temporariedade no exercício do poder (e não pela vitaliciedade). Entre nós, a ideia de República traduz-se em pelo menos três outros conteúdos essenciais: a igualdade entre os cidadãos, a gestão impessoal da coisa pública e a responsabilidade político-jurídica de todos os agentes públicos.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.147.

⁴⁰⁷ “Princípios *fundamentais* são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, no sentido que a elas empresta Carl Schmitt. Constituem, como afirmam Canotilho e Vital Moreira, ‘síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas’. São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo ao que referimos anteriormente como princípios constitucionais de organização. Neles, se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou federalismo, regime democrático etc.” – BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 145.

⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.147.

⁴⁰⁹ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, 2018, pp. 296-297.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: a República que ainda não foi. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 08 jan. 2018. Retrospectiva de Direito Constitucional de 2017, p. 6. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

Como se pode perceber, associada à ideia de república está a noção de limitação do exercício do poder político, de restrição do poder absoluto.⁴¹¹ Mas, não se limitando à organização do Estado, o princípio republicano é fonte de direitos e deveres não apenas para autoridades, mas também para cidadãos:

[O] princípio republicano apresenta forte dimensão aspiracional: ele desenha um “horizonte de sentido”, a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade brasileira. Portanto, tal princípio desafia classificações das normas constitucionais pelo seu objeto: *e.g.*, “normas de organização”, “normas definidoras de direitos” e “normas programáticas”. O princípio republicano, como se verá, desempenha simultaneamente todos esses papéis.⁴¹²

Quanto à sua estatura hierárquica, não há dúvida na doutrina quanto à sua proeminência:

A se levar em conta a importância da topologia para a hermenêutica constitucional, não há como deixar de reconhecer que, quando se adotou a forma republicana de governo, na verdade se estava definindo um dos princípios estruturantes de nossa Lei Maior. Com efeito, o princípio republicano, ao lado dos princípios federativo e democrático, configura, no dizer da doutrina, o ‘núcleo essencial’, visto que lhe garante uma determinada identidade e estrutura.

[...]

O princípio republicano, entre nós, representa a viga mestra do ‘sentimento constitucional’ (*Verfassungsgefühl*) a que se refere a doutrina alemã, ou seja, de um estado de espírito coletivo que, ‘transcendendo todos os antagonismos e tensões existentes, político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de outro tipo, integra os detentores e destinatários do poder num marco de uma ordem comunitária obrigatória.

[...]

Por fim, cumpre notar que, se todo princípio constitui um ‘mandamento de otimização’, ou seja, um preceito que determina ‘que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes’, forçoso é concluir que o princípio republicano, enquanto complexo axiológico-normativo no ápice de nossa hierarquia constitucional, deve ser expandido em sua extensão máxima, **afastando nesse processo todos os princípios, regras e atos que lhe sejam contrários**⁴¹³ (grifo meu)

Tema instigante é o da estatura hierárquica do princípio republicano na Constituição de 88. Evidentemente, pela sua natureza constitucional, **o princípio prevalece sobre as decisões de todos os poderes do Estado, ensejando a invalidade dos atos e normas que com ele não se compatibilizem.**⁴¹⁴ (grifo meu)

Como o Princípio Republicano é o princípio reitor de todo ordenamento jurídico que o adota, dele derivam e com ele devem estar de acordo todos os outros princípios constitucionais, assim como as demais normas jurídicas existentes e válidas.

[...]

⁴¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, v. 97, n. 356, pp. 3-20, jul./ago., 2001, p. 4.

⁴¹² SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, 2018, pp. 296-297.

⁴¹³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: EdUSP, 2005, pp. 189, 197 e 198-199.

⁴¹⁴ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, 2018, p. 301.

O Princípio Republicano é o “princípio dos princípios”. Funciona como a matriz político-ideológica do ordenamento e vincula todas as outras normas jurídicas.

[...]

Desde a primeira Constituição Republicana, o Princípio Republicano passou a ser o mais importante e decisivo do ordenamento jurídico brasileiro. O real significado do Princípio Republicano permite que se estabeleçam hipóteses e que se possam propor desdobramentos para todo o Direito Público, com uma melhor e mais segura compreensão do conteúdo, sentido e alcance de todos os seus institutos. A República é uma espécie de síntese de todas as instituições.

[...]

A existência da República – e do Princípio Republicano – está assentada em um sistema de valores conjugados e inter-relacionados que orientam a formação e o funcionamento de todo o ordenamento jurídico.⁴¹⁵

Ana Paula de Barcellos aponta que decorrem, do princípio republicano, um conjunto vasto de outros princípios, dentre os quais destaca:

i) a igualdade de todos; (ii) a liberdade individual e política; (iii) a soberania popular; (iv) o Estado de Direito; e (v) a separação de poderes. Ao lado desses cinco elementos, a república como forma de governo oposta à monarquia agrega outros três, instrumentais para a realização da igualdade e da soberania popular. São eles: a representatividade ou eletividade, a periodicidade dos mandatos e a responsabilidade política.

[...]

Assim, em primeiro lugar, o princípio republicano funciona como princípio matriz do qual outros princípios são extraídos e desenvolvidos.⁴¹⁶

Daniel Sarmiento, por sua vez, destaca como componentes do princípio republicano a elegibilidade e a temporariedade dos mandatos políticos; a responsabilidade dos governantes e autoridades por seus atos; a igualdade *perante a lei e na lei*; a não-dominação como liberdade contra a tirania e a sujeição; a impessoalidade; a transparência e o controle na gestão da coisa pública; e os direitos e os deveres dos cidadãos perante a coisa pública.⁴¹⁷

Seja considerando algum dos princípios decorrentes do princípio republicano, seja levando em conta algum de seus elementos componentes, uma eventual transgressão ou mesmo interpretação de regra regimental no procedimento legislativo que o vulnere deve, obrigatoriamente, ser controlada pelo Supremo Tribunal Federal. Um exemplo é a condução de um processo de discussão e votação que tenha sido manipulado para beneficiar determinada pessoa física ou jurídica, chocando-se frontalmente com a impessoalidade na gestão da coisa

⁴¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTC)*. São Leopoldo: Ed Unisinos, 2009, pp. 89, 93-94.

⁴¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, v. 97, n. 356, pp. 3-20, jul./ago., 2001, p. 9.

⁴¹⁷ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, 2018, p. 296-318.

pública imposta pelo princípio republicano⁴¹⁸⁻⁴¹⁹⁻⁴²⁰, assim como com a igualdade de todos exigida pelo mesmo princípio. Ou, para citar outro exemplo, um procedimento legislativo que não tivesse zelado pela necessária transparência, surpreendendo⁴²¹ os parlamentares ou mesmo a nação, não cientes ou devidamente informados de determinada deliberação ou de seus aspectos fundamentais. Em casos como esses, ou em outros que firam algum componente do princípio republicano pela violação ou interpretação de norma regimental, cabe ao Supremo Tribunal Federal intervir para evitar uma inconstitucionalidade formal e garantir a legitimidade constitucional procedimental da decisão que se pretende tomar.

⁴¹⁸ “Em *segundo lugar*, na vertente da gestão impessoal da coisa pública, o princípio republicano está ligado à **impessoalidade, à moralidade e à transparência** que devem pautar a conduta dos agentes estatais. Para realizá-lo, é fundamental que se afaste qualquer possibilidade de confusão entre as esferas pública e privada, combatendo os vícios históricos do **patrimonialismo, do clientelismo e da corrupção**. A Constituição de 1988 demonstra nítida aspiração de refundar o Estado brasileiro sobre bases mais republicanas, bloqueando esses traços culturais persistentes. É por isso que o constituinte não se contentou em prever que a Administração Pública obedecerá aos princípios da impessoalidade e da moralidade (art. 37, *caput*). Para evitar favorecimentos indevidos, incluiu expressamente no texto constitucional a necessidade de aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II) e a exigência de processo de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI).” (grifos meus) - BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: a República que ainda não foi. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 08 jan. 2018. Retrospectiva de Direito Constitucional de 2017, p. 7-8. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2021..

⁴¹⁹ “Assim, não se compadece com a noção de República o **favorecimento de apenas alguns setores da sociedade**. Ao contrário, como o poder procede de todo o povo – já que, como pregou Black, o governo republicano se baseia na igualdade política dos homens –, os agentes governamentais devem, *semper et ad semper*, zelar pelos interesses da coletividade, e não de pessoas ou classes dominantes. Isto vale especialmente para o Poder Legislativo, uma vez que o Executivo, em rigor, limita-se a aplicar a lei.” (grifo meu) - CARRAZZA, Roque Antonio. “Princípio Republicano” - *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, tomo II*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 12.

⁴²⁰ “O ideal republicano impõe a separação entre os interesses privados dos agentes públicos e o interesse público que lhes cabe defender ou promover e, como consequência, possibilita o controle dessa atuação.” - BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, v. 97, n. 356, pp. 3-20, jul./ago., 2001, p. 13.

⁴²¹ “Por outro lado, a tessitura informativa do processo de formação das leis garante não só ampla discussão dos projetos, com sua consequente publicidade, como possibilidade de colaboração, crítica, advertência e organização de movimentos de esclarecimento ou mesmo pressão sobre os legisladores [...]. Isso se deve passar de tal maneira que **jamais possam sobrevir surpresas**, desigualdades e menos ainda arbitrariedades, contidas no bojo das leis.” (grifo meu) - ATALIBA, Geraldo. *Instituições de direito público e república*. Tese de concurso. São Paulo, 1984, pp. 8-9, CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio Republicano. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

4.3.2 Princípio democrático

Assim como o princípio republicano, o princípio democrático é um dos princípios fundamentais de nosso regime e de nossa Constituição, sendo enunciado já no art. 1º de nossa Lei Maior:

O regime brasileiro da Constituição de 1988 funda-se no *princípio democrático*. O preâmbulo e o art. 1º o enunciam de maneira insofismável. Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se assim de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art. 1º).⁴²²

Dentre as muitas concepções de democracia, José Afonso da Silva apresenta a conhecida formulação de Lincoln, para retirar dela suas consequências:

[P]odemos aceitar a concepção de Lincoln de que a democracia, como regime político, é **governo do povo, pelo povo e para o povo**. Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.

[...]

Governo *do povo* significa que este é fonte e titular do poder (*todo poder emana do povo*), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo *pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no *consentimento popular*; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da *representação política* (*o poder é exercido em nome do povo*). Governo *para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.⁴²³ (grifo meu)

Partindo dessa concepção, José Afonso da Silva entende que a democracia repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários: o princípio da soberania popular, vez que todo o poder emana do povo, ou seja, o povo é a única fonte de poder; e o princípio da participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que o poder seja expressão legítima da vontade popular. Quando a participação é indireta, observa, surge um princípio derivado ou secundário,

⁴²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 129.

⁴²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 130 e 139.

o princípio da representação.⁴²⁴ Portanto, o que distingue a democracia é o vínculo que ela estabelece entre povo e poder:

O que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser real, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador.

Vale dizer, portanto, que o conceito de democracia fundamenta-se na existência de um vínculo entre povo e poder.⁴²⁵

Em que pese esse vínculo, que é ponto de partida, a democracia não é um fim em si mesma, mas um meio. O melhor meio que a humanidade conseguiu desenvolver para produzir decisões justas que possam garantir a melhor vida possível para os povos. Portanto, ela se dirige à consecução de resultados concretos:

Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los, com o que estará concretizando a justiça social.⁴²⁶

Para alcançar tais fins, o constituinte adotou um regime que combina representação – o exercício do poder do povo por meio dos representantes que elege – com participação, isto é, com a atuação direta do povo na tomada de decisões, seja por intermédio de institutos como a iniciativa popular (art. 14, III CF), o plebiscito (art. 14, I CF) e o referendo (art. 14, II CF), seja por meio da participação em conselhos e colegiados (arts. 10; 37, par. 3º; 194, VII; 198, III; 206, VI CF), por exemplo.

É no regime de democracia representativa que se desenvolvem a *cidadania* e as questões da *representatividade*, que tende a fortalecer-se no regime de democracia participativa. A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* (democracia representativa), *ou diretamente* (democracia participativa). Consagram-se, nesse dispositivo, os princípios fundamentais da ordem democrática adotada.⁴²⁷ (grifo do autor)

⁴²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 135.

⁴²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 137.

⁴²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 136.

⁴²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

A participação do povo no processo democrático não deve ser reduzida apenas aos instrumentos de democracia direta ou à participação em órgãos colegiados ou conselhos, embora não se deva menosprezar tais alternativas. Ela deve ser entendida também como participação na formação política da opinião nos círculos informais da sociedade, como vimos no capítulo I, com base na contribuição de Habermas. É a partir do diálogo entre a formação da vontade das corporações parlamentares e a formação discursiva da opinião nos espaços públicos informais que se pode construir um direito legítimo. Aliás, além de um direito legítimo, como mostrou Santiago Nino, a discussão coletiva e a decisão majoritária têm melhor capacidade epistêmica para gerar soluções moralmente corretas. Como também vimos acima, isso significa compreender a democracia como um processo deliberativo.

É exatamente essa dimensão deliberativa que se espera do processo legislativo. Não apenas entre os próprios parlamentares – embora seja indispensável que ocorra entre eles, o que nem sempre se verifica adequadamente – mas também entre esses e o povo que os escolheu. Não faltam mecanismos para tanto, sobretudo com todas as facilidades tecnológicas com que conta hoje a comunicação. Essa, sem dúvida alguma, é uma das consequências do princípio democrático no processo legislativo. É o que mostra, com toda a clareza, Cláudio Pereira de Souza Neto:

A principal dimensão constitucional inerente ao processo legislativo é o princípio democrático (art. 1º da Constituição Federal). **O procedimento legislativo que violar o princípio democrático padecerá de grave vício de inconstitucionalidade, que macula também as leis que forem produzidas.** A democracia deve envolver, além da decisão majoritária, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas e o respeito aos direitos fundamentais. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima as decisões legislativas. O procedimento legislativo desprovido de discussão pública, que se restrinja à mera contagem de votos, não pode ser considerado efetivamente democrático. Se não há discussão sobre o projeto de lei, não há processo legislativo democrático.

Não por outra razão, em diversos preceitos constitucionais concernentes ao processo legislativo, a Constituição menciona não só a “votação”, mas também a “discussão” dos projetos de lei. É o que se verifica nos artigos 58, § 2º, I, 60, § 2º, 64 e 65 da Constituição Federal. A discussão, como a votação, é elemento indispensável ao processo legislativo. Sem um mínimo de discussão sobre o projeto de lei, há violação tanto do princípio democrático quanto desses preceitos constitucionais específicos.

[...]

O texto constitucional não possui palavras irrelevantes. Quando a Constituição determina que os projetos de lei sejam objeto não só de “votação”, mas também de “discussão”, está instituindo um modelo não só majoritário, mas também deliberativo de democracia representativa.⁴²⁸

⁴²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SENA, Beatriz Veríssimo de; AGUIAR, Guilherme Chamum. [*Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.683*]. Brasília: [s.n.], 2017.

Aproveitando o exemplo da ADI supracitada, uma votação que tenha sido conduzida atropelando-se o processo de deliberação, pulando etapas, cerceando a apresentação de razões e o seu debate, não pode ser tolerada pelo Supremo Tribunal Federal. Em um caso como esse, por se ter violado o princípio democrático, faltará legitimidade constitucional procedimental à decisão daí nascida. Por essa razão, ainda que seja pelo descumprimento de uma regra regimental, caso tal regra materialize o princípio democrático, assegurando, por exemplo, a deliberação, deve o Supremo Tribunal Federal intervir no processo legislativo para garantir o respeito ao princípio democrático e, portanto, à própria Constituição, pelo Parlamento.

4.3.3 Estado de Direito

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a locução “Estado de Direito” surgiu na Alemanha (*Rechtsstaat*), aparecendo pela primeira vez em um livro de Welcker, em 1813, como um dos três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtstaat*. Foi lá também que se desenvolveu, tanto em termos filosóficos quanto teóricos, a doutrina do Estado de Direito.⁴²⁹ Ele é uma conquista das revoluções burguesas do século XVIII:

A submissão do Estado ao Direito é resultado das revoluções burguesas do século XVIII, surgidas em oposição ao absolutismo, para colocar os governantes sob a vontade da lei (princípio da legalidade), sendo esta produto da vontade geral do povo ou da nação, mas com o objetivo de manter o poder público na passividade, respeitando as liberdades fundamentais do indivíduo (as chamadas liberdades públicas ou liberdades negativas).⁴³⁰

O conceito de lei nesse tipo de Estado tem na igualdade um princípio informador, limitando o Poder Legislativo, uma vez que “suas formulações legais devem ser iguais para todos, **proibindo o arbítrio**, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desigualam”⁴³¹ (grifo meu).

Tratando dos elementos formais do Estado de Direito, Ana Paula de Barcellos ensina:

⁴²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª Ed. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

⁴³⁰ SILVA, Enio Moraes. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 167, Brasília: 2005, p. 218.

⁴³¹ SILVA, Enio Moraes. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 167, Brasília: 2005, pp. 219-220.

Mas quais seriam esses elementos formais do Estado de Direito? As listas apresentadas pelos autores oscilam um pouco, mas há certo consenso em torno de alguns elementos: (i) as pessoas como um todo e também o poder público devem se submeter à lei e obedecê-la; (ii) a lei deve ser efetivamente capaz de guiar a conduta das pessoas; (iii) como decorrência de (ii), a lei deve ser prospectiva, razoavelmente estável, geral, clara e compreensível; (iv) um Judiciário independente, e ao qual o acesso deve ser facilitado, deve assegurar o cumprimento da lei.⁴³²

Diante de tais elementos, qual seria o impacto do Estado de Direito no processo legislativo? Qual a sua importância para esse processo? A resposta para essa questão se dá sob dois aspectos: o impacto sobre que tipo de lei deve ser produzida – quais as características que ela deve carregar – e o impacto sobre a forma de produzir tal lei. Na verdade, os dois aspectos estão relacionados, como mostra Barcellos:

[O]s atos do Poder Público não se limitam ao produto final expedido, mas incluem também a sua fase de elaboração. Assim, em um nível menos rigoroso e procedimental, as exigências do Estado de Direito – de clareza e compreensibilidade da norma – e da proporcionalidade devem igualmente ter repercussão, ainda que em um nível mínimo, também na fase de elaboração das normas. É neste ponto, como se vê, que o devido procedimento na elaboração normativa se fundamenta nas cláusulas do Estado de Direito e do devido processo legal.⁴³³ (grifo meu)

Portanto, para que uma norma seja clara e compreensível, para que seja proporcional e adequada aos fins que pretende se prestar, o processo legislativo importa. Essa é uma das consequências do Estado de Direito no processo legislativo. Mas há outra também: a necessária submissão dos parlamentares às regras do próprio processo legislativo:

Trata-se de incluir o processo de elaboração normativa na categoria de atos do Poder Público de forma mais ampla que recebem igualmente a incidência dessas cláusulas constitucionais. **Assim como o Estado-Juiz e o Estado-Administrador, também o Estado-Elaborador de Normas está submetido ao Estado de Direito e ao devido processo legal.**

É certo que essas incidências serão diferentes, em intensidade e conteúdo, mas ainda assim deverão existir. Nesse contexto, **do mesmo modo como os processos judicial e administrativo estão submetidos a normas procedimentais, e também suas decisões finais estarão submetidas a determinadas exigências de forma e conteúdo, assim também o processo de elaboração de normas deve submeter-se a algum tipo de norma procedimental**, do mesmo modo que as normas – produto final desse processo – estarão submetidas aos parâmetros constitucionais próprios que limitam seu conteúdo.⁴³⁴ (grifos meus)

⁴³² BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 112.

⁴³³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 117.

⁴³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 118-119.

Assim, o Estado de Direito aplicado no processo legislativo implica que os procedimentos parlamentares sejam pautados pelas regras que, antecipadamente, os previram. Trata-se da aplicação do antigo ideal de subordinação do poder político a regras gerais, abstratas e não retroativas, que serve para evitar “a arbitrariedade e o abuso de poder por meio da institucionalização de um ‘governo das leis, não dos homens’”⁴³⁵. Dessa forma, não cabe, por exemplo, um procedimento adotado *ad hoc* por um presidente de uma das casas legislativas ou de uma comissão parlamentar que simplesmente ignore o que estatui o regimento interno da mesma casa sobre situações como a em questão.

Para exemplificar, imagine-se que determinado presidente decida desrespeitar determinado prazo para apresentação de emendas a uma certa proposição, porque considera que não faz sentido esperar mais para votar a matéria. Fundamenta sua decisão no fato de ser presidente e, portanto, poder colocar a matéria em votação quando bem entender porque tem poder para tanto. Ou, em outra hipótese, limitar o número de inscritos para debater a matéria, contra o que dispõe o regimento. Ou mesmo reduzir o tempo de cada orador, por considerar que mesmo um intervalo de tempo menor é suficiente para que cada um exponha suas razões acerca da matéria. Nesses três exemplos, como se percebe, haveria prejuízo ao processo de formação da vontade parlamentar, visto que medidas que cooperam para isso teriam sido cerceadas: a apresentação de emendas ou a discussão do tema em questão. Em todas estas hipóteses, outros princípios estariam sendo violados, além do Estado de Direito, o que reforçaria a necessidade de controle jurisdicional. Mesmo que assim não fosse, deveria o Supremo Tribunal Federal intervir no processo legislativo, em casos como os acima citados, para garantir a legitimidade constitucional procedimental por meio do respeito ao princípio do Estado de Direito. Impedisse, assim, o arbítrio justamente por parte de quem deveria dar o exemplo de submissão às regras previamente estabelecidas.

4.4 A que servirá o controle da legitimidade constitucional procedimental?

Tendo visto por que (item 4.2) e como (item 4.3) a jurisdição constitucional pode e deve controlar o processo legislativo, é o momento de analisar-se para que fazê-lo. Em outras

⁴³⁵ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 62.

palavras, quais são os possíveis benefícios do controle, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade constitucional procedimental do que produz o Parlamento brasileiro?

Em primeiro lugar, tal controle contribuirá decisivamente para assegurar a legitimidade das decisões tomadas pelo Parlamento – um benefício de grande relevância numa democracia. É o que aponta Habermas, por exemplo, em vários trechos citados acima.⁴³⁶ É o que aponta também Sousa Filho:

A exigência de revitalização e consolidação do controle jurisdicional sobre o processo legislativo se baseia na premissa de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas – inclusive da política criminal –, o **potencial legitimador** da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados.⁴³⁷ (grifo meu)

O controle judicial da legitimidade constitucional do procedimento legislativo constitui importante garantia do regime democrático. [...] Sobretudo no tocante à observância das normas procedimentais, a atuação judiciária se legitima plenamente. Ao garanti-las, o Judiciário contribuirá para a **legitimação da decisão final**, ainda que, sob o prisma material, esta possa se apoiar, parcialmente, em critérios políticos.⁴³⁸ (grifo meu)

Na decisão em que declarou a inconstitucionalidade da lei contra a infidelidade partidária (*ley antitransfuguismo*), em 2017, o Tribunal Constitucional do Peru foi nessa mesma direção:

Um dos espaços idôneos e predominantes para materializar dito processo de deliberação é o Congresso. Com efeito, este é um autêntico órgão deliberativo. O espaço onde se resolvem as tensões e desacordos que surgem da própria realidade plural que determina as relações jurídicas e políticas. Não obstante, o processo deliberativo não deve ser confundido com as atividades que pretendem dar aparência de deliberação. Assim, aqueles processos nos quais somente se enfatize o processo de contabilizar votos deve ser, em todo caso, o resultado de deliberações, em que as razões substanciais precedam a contagem de votos, de maneira que esse elemento não seja o determinante, senão as razões que se encontram por trás dos mesmos. **Esse tipo de deliberação, e não os votos em si, são os que brindam com legitimidade uma decisão e a entidade que a emite.**⁴³⁹ (grifo meu)

⁴³⁶ “Somente *condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade* do direito” e “[n]esta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob as condições da *política deliberativa, que fundam legitimidade*” (grifo meu) – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 326 e 340.

⁴³⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 409.

⁴³⁸ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 410.

⁴³⁹ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. STC 0006-2017. Lima, 29 de agosto de 2017. Apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 422, nota de rodapé n. 1483.

Portanto, em termos de legitimidade, as leis aprovadas pelo Parlamento e o próprio Parlamento só têm a ganhar com a garantia da legitimidade constitucional procedimental de suas decisões. Com isso, quem se beneficia é a democracia brasileira, que se fortalecerá com um direito legitimamente criado.

Mas não apenas do ponto de vista da legitimidade o direito criado será melhor: do ponto de vista de sua qualidade também o será. Isso porque um bom processo de criação do direito diminui o risco de erro. Como disse Barcellos acima, boa parte dos problemas de uma norma têm origem no processo de sua criação.⁴⁴⁰ Quando a participação das minorias parlamentares é garantida, as contrarrazões que apresentam contribuem para aprimorar a qualidade da decisão. Além disso, assegurar os direitos dessas minorias no processo legislativo, garantir um processo justo, é um valor em si. Portanto, além de ser justo controlar o processo legislativo para proteger os direitos das minorias, fazê-lo contribui também para que melhores decisões sejam tomadas pelo Parlamento, beneficiando a toda a sociedade.

Um argumento que poderia ser levantado contra o controle jurisdicional da legitimidade constitucional procedimental diz respeito ao aumento da judicialização da política e a consequente sobrecarga que isso imporia ao Supremo Tribunal Federal. Vimos, no capítulo anterior, Barcellos ponderar que, ainda que exista esse risco, pode-se ganhar em termos de maior balizamento e profundidade no controle material feito pelo Judiciário, levando, senão a uma maior deferência, ao menos a decisões judiciais mais consistentes e fundamentadas.⁴⁴¹ Sousa Filho também acredita que pode-se ter como consequência positiva o incremento na qualidade do controle material.⁴⁴² Apesar de julgar plenamente compreensível a preocupação, acredito que, ao fim e ao cabo, o exercício do controle da legitimidade constitucional procedimental pelo Supremo Tribunal Federal pode contribuir para desafogar sua pauta e trazer maior segurança jurídica ao país. Explica-se. Acredito quanto melhor for o controle do procedimento, menor precisará ser o controle do resultado, isto é, o controle substantivo. Trata-se, a meu ver, de um sistema. Um dos parâmetros propostos por Sarmiento e Souza Neto, por exemplo, parece confirmar essa ideia: os autores defendem que quanto mais democrática tiver

⁴⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 117.

⁴⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 239-240.

⁴⁴² “Além disso, tais exigências no controle formal de constitucionalidade apresentam enorme potencial de elevar a qualidade do próprio controle material. Basta notar que a identificação precisa do bem jurídico e dos objetivos imediatos perseguidos pela lei tem aptidão para melhorar a verificação da *adequação* e da *necessidade* da medida legislativa.” - SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 426-427.

sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade.⁴⁴³ Ora, se tal parâmetro for acolhido, ele confirma que uma maior garantia da qualidade do processo de elaboração da norma tende a reduzir a necessidade do controle de seu conteúdo.

Essa constatação responde, também, à justa preocupação de que o controle do processo legislativo pelo Judiciário pudesse, de alguma forma, diminuir o Parlamento perante o Supremo Tribunal Federal, afetando o equilíbrio entre os poderes. Ora, se, como se viu, a tendência é que um maior controle formal redunde em um menor controle substantivo, o que se dará é o oposto: a tendência é que menos leis sejam julgadas inconstitucionais por seu conteúdo. Em vez de apequenar o Parlamento, a confirmação da constitucionalidade de mais decisões suas tende a torná-lo mais crível, mais confiável perante a opinião pública. Trata-se de uma interferência menos gravosa corrigir o processo de tomada de uma decisão do que declarar que a decisão, em si, foi errada. Portanto, a mudança que aqui se defende na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não representa uma ameaça ao Poder Legislativo:

Aproximando-se do desenvolvimento jurisprudencial verificado em países como Espanha, Israel e Colômbia, acredita-se que o Brasil deve garantir a democratização do seu processo legislativo, alinhando-se a uma concepção contemporânea de participação democrática, orientada pela deliberação política e pela garantia do pluralismo político. A experiência colombiana demonstra que a democratização do processo legislativo por meio do controle jurisdicional formal da constitucionalidade das leis é perfeitamente realizável no Brasil, **sem qualquer risco relevante à preservação da autonomia do Poder Legislativo**. A expansão do controle de constitucionalidade sobre as questões procedimentais da atuação legislativa é etapa natural do desenvolvimento de uma jurisdição constitucional comprometida com o adequado funcionamento do sistema democrático. Ganha importância, nesse contexto, a necessidade da superação do dogma da insindicabilidade das violações regimentais no processo legislativo, permitindo a tutela jurisdicional do devido procedimento de elaboração normativa, especialmente nos casos em que as normas regimentais consubstanciam densificação do princípio democrático.⁴⁴⁴ (grifo meu)

⁴⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Souza e SARMENTO, Daniel. “Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo” in: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 102.

⁴⁴⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 419.

4.5 A necessária mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em defesa do controle jurisdicional da legitimidade constitucional procedimental

Por todo o exposto, viu-se que o controle jurisdicional da legitimidade constitucional procedimental trará importantes benefícios à nossa democracia e ao próprio Parlamento. Como defendem Fux e Frazão,

[S]empre que verificar a existência de transgressões às normas procedimentais atinentes ao processo legislativo majoritário, impõe-se uma atuação mais incisiva e aguerrida da Suprema Corte, sob pena de amesquinhar o próprio regime democrático. Todo parlamentar tem o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo em que sejam observadas as regras constitucionais e regimentais, de maneira que o produto das deliberações políticas somente se revela legítimo quando em estrita consonância com as regras jurídicas que o conformam. Em suma: o fato de a matéria cuidar de interesse das maiorias parlamentares não legitima qualquer tipo de ruptura ou transgressão com as normas previamente estabelecidas pelo próprio corpo legislativo.⁴⁴⁵ (grifo meu)

O controle jurisdicional de violações regimentais pelo Parlamento já é feito pelo Supremo Tribunal Federal, não no processo legislativo propriamente dito, mas em processos de *impeachment* e em procedimentos de comissões parlamentares de inquérito. Precisa ser estendido, portanto, ao processo legislativo, como aponta Sousa Filho:

Além disso, defende-se a necessidade de superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual somente são passíveis de exame as violações às normas regimentais que reproduzam dispositivos constitucionais, pelas seguintes razões. *Primeiro*, a recusa do STF em conhecer alegações de violação aos regimentos internos está limitada, atualmente, ao tema do devido processo legislativo, na medida em que a jurisprudência tem exigido expressamente a observância do respectivo regimento em processos de *impeachment* e em procedimentos de comissões parlamentares de inquérito. *Segundo*, essa orientação jurisprudencial faz com que se deixe de examinar alegações de descumprimento de normas regimentais dotadas de relevância constitucional, como a que estabelece o quórum mínimo para abertura de sessão legislativa, a que determina a deliberação do projeto de lei por mais de uma comissão temática e a que fixa intervalo entre os turnos para votação de proposta de emenda constitucional. *Terceiro*, o desrespeito às normas regimentais implica, em muitos casos, violação à própria Constituição, pois, ao se recusar a tutelar as normas regimentais, o Supremo Tribunal Federal, em última análise, se nega a proteger a própria Constituição.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, pp. 58-59.

⁴⁴⁶ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 417-418.

Já é hora de o Supremo Tribunal Federal revisitar sua jurisprudência sobre o controle jurisdicional do processo legislativo em casos em que não há um dispositivo expresso da Constituição que tenha sido violado, mas sim um dispositivo regimental que densifique ou materialize um princípio constitucional. É natural imaginar que tal mudança jurisprudencial tenda a aumentar a fricção entre Legislativo e Judiciário, elevando a tensão política. Isso pode levar a reações do Parlamento e, em seguida, a movimentos de maior autocontenção do Supremo Tribunal Federal. Mas os casos em que o Supremo Tribunal Federal interveio para controlar o processo legislativo provaram-se acertados e modificaram o comportamento do Poder Legislativo. Ao fim e ao cabo, o Parlamento acabou se adaptando e cumprindo as regras, como é seu dever. Foi assim no episódio das comissões mistas para analisar medidas provisórias, como o foi na exigência de se apreciar os vetos pela ordem cronológica. É preciso ter coragem de avançar nessa direção, ainda que eventuais reações provoquem, aqui e ali, reduções de velocidade na mudança. O que não se pode é parar ou mudar o rumo.

Essa evolução da jurisprudência da Suprema Corte terá impactos muito positivos em nossa democracia, e transformará para melhor o funcionamento do Parlamento, já que criará um incentivo para que o Poder Legislativo leve mais a sério suas normas regimentais, em especial aquelas que traduzem princípios constitucionais. Ademais, tal mudança pode reduzir significativamente a necessidade do controle substantivo de constitucionalidade das leis feito pelo Supremo Tribunal Federal. Em suma, por todas essas razões, acredito que nossa Suprema Corte pode e deve dar a sua contribuição para que os atos do Poder Legislativo sejam dotados de legitimidade constitucional procedimental, adotando o parâmetro aqui proposto no exercício o controle jurisdicional do processo legislativo. É preciso dar esse passo, para o bem de nossa democracia e de nosso povo.

CONCLUSÃO

Depois desse longo percurso, acredito ser válido destacar, resumidamente, alguns dos pontos vistos:

1. Apesar do seu baixo grau de prestígio no Brasil, o Parlamento tem uma dignidade intrínseca devido à sua representatividade – é o mais representativo dos poderes – e à relevância de sua obra, a legislação. Aquilo que poderia parecer um problema, como um considerável número de membros, deve ser visto como um aspecto positivo: muitas e diferentes vozes têm maior probabilidade de alcançar um melhor resultado para toda a sociedade do que poucas, como mostra Jeremy Waldron. Isso se atinge por meio de um processo que deve favorecer as condições de debate, com apresentação de razões e contrarrazões.
2. Apesar dessa dignidade, nem todas as decisões do Parlamento são legítimas. Seja porque seus resultados são incompatíveis com nossa Lei Maior, a Constituição, seja porque os procedimentos que levaram a elas não foram hígidos – o que pode ser verificado pelo cotejamento de tais procedimentos com as regras e princípios que disciplinam e orientam o processo legislativo, eventualmente uma parte dessas decisões pode ser inválida. Quem pode reconhecer e declarar tal fato é o Poder Judiciário, por intermédio do controle jurisdicional de constitucionalidade.
3. Essa intervenção do Poder Judiciário nas decisões e nos processos internos de outro Poder suscita um questionamento sobre sua legitimidade: podem juízes não eleitos reformar decisões de representantes eleitos pelo povo, de quem recebem sua autoridade? Nisso consiste a chamada *dificuldade contramajoritária*. Contando com a contribuição da corrente teórica denominada *procedimentalismo*, da qual são expoentes autores como John Hart Ely, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino, respondemos positivamente a essa pergunta no que toca ao controle dos procedimentos legislativos.
4. O Judiciário deve funcionar como um árbitro do processo democrático, uma espécie de guardião da deliberação, de forma que as regras do jogo sejam observadas, bem como as precondições que lhe permitem produzir os melhores resultados, incluída aí a garantia dos direitos fundamentais. Essa, sem dúvida, é uma das funções das cortes constitucionais.
5. No entanto, tem passado despercebida pela doutrina a necessidade de que essa atuação das cortes constitucionais se verifique também **dentro** das casas legislativas. Há, aqui, uma lacuna, que precisa ser preenchida. Esta tese procurou contribuir para enfrentar esse desafio.

6. A análise da casuística jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal comprovou a existência de um consolidado entendimento majoritário de que a Corte somente deve controlar o processo legislativo propriamente dito quando, em seu curso, um dispositivo constitucional expreso tiver sido violado ou estiverem ameaçados direitos e garantias individuais. Quando a violação se restringir a uma regra regimental, não se justifica a intervenção, já que se resumiria a uma questão *interna corporis*, imune à crítica judiciária, tudo segundo essa assentada jurisprudência, da qual se discorda. Como se demonstrou, entende-se que, quando a regra violada materializar um princípio constitucional, faz-se indispensável a intervenção judicial. Isso se justifica por qualquer um dos reconhecidos papéis de uma Corte Constitucional: seja o de guardião da Constituição, seja o de promotor e protetor dos direitos fundamentais, seja o de garantidor das regras do jogo democrático.

7. O excesso de timidez e autocontenção do Supremo Tribunal Federal frente a violações procedimentais por parte do Legislativo tem funcionado como incentivo às más práticas parlamentares. Além disso, como boa parte das normas de processo legislativo encontram-se nos regimentos das casas legislativas, essa postura tem contribuído muitas vezes para que os direitos das minorias parlamentares sejam desrespeitados, impunemente.

8. Por outro lado, as decisões da Corte que interferiram no processo legislativo para proteger preceitos constitucionais, por mais reações que tenham, à primeira vista, causado no Parlamento, mudaram perenemente e para melhor o procedimento legislativo, levando-o a alcançar melhores resultados. O papel de árbitro externo, quando bem desempenhado, contribui decisivamente para o aperfeiçoamento do funcionamento do Congresso Nacional.

9. O entendimento de que violações a regras regimentais são questões *interna corporis* e, portanto, insuscetíveis de controle judicial, fundamenta-se em uma compreensão limitada do princípio da separação de poderes, por vezes reduzido à uma versão doutrinária do mesmo conceito. A conformação que nossa Constituição dá a tal princípio, a partir da qual se deve aplicá-lo, inclui, como aspecto central, o uso de mecanismos de freios e contrapesos mediante o qual um órgão pode interferir em decisões do outro, para que, quando necessário, o poder freie o poder.

10. Um procedimento legislativo hígido produz melhores resultados, tanto do ponto de vista dos efeitos que a decisão política pode gerar, já que a deliberação democrática tem uma valiosa capacidade epistêmica, quanto do ponto de vista da legitimidade e, portanto, da adesão dos representados à mesma. Cuidar para que essa seja a regra do processo legislativo no Brasil significa adubar e regar a árvore da nossa democracia.

11. Ao contrário do que pode parecer, o aperfeiçoamento do controle jurisdicional do processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal não causará necessariamente uma sobrecarga na pauta do Tribunal, já assoberbada. Tal mudança pode trazer uma redução no controle substantivo de constitucionalidade. Trata-se de um sistema: quanto mais controle do procedimento, menos controle do resultado.

12. Para responder à preocupação com a deferência que o Poder Judiciário deve demonstrar pela escolha dos eleitos, cuja autoridade deflui diretamente do voto popular, cumpre lembrar que uma intervenção para corrigir procedimentos é menos gravosa e constrangedora do que uma decisão que reforma os resultados a que tais procedimentos levaram, as decisões tomadas pelo Poder Legislativo.

13. Para se evitar que o Supremo Tribunal Federal se transforme em um “tribunal de pequenas causas da política”, cumpre diferenciar irregularidades relevantes de irregularidades irrelevantes no processo legislativo. Um critério para isso é a Suprema Corte controlar apenas as violações de regras regimentais que materializem princípios constitucionais, seguindo o inspirador exemplo da jurisprudência constitucional colombiana, quando isso atingir o núcleo de sentido daqueles.

14. Não apenas na Colômbia, mas também em diversos outros países as cortes constitucionais têm avançado na direção de um controle mais rigoroso dos procedimentos legislativos para assegurar o respeito a princípios constitucionais, a qualidade democrática da deliberação e a observância dos direitos das minorias parlamentares. É o caso de Israel, Espanha, África do Sul, Peru e Argentina, por exemplo.

15. O Supremo Tribunal Federal deveria, portanto, intervir no processo legislativo sempre que fosse necessário para garantir a legitimidade constitucional procedimental, isto é, para assegurar que nos procedimentos legislativos a Constituição não está sendo aviltada. Isso ocorre seja pela afronta um dispositivo constitucional expresso, seja pela violação de alguma regra regimental que materialize um princípio constitucional como, por exemplo, o princípio republicano, o princípio democrático e o Estado de Direito. Para tanto, a Suprema Corte terá que empreender, necessariamente, uma interpretação das regras regimentais que busque os princípios constitucionais que elas materializam.

16. Pela relevância que tem o processo de criação de leis, pelo qual se toma a decisão política mais importante em uma democracia, é fundamental que tal processo se dê segundo a inspiração e dentro dos marcos dos princípios constitucionais. Como se viu, assegurar um processo justo é correto em si mesmo, além de produzir deliberações mais equilibradas e melhores resultados.

17. Um controle mais rigoroso do processo pode levar a uma menor necessidade de controle dos resultados, como se disse acima. Quando for o caso, esse controle tende a ser de melhor qualidade e mais deferente às decisões do legislador, o que contribui para reforçar a credibilidade do Poder Legislativo perante o povo.

18. O Supremo Tribunal Federal já controla violações regimentais pelo Parlamento, como por exemplo no que diz respeito a processos de *impeachment* e comissões parlamentares, mas ainda não no que diz respeito ao processo legislativo propriamente dito. Reivindica-se, nesse sentido, a mudança do entendimento de nossa Suprema Corte para que passe a controlar igualmente, o quanto antes, violações regimentais no processo legislativo, nos termos acima expostos. Nossa democracia e, portanto, nosso país só tem a ganhar.

Uma das respostas que encontrei para a pergunta sobre o que poderia fazer para melhorar o meio em que estou, algo que estivesse a meu alcance fazer, foi estudar esse tema e redigir esta tese. Entendi que era uma forma de contribuir para fazer o Parlamento se aproximar daquilo que deve ser: uma Casa em que os temas são debatidos em profundidade, com a apresentação de razões e contrarrazões, com maiorias não congeladas nem minorias isoladas, aberta à participação do povo, em busca das melhores decisões tendo em vista o bem comum. Diante dos desafios de toda ordem que o Brasil enfrenta nos dias atuais, pode parecer pouco, mas seria um grande avanço diante da realidade que temos, em que as regras de funcionamento do Congresso são muitas vezes violadas, impedindo o debate, derrotando os melhores argumentos, sacrificando o interesse público. Por outro lado, pode parecer uma tarefa impossível, mas não é. Ao menos, não é impossível nos aproximarmos desse ideal, ainda que alcançá-lo plenamente seja uma utopia. Para ser bem-sucedida, a empreitada dessa mudança precisa ser coletiva. Não apenas em termos de indivíduos, mas também de órgãos e instituições: ela não é tarefa apenas do Legislativo ou de seus membros, embora dependa deles muito mais do que de todos os demais, ela é também do Supremo Tribunal Federal e de todos os que lutam por justiça. Não há dúvida de que, se o Poder Legislativo funcionar melhor, teremos mais êxito na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, um objetivo fundamental de nossa República estabelecido pelo art. 3º de nossa Constituição, algo pelo que vale a pena lutar.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, pp. 633-725, 2000.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Instituições de direito público e república*. Tese de concurso. São Paulo, 1984, Apud CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio Republicano. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010 Apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, v. 97, n. 356, pp. 3-20, jul./ago., 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. OSÓRIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: a República que ainda não foi. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 08 jan. 2018. Retrospectiva de Direito Constitucional de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, United kingdom: Cambridge University Press, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 7ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.635-1/DF, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 05 de março 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/AM, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de junho de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF, Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, Pleno. Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25.144/DF, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de fevereiro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25.588/DF, Pleno. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, 08 de maio de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.099/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 36.602/DF, Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 17 de dezembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC/DF, Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 de março de 2016.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988.

_____. Congresso Nacional. Resolução nº 01, de 02 de maio de 2002. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatuizada-pl.html>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257-2/DF, Pleno. Rel. Min. Décio Miranda, Red. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, 27 de fevereiro de 1981.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.471/DF, Pleno. Rel. Min. Francisco Rezek. Brasília, 22 de fevereiro de 1985.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.247/DF, Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de novembro de 1980.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.509/DF, Pleno. Rel. Min. Octavio Galotti. Brasília, 14 de novembro de 1985.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.374-4/DF, Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 02 de outubro de 1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.754-5/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de fevereiro 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.494-1/DF, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 27 de junho de 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, 06 de junho de 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.356-2/DF, Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 12 de setembro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de agosto de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.441/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de dezembro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.444/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 28 de junho 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.697/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.327/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 01/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.562/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 09 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.634/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 04 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.059/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 15 de abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498/DF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 23.047-3/DF, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de novembro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.033/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 29 de abril de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.262/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de setembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.630/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 19 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.729/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.127/DF, Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.507/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1983.

CARITAT, Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat (Marquis de Condorcet). *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des decision rendues à la pluralité des voix*. Paris: L'Imprimerie Royale, 1785.

CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio Republicano. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Tomo II. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NO CONGRESSO, só 17,8% dos parlamentares são negros. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 nov. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/no-congresso-so-178-dos-parlamentares-sao-negros-24091102>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

COTTA, Maurizio. Parlamento. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política: Vol. I*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTC)*. São Leopoldo: Ed Unisinos, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constiução na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª Ed. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (coord). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. _____, vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. *Índice de Confiança Social*. [S.l.: s.n]. 07 ago. 2019

- INSTITUTO DATAFOLHA. *Grau de confiança nas instituições*. [S.l.: s.n.]. 15 abr. 2019. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/04/15/e4dfasfas453434vfa423vavsxfd429b35922gci.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2021
- JEFFERSON, Thomas. Jefferson's Opinion on the Constitutionality of the Residence Bill, 15 July 1790. In: *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 17, 6 July–3 November 1790, Ed. Julian P. Boyd. Princeton: Princeton University Press, 1965, pp. 194–199. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-17-02-0018-0007>>. Acesso em: 29 jun. 2020.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti et al. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, 2005, p. 189-200.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago-dez, 2013 Apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MADISON, James. *The Federalist Papers No. 58: Objection That The Number of Members Will Not Be Augmented as the Progress of Population Demands Considered*. 1788.
- _____; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Tradução: de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, artigo XLVII.
- MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política: Vol. I*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MILL, John Stuart. *Considerations on Representative Government*. Edição Kindle. New York: Harper & Brothers, 1862.
- MULHERES ocupam 25% das vagas em parlamentos no mundo, aponta estudo. *G1*, [S.l.], 06 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/06/mulheres-ocupam-25-das-vagas-em-parlamentos-no-mundo-aponta-estudo.ghtml>>. Acesso em: 01 mai. 2021.
- NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem?*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

_____. *Sistemas Eleitorais*. São Paulo: FGV Editora, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Tradução: de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

OLIVETTI, Nino. Processo Legislativo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política: Vol. I*. Tradução: Carmen C, Varriale et al. 11a Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

PERU. Tribunal Constitucional do Peru. STC 0006-2017. Lima, 29 de agosto de 2017. Apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Prograsistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REINO UNIDO. *Erskine May: Parliamentary Practice*. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://erskinemay.parliament.uk/section/6005/the-speaker-as-presiding-officer-of-the-house-of-commons/>> Acessado em: 23 de abr. 2021

ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SARAIVA, Renata et al. *Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal: homenagem de seus assessores*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: _____ (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; _____. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____ (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, 2018, p. 296-318.

SILVA, Enio Moraes. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 167, Brasília: 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Processo constitucional de formação das leis*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

_____. *Jurisdição constitucional, racionalidade prática e democracia*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

_____; SENA, Beatriz Veríssimo de; AGUIAR, Guilherme Chamum. [*Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.683*]. Brasília: [s.n.], 2017.

TOLEDO, Roberto Pompeu de. As vênias e a toga. *Revista Veja*. [S.l.], 11 de maio de 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, pp. 1346-1406, 2006.

_____. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, pp. 373-394, 2003.