



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

João Leite Mendonça Tavares

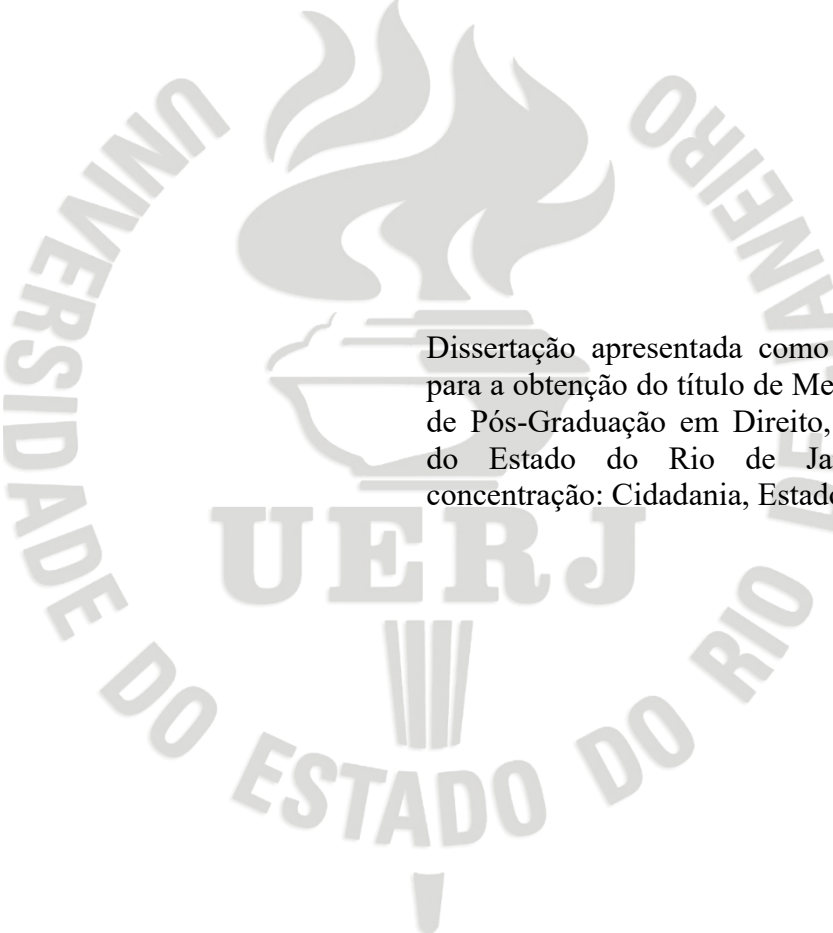
O princípio do contraditório no devido processo legislativo de criação das leis.

Rio de Janeiro

2021

João Leite Mendonça Tavares

O princípio do contraditório no devido processo legislativo de criação das leis.



Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, 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. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2021

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

T231 Tavares, João Leite Mendonça

O princípio do contraditório no devido processo legislativo de criação das leis / João Leite Mendonça Tavares. - 2021.
271f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Processo legislativo - Teses. 2. Política - Teses. 3. Democracia - Teses. I. Cabral, Antonio do Passo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.34

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

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

Assinatura

Data

João Leite Mendonça Tavares

O princípio do contraditório no devido processo legislativo de criação das leis.

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

Aprovado em 26 de maio de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. André Rodrigues Cyrino
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Dr. Hermes Zaneti Jr.
Universidade Federal do Espírito Santo

Rio de Janeiro

2021

RESUMO

TAVARES, João Leite Mendonça. *O princípio do contraditório no devido processo legislativo de criação das leis*. 2021. 271 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2021.

Nesta dissertação, investiga-se o processo legislativo de criação de leis. Procura-se desenvolver análise ampla, recorrendo-se à interdisciplinariedade entre o Direito, a Filosofia e a Ciência Política. O trabalho pretende compreender como acontecem as deliberações parlamentares, para propor um modelo processual consentâneo ao relevante papel do processo legislativo na contemporaneidade, defendendo-se que o Parlamento é destinatário do princípio do devido processo legal, e que o princípio do contraditório incide no processo de criação das leis como a principal ferramenta de ordenação racional, dialética e democrática da produção de decisões. Acredita-se que uma dose adequada de racionalidade na argumentação legislativa não debilita a democracia, mas, sim, contribui para ampliar a participação e a transparência, estimulando a produção de boas leis.

Palavras-chave: processo legislativo; política; democracia; racionalidade; participação; devido; processo legal; princípio do contraditório.

ABSTRACT

TAVARES, João Leite Mendonça. *The adversarial principle in the due legislative process of creating laws*. 2021. 271fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2021.

In this dissertation, the legislative process of creating laws is investigated. We seek to develop a broad analysis, using the interdisciplinarity between Law, Philosophy and Political Science. The work aims to understand how parliamentary deliberations take place, in order to propose a procedural model in line with the relevant role of the legislative process in contemporary times, arguing that Parliament is the addressee of the principle of due process, and that the principle of contradiction affects the process of creation of laws as the main tool for rational, dialectical and democratic ordering of decision making. It is believed that an adequate dose of rationality in legislative argumentation does not weaken democracy, but rather contributes to expanding participation and transparency, stimulating the production of good laws.

Keywords: legislative process; politics; democracy; rationality; participation; due legal process; contradictory principle.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	8
1	UM OLHAR FILOSÓFICO-METODOLÓGICO DO PROCESSO LEGISLATIVO. LEGISLAÇÃO, DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO.....	13
1.1	Das funções da legislação e de seu processo de produção no Direito contemporâneo.....	13
1.2	Transformações nas funções da lei desde a modernidade: Do Estado Liberal ao Estado Constitucional.....	21
1.3	O processo legislativo como ponte entre o sistema político e o sistema jurídico.....	31
1.3.1	<u>Política, Direito e Constituição: entre procedimentalismo democrático e substancialismo republicano.....</u>	34
1.4	Processo Legislativo e Representação Política.....	38
1.4.1	<u>Poder Legislativo e Representação Política nos contratualistas: a gênese moderna da ideia de lei como vontade geral.....</u>	42
1.4.2	<u>Siéyes e a representação do povo nos parlamentos.....</u>	50
1.4.3	<u>Os artigos federalistas estadunidenses: o parlamento como uma das instâncias de canalização dos conflitos políticos e a representação como uma estratégia de combate ao domínio das facções.....</u>	53
1.4.4	<u>Poder Legislativo e representação política nos autores utilitaristas: as decisões parlamentares percebidas como agregações majoritárias das vontades individuais.....</u>	56
1.4.5	<u>Carl Schmitt e a crise da democracia parlamentar na Alemanha do primeiro pós-guerra: contra o “hamletismo decisório” do Poder Legislativo, fator de imobilismo político.....</u>	61
1.4.6	<u>A participação política como condição essencial da liberdade e do pluralismo na obra de Hannah Arendt: da necessidade de se democratizar a representação.....</u>	65
1.5	Democracia deliberativa e processo legislativo.....	68
1.6	Repensando a representação política a partir da conjugação entre soberania popular e direitos fundamentais.....	76

1.7	O movimento de revitalização da racionalidade no processo de criação da lei: análise a partir da contribuição de Manuel Atienza à teoria da legislação.....	82
1.7.1	<u>Conclusão do capítulo.....</u>	93
2	UM OLHAR POLÍTICO-PRAGMÁTICO DO PROCESSO LEGISLATIVO. SOB QUAIS CONDIÇÕES OS PARLAMENTOS DELIBERAM?.....	95
2.1	Introdução.....	95
2.2	Teoria das Escolhas Públicas.....	96
2.2.1	<u>Ciclos de Votação e Poder de Agenda.....</u>	98
2.2.2	<u>Teorema do Voto Mediano.....</u>	100
2.2.3	<u>Teorias das Escolhas Públicas, intenção legislativa e critério da decisão majoritária.....</u>	101
2.3	Neoinstitucionalismo e três modelos teóricos de organização legislativa.....	108
2.3.1	<u>Modelo Distributivo.....</u>	111
2.3.2	<u>Modelo Partidário.....</u>	114
2.3.3	<u>Modelo Informacional.....</u>	116
2.3.3.1	Estratégias institucionais para obtenção de informação: o papel da assessoria legislativa.....	120
2.3.3.2	Informação, democracia e controle social das deliberações.....	122
2.4	Relação entre Parlamento e Poder Executivo no processo de criação das leis.....	124
2.4.1	<u>A experiência brasileira de coalisões parlamentares dirigidas pelo Poder Executivo.....</u>	129
2.4.1.1	Reações institucionais ao presidencialismo de coalisão: reformas eleitorais, restrições à distribuição de cargos e orçamento impositivo.....	138
2.4.1.2	O papel das coalizões parlamentares diante de presidentes antidemocráticos.....	143
2.5	Conclusão do capítulo.....	145

3	UM OLHAR DOGMÁTICO DO PROCESSO LEGISLATIVO. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO DE CRIAÇÃO DAS LEIS.....	148
3.1	As normas de produção jurídica e o processo legislativo.....	149
3.2	A cláusula geral de devido processo legal e suas repercussões no processo legislativo de criação das leis.....	154
3.3	Diferenças entre os processos legislativo e jurisdicional de criação de normas jurídicas, que não implicam incidência exclusiva do princípio do contraditório no processo jurisdicional.....	161
3.4	O princípio do contraditório no processo legislativo de criação de leis.....	170
3.4.1	<u>O princípio do contraditório como direito de influência e dever de debate no processo legislativo de criação de leis.....</u>	178
3.4.1.1	O ônus de apresentar justificações às proposições legislativas como concretização do direito ao devido processo de elaboração normativa e manifestação do princípio da cooperação no processo legislativo.....	181
3.4.1.2	Elaboração de pautas, apresentação de emendas parlamentares e a proibição de votação surpresa de proposição não submetida à discussão prévia.....	186
3.4.2	<u>Duas consequências da incidência do princípio do contraditório no processo legislativo.....</u>	194
3.4.2.1	Da produção de estabilidades processuais.....	194
3.4.2.2	Da viabilidade de controle jurisdicional do processo legislativo diante de violações ao princípio do contraditório na produção das leis.....	200
	CONCLUSÕES.....	217
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	220

INTRODUÇÃO

O processo de elaboração das leis, objeto da pesquisa que agora se inicia, não figura entre os temas mais visitados pelos juristas. Se, há três séculos, a ciência jurídica se preocupava mais com a criação do Direito nas assembleias parlamentares do que com a sua aplicação nos tribunais, o aprofundamento do positivismo jurídico terminou dando assas ao imaginário de um legislador racional e onisciente, deslocando as preocupações com o processo legislativo para fora dos estudos jurídicos¹.

Ao invés de ser percebida em sua real complexidade – como um conjunto de decisões políticas tomadas em colegiado amplo, resultantes de negociações e trocas argumentativas entre diferentes setores da sociedade e do governo – a legislação, a exemplo do seu processo de elaboração, foi vista com certa indiferença e simplificação pelo Direito. O Poder Legislativo, autorizado pelo voto popular a tomar decisões coletivamente vinculantes, disporia, afinal, de autonomia para definir seus procedimentos. Controvérsias associadas às rotinas de deliberação parlamentar corresponderiam a questões de índole puramente política, portanto, situadas para além da órbita de interesses do Direito².

Essa visão, entretanto, foi sendo superada à proporção em que se fortaleceu o constitucionalismo, já conceitualmente entrelaçado ao ideário da democracia. Em defesa da preservação e da efetivação dos direitos fundamentais, limites à atuação das maiorias parlamentares foram positivados nas constituições, exigindo-se, além de conformação material das leis, correção procedimental dos trabalhos legislativos³.

Com efeito, em ambientes democráticos, a atuação do legislador merece todas as atenções da sociedade. Por meio da lei se autorizam coações que restringem liberdades ou direitos patrimoniais, desenham-se políticas públicas que repercutem na ampliação ou na diminuição de gastos públicos, em suma, molda-se a interação entre os sujeitos e o Estado.

Decisões tão importantes, que alcançam profundamente a cidadania, não podem ser tomadas de qualquer maneira, à revelia da transparência e da participação social, vetores

¹ CÓRDOBA, Gema Marcilla. *Racionalidad Legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

² BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (Orgs.). *The least examined branch: the role of legislatures in the Constitutional State*. Cambridge University Press, 2006.

³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

axiológicos essenciais da democracia. Mais modernamente, preza-se também por coerência empírica mínima na tomada de decisões no ambiente público⁴, conectando a atividade legislativa a múltiplos níveis de racionalidade argumentativa, conforme defende Manuel Atienza⁵.

Em linha com essa imbricação entre constitucionalismo e democracia, o problema deste trabalho consiste na necessidade de se equacionar, na ambiência parlamentar, as diretrizes aparentemente antípodas de ampla transparência e participação democrática, de um lado, e de produtividade decisória, de outro.

Trata-se de sintonia desafiadora, porém essencial para que se tenha um processo legislativo realmente funcional desde a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, ou seja, um procedimento capaz de cumprir com seu papel de ser um fórum de debates, sendo, ao mesmo tempo, um instrumento de produção de decisões essenciais à implementação das diferentes agendas políticas, governamentais e de oposição.

Certamente em função de não se ter um nível satisfatório de segurança jurídica na tramitação das proposições, o processo legislativo, no Brasil, tem-se mostrado plataforma suscetível a atuações não republicanas de grupos de interesses⁶, que estimulam variáveis de poder político dos partidos e dos congressistas em troca da obtenção de vantagens por meio da legislação. Noutra vertente, devido à falta de cuidado metodológico quanto à propositura e discussão dos projetos, assiste-se a aprovações de leis erráticas, com baixas condições reais de aplicabilidade, instituidoras de programas governamentais fadados a enfrentarem problemas de efetivação⁷. Tudo isso agrava, paulatinamente, a tão propagada crise de representatividade nas democracias contemporâneas, afastando a cidadania da vivência política e desestimulando a qualificação para a ocupação dos mandatos eletivos.

Revelados os problemas, propõe-se a adoção de um marco processual consentâneo ao relevante papel do processo legislativo na contemporaneidade, defendendo-se

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁵ ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997; ATIENZA, Manuel.

⁶ CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 2016, p. 51-99.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (orgs.). *Direito Público Contemporâneo: monitoramento de políticas públicas em direitos fundamentais*, v. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

que o Parlamento é destinatário do princípio do devido processo legal, e que o princípio do contraditório incide no processo de criação das leis como a principal ferramenta de ordenação racional, dialética e democrática da produção de decisões.

Pensa-se que, quanto mais precisa a apreensão dos fatos sociais a serem regulados e quanto mais correta a dosagem das sanções aplicáveis, maiores as chances de a lei alcançar eficácia e de efetividade, identificando-se correlação entre a capacidade informacional e de interação dos atores legislativos e o sucesso dos programas legislativos. Um processo mais dialógico, pautado no princípio do contraditório, além de respeitar as exigências da democracia, aumenta as chances de produção de boas leis.

Quanto ao ponto de vista da metodologia empregada, realizou-se um recorte interdisciplinar, necessário para compreender e equacionar a multiplicidade de atores e de interesses que integram a fórmula constitucional de produção das leis. Buscou-se mesclar entre abordagens metodológicas prescritivas, adequadas ao estudo dos fenômenos regidos pela ciência do Direito, e descritivas, mais úteis para uma tentativa de tradução da dinâmica da política.

Relativamente à sua organização, este trabalho se encontra dividido em três capítulos, cada um deles contendo olhares metodológicos diversos e próprios sobre o processo legislativo.

No primeiro capítulo, o olhar é filosófico-metodológico, eminentemente prescritivo. Depois de discorrer sobre os papéis da lei no Direito atual, o processo legislativo é conceituado como ponte entre o sistema político e o sistema jurídico, realçando-se a necessidade de se devotar atenção aos influxos determinantes que a política exerce sobre o processo de positivação do Direito, conformando-lhes aos cânones constitucionais.

Numa digressão em relação ao cerne propriamente dito da investigação, passa-se a incursionar pelo itinerário do processo legislativo a partir de textos que enfocaram, fundamentalmente, os temas da representação política e do papel do Poder Legislativo. Tal recorte se justifica pela necessidade de se acompanhar a evolução do pensamento filosófico sobre o processo de criação de leis, a fim de compreender as raízes de algumas concepções imprecisas a respeito do tema, que até hoje parecem se refletir nas rotinas de trabalho das assembleias legislativas. Ademais, como se disse, o tema do processo de criação das leis, por

muito tempo, quase não foi objeto de estudo por juristas, tendo sido mais trabalhado por pesquisadores da ciência política, da filosofia, da sociologia, muitas vezes entrelaçado ao tema da representação.

Representação e processo legislativo não são tomados por sinônimos. São fenômenos diversos, ligados a campos diferentes do conhecimento. Identificam-se, não obstante, interessantes pontos de contato entre eles, ao se perceber que um processo de legislação mais funcional contribui para manter ativos os vínculos comunicativos da representatividade política. Aliás, parece sintomático que a dogmática jurídica tradicionalmente produzida sobre o processo legislativo simplesmente passe ao largo do tema da representação, deixando de perceber essa relação de retro-operância e se abstendo de esboçar quaisquer ideias para o aprofundamento da democracia, limitando-se, ao revés, a descrever o itinerário da tomada de decisões legislativas⁸.

Ainda no primeiro capítulo, o processo legislativo é estudado à luz da teoria da democracia deliberativa, destacando-se as repercussões do chamado giro-linguístico para o tema, a fim de se analisar, sob enfoque mais discursivo, quais são as características que tornam as deliberações democraticamente adequadas e qual é o papel reservado aos Parlamentos e ao povo de acordo com essa abordagem.

Reunidas essas premissas, encerra-se o capítulo defendendo a necessidade de a argumentação legislativa obedecer a determinados padrões de racionalidade, com foco na interessante arrumação metodológica feita por Manuel Atienza a respeito do processo legislativo⁹. Uma medida adequada de racionalidade no processo legislativo não debilita a democracia. Tampouco tolhe a atuação do legislador, qualificando, isso sim, as leis produzidas.

No segundo capítulo, altera-se o método de investigação, apresentando-se um olhar político-pragmático do processo legislativo, guiado sobremaneira pela teoria das escolhas públicas¹⁰ e pelo neoinstitucionalismo¹¹. Ante a inviabilidade de se abarcar todas as

⁸ Nesse sentido, dentre vários outros, FERRIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ ATIENZA, Manuel. *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019.

¹⁰ FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. *Law and public choice. A critical introduction*. University of Chicago Press, 1991.

¹¹ SHEPSLE, Kenneth; WEINGAST, Barry. *Positive theories of congressional institutions*. In: SHEPSLE, Kenneth; WEINGAST, Barry (Orgs.). *Positive Theories of Congressional Institutions*. University of Michigan Press.

interações sociais que repercutem nos parlamentos, descrevem-se estratégias de votação; aspectos relevantes da interação entre legisladores, Poder Executivo e grupos de interesses; e modelos de organização do Poder Legislativo, destacando-se, os arranjos distributivo, partidário e informacional, cujos consectários, em seguida, são identificados à luz da experiência brasileira de coalizões parlamentares.

Essa investigação pragmática, dirigida precipuamente ao sistema político brasileiro, revela um processo legislativo pobre sob a perspectiva deliberativa, comandado por poucos líderes partidários ou pelo Executivo, cujas decisões não se mostram inteligíveis ou justificáveis desde uma perspectiva democrática. Percebe-se, então, que as teorias políticas e econômicas adotadas como marcos de análise do processo legislativo apontam para problemáticas que podem ser melhoradas por meio da adoção de diretrizes procedimentais mais consentâneas à participação, à publicidade e à troca de argumentos nos debates legislativos.

Por esta razão, no terceiro e último capítulo, apresenta-se, um modelo de processo legislativo pautado no princípio do contraditório, que se mostra capaz de ampliar o respeito aos direitos de participação das minorias legislativas e do povo, sem acarretar imobilismo decisório para o parlamento. Fincado nas análises político-filosóficas e sem descurar dos limites pragmáticos da institucionalidade política, analisam-se os parâmetros dogmáticos da Constituição brasileira e das normas infraconstitucionais que regem o procedimento parlamentar.

Em função de sua estrutura essencialmente dialética, já existem diversos parâmetros constitucionais e regimentais que concretizam, no processo legislativo, as distintas feições do contraditório, tradicionalmente estudadas pela doutrina processual, tais como proibições de deliberações surpresa, além de igualdade de participação e direito de influência nas deliberações legislativas. Outros aspectos processuais são apresentados.

Por fim, questionam-se concepções tradicionalmente adotadas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do controle jurisdicional procedimental do processo legislativo. Uma crítica ao uso indiscriminado na teoria dos atos *interna corporis* é apresentada, e o

1995, p.5-36; LIMONGI, Fernando; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; FREITAS, Andrea. Da sociologia política ao (neo)institucionalismo: trinta anos que mudaram a ciência política no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; MILANI, Carlos; BRAGA, Maria do Socorro (orgs.). *Ciência política no Brasil: 1960-2015*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

princípio do contraditório no processo legislativo é situado como um índice de gradação da presunção de constitucionalidade das leis¹².

Se a ciência processual recebeu aportes da teoria do discurso, decisivos para reposicionar o processo como indispensável instrumento de democracia deliberativa, é legítimo pretender que do produto dessa simbiose teórica advenham contribuições capazes de aprimorar a função legislativa, que é vocacionada à participação da cidadania na esfera pública. Um processo legislativo adequado e funcional assegura direitos, produz boas políticas públicas e aproxima o povo do centro de tomada das decisões políticas, ampliando o sentimento de cidadania. É em busca desses objetivos que se caminhará pelas linhas a seguir.

1 Um olhar filosófico-metodológico do Processo Legislativo. Legislação, democracia e participação

1.1 Das funções da legislação e de seu processo de produção no Direito contemporâneo

Mais do que um preceito positivado, segurança jurídica é noção inerente a qualquer ideia de Direito¹³. Dotar as relações pretéritas de estabilidade e as futuras de previsibilidade, instituindo tráfego social baseado em reciprocidade de expectativas¹⁴, diminui

¹² OLIVER-LALANA, Daniel. El control del proceso de justificación legislativa y la teoría de los principios formales. In: PORTOCARRERO, Jorge. (org.). *Ponderación y discrecionalidad*. Bogotá: Universidad Externado, 2013, pp. 311-376

¹³ ÀVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁴ Niklas Luhmann explica que o Direito cumpre essa importante função de resguardar expectativas comunicativamente. “A função do direito está relacionada a expectativas; com efeito, se parte da sociedade e não de indivíduos, existe a possibilidade de trazer reconhecimento tanto às expectativas de comunicar como à comunicação. Portanto, com ‘expectativa’ temos em mente não um estado de consciência atual de determinado indivíduo, mas um aspecto temporal do sentido de comunicações. . (...) Essa relação que a função do direito

os espaços das arbitrariedades e incoerências, além de possibilitar que se planejem condutas futuras e que se resguardem expectativas legitimamente advindas de boa-fé¹⁵.

Uma normatividade unificada, capaz de disciplinar as relações ocorridas em seu âmbito de incidência e de impor tratamento isonômico às situações paritárias, oferece pré-condições para que se possam organizar modos de vida em conformidade aos ideais de estabilidade e de segurança, cenário no qual liberdades individuais são aceitavelmente restringidas em nome da coordenação da limitação de poderes¹⁶ necessária à instituição de um espaço público no qual possam se exercitar liberdades responsáveis¹⁷.

Ao Direito é atribuída a difícilíssima função de organizar a sociedade, coordenando as condutas dos indivíduos e as decisões coletivas, resolvendo os conflitos sociais e amainando as dúvidas morais existentes¹⁸, tarefas que tenta lograr mediante prática comunicativa normativa: o Direito é convenção de linguagem constitutiva que pretende guiar o comportamento dos sujeitos, e para tanto lhes atribui razões para a ação¹⁹, veiculando

mantém com o futuro explica a necessidade de simbolização de toda ordem jurídica. As normas jurídicas constituem um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas (...) A pergunta pela função do direito, tal como conduzida anteriormente, põe-se em duas diferentes vias, cada qual a depender do problema de referência que é formulado. Visto abstratamente, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. O indivíduo pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito. E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa.” LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade* Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 67.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, esp. capítulo 2.

¹⁶ “O conceito de Direito implica, outrossim, nos elementos do poder (donde dizemos que é uma realidade ordenada, ou, por outras palavras, uma ordenação) assim como no de sociedade; é o Direito vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 703.

¹⁷ Kant compreendia o Direito como uma relação interna entre coação e liberdade. O direito ativa a coação, monopólio do Estado, quando alguém abusa de sua liberdade, violando a liberdade de outrem. “El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según ley general de libertad.” KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Tradução: Felipe Gonzales Vicén. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 46. Gustavo Binbenjoim reverberando, Isaiah Berlin, ressalta que o conceito de liberdade evoluiu de uma perspectiva negativa (“liberdade de”) até uma ideia de liberdade positiva (“liberdade para”), esta mais identificada com a autonomia pública do indivíduo no âmbito político. Diz o publicista: “Ser livre deixava de significar não sofrer restrição no que posso fazer, para tornar-se um engajamento em um projeto coletivo de organização social. Assim, ele [Berlin] demonstra que a ideia de liberdade positiva se desenvolveu como uma projeção da racionalidade individual para a esfera pública, criando sistemas de poder que, em nome de um objetivo coletivo transcendente, cerceavam a liberdade individual.” BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p.10.

¹⁸ TORRANO, BRUNO. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 104.

¹⁹ MARMOR, Andrei. *A natureza do Direito*. Tradução: Lucas Miotto. Direito, Estado e Sociedade, n. 42, 2013, pp. 6-23.

mandamentos autoritativos²⁰ universalizáveis em sua linguagem normativa. Fenômeno social, é criado a partir de múltiplos fatos sociais, havendo por isso conexão estreita entre a política e a normatividade jurídica²¹, seja em sua gênese, ou em sua aplicação²².

Sendo a política essencialmente antagonística, esse processo de ordenação social não é ameno, e a reunião das pluralidades de valores e de pontos de vista que concorrem para a tomada de decisão não costuma corresponder a um conjunto harmonioso de posições não conflitantes²³, do que decorre que a criação do direito comumente advém de um conflito social pretérito ou que se coloca em perspectiva. Embora o Direito, ao estreitar as liberdades para instituir cursos preferíveis de ação, termine por reduzir diferenças, é interessante perceber que é justamente nas diferenças – manifestadas na esfera pública como desacordos políticos – em que se situa o ponto de partida de seu processo de sua criação²⁴. Houvesse concordância geral, as razões individuais bastariam para que o comportamento preferido por todos fosse obedecido, o que tornaria desnecessária a instituição de uma normatividade pública externa, como a jurídica.

Diferenças entre experiências subjetivas, disparidade de interesses econômicos diante de recursos finitos, níveis desiguais de obtenção de informação, concepções morais mais ou menos arraigadas: a diversidade se converte em dificuldade prática na construção de soluções coletivas nas sociedades contemporâneas.

A democracia, fundada sob o valor da igualdade, reage aos naturais desacordos impondo adoção de procedimentos decisórios dialéticos, no curso dos quais haja alguma

²⁰ RAZ, Joseph. *Razão Prática e Normas*. Tradução: José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Segundo a concepção de Raz, a pretensão de autoridade do direito depende de sua capacidade de instituir, legitimamente, ordens de ação que contenham razões capazes de excluir outras razões que poderiam ser aplicáveis no caso.

²¹ “Se mezclan y aparecen continuamente dos planos o niveles en la consideración de la ley: el jurídico y el político. Y ello no obedece a impureza metódica o indefinición caracteriológica sino a que precisamente ahí radica el significado de la ley desde el punto de vista constitucional: en la articulación que en ella y a su través se produce entre el nivel jurídico y el nivel político.” MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000, p. 22.

²² “O direito é, por essência, vinculado aos fatos sociais. Mas o próprio conteúdo do direito, suas regras, suas instituições, seus conceitos têm um caráter social, de modo que ele também é, por sua substância, vinculado à vida social BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37.

²³ MOUFE, Chantal. *Sobre o político*. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p.9.

²⁴ Embora adote a justiça como referencial, Jeremy Waldron expõe a questão com poder de síntese: “Somos muitos, e discordamos a respeito da justiça. A maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre a política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos sobre o direito positivo”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 43.

coordenação das diferentes narrativas²⁵, a fim de que a resolução adotada seja a mais bem informada possível, construída a partir da expressão das divergências, devidamente levadas em igual consideração²⁶.

Na tentativa de promover segurança jurídica, diferentes culturas políticas produzem mecanismos próprios para a criação do Direito de seu tempo, dando protagonismo a distintos instrumentos, atores e raciocínios jurídicos²⁷, que repartem o poder de criação do direito.

É importante reconhecer, desde já, que o estado não monopoliza a função normativa. Todo sistema jurídico, para ser eficiente e para que sejam respeitados direitos fundamentais, deve atribuir parcela de poder normativo às pessoas em suas esferas privadas de convivência, reconhecendo-lhes capacidade de autorregramento de vontades, que pode ser manifestada na estipulação de consequências jurídicas vinculativas para comportamentos livremente assumidos²⁸.

Indivíduos e grupos de indivíduos criam ordens jurídicas plurais que convivem na sociedade²⁹, do que não decorre, contudo, que o Estado deixe de controlar a abertura desses

²⁵ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton University Press, 2004, p. 133. Os autores situam a reciprocidade argumentativa como princípio chave para a democracia: “The deliberative principles that flow from reciprocity provide both conditions and content for justifying laws and policies in a democracy. Reciprocity, publicity, and accountability are the chief standards regulating the conditions of deliberation. The basic premise of reciprocity is that citizens owe one another justifications for the institutions, laws, and public policies that collectively bind them. Reciprocity suggests the aim of seeking agreement on the basis of principles that can be justified to others who also share the aim of reaching reasonable agreement.”

²⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999, p. 132. É incorreto supor que o modelo de tomada de decisão democrática proposto Waldron se oponha ao que se convencionou chamar de modelo de democracia deliberativa, uma vez que o autor toma por equivocada, tão somente, a ideia de que as deliberações devem necessariamente produzir consensos. Waldron incorpora à teoria deliberativa o dado da realidade de que os conflitos morais e políticos são insuperáveis, percebendo que constituem o epicentro da deliberação, pois é partir deles que se orientam e se articulam os argumentos durante o processo decisório, razão pela qual a tutela democrática das divergências constitui o centro de seus estudos.

²⁷ R.C van Caenegem sistematiza diferenças a partir dos sujeitos políticos proeminentes na criação do Direito. Nos países de língua inglesa, sobressaíam-se os juízes (judge made law). Na Europa latina que adotou o direito codificado, preponderava o papel dos legisladores, enquanto na Prússia, sob influência de Savigny, juristas eram os únicos capazes de revelar o Direito, a ponto de serem formalmente convocados pelos tribunais para aconselhá-los nos julgamentos. CAENEGEM, R.C. Van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução: Maria Cristina de Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17. Pontes de Miranda, examinando a autonomia da vontade sob a ótica da teoria do fato jurídico, a conceituou como “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica por fora do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. E interior, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, III. Campinas: Bookseller, 2000, p.31.

²⁹ “Em certas circunstâncias, a democracia representativa está tão afastada do sentir jurídico da comunidade que é vantajoso, mesmo do ponto de vista do carácter democrático do direito, admitir que este se possa exprimir por

espaços privados de invenção normativa³⁰, porquanto tais escolhas devem guardar conformidade com a ordem jurídica constitucional³¹.

De fato, defender que a multiplicidade e a complexidade de situações juridicamente relevantes podem e devem ser tratadas pelo Estado equivale a impor limitações extremas às liberdades individuais - além de fazer dos mecanismos de direito estatal uma panaceia. Os negócios jurídicos, portanto, constituem instrumentos imprescindíveis de materialização de poder normativo.

Feita essa ressalva sobre a importância das normas advindas dos espaços privados, passa-se a tratar das fontes de normatividade estatal³².

formas não estaduais (como o costume, os códigos de boas práticas consensualmente aceitas, a auto-regulação (...)). O dinamismo da sociedade – e também o seu dinamismo normativo (ou seja, a sua atividade de produção de normas) – é um facto da vida. Tais normas não apenas são produzidas em círculos de convivialidade mais ou menos extensos (uns infranacionais, outros supranacionais), como obtêm um sentido de obrigatoriedade por parte dos grupos comunitários envolvidos. (...) O pluralismo normativo é, assim, um facto, antes mesmo de ser ou um ideal ou um perigo; qualquer que seja o modo como avaliemos os seus custos ou benefícios, ele está aí. Estar aí significa, neste caso, ser reconhecido como um modo de manifestação de direito. HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 523-524.

³⁰ Antonio do Passo Cabral, ao defender a possibilidade de se moldar convencionalmente o procedimento jurisdicional, cuida do tema do autorregramento da vontade em tempos de declínio do legiscentrismo, ressaltando que soluções cooperativas capazes de unir regulação heterônoma à regulação autônoma estimulam que regras de conduta continuem a se formar dentro de mecanismos jurídicos legítimos. “A objeção que vê na regra legislada a única fonte da norma processual talvez parta da confusão entre os conceitos de “norma jurídica estatal” e “vínculo regulativo”, os quais, ainda que diversos, parecem ter sido assimilados um no outro, o que acabou por excluir os atos privados da regulação da conduta. Não esqueçamos que o acordo é uma forma de autorregulação diversa da lei, mas autorizada pelo ordenamento.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2018, pp.187 e 189.

³¹ Basta que se pense na reserva de lei, nas circunstâncias de indisponibilidade de direitos fundamentais, ou mesmo na contrariedade a normas jurídicas legais protetivas de direitos como limites estatais à validade de determinadas normas privadas. Aliás, sobre a relação entre autonomia e heteronomia normativa, Clémerson Merlin Clève destaca que há vínculo de coordenação entre as esferas: “Mesmo o poder normativo autônomo conferido às pessoas (jurídicas ou naturais) dispõe de um mínimo de heteronomia que não decorre necessariamente do ajuste de vontades concluído, mas sim da consequência atribuída pela lei (norma heterônoma por excelência) ao inadimplemento da obrigação voluntariamente ajustada. Essa consequência, a sanção, ou está prevista no ajuste (em face de autorização legal), ou está disciplinada diretamente na lei. A autonomia da norma moral não autoriza ninguém a empregar coação para obter o seu cumprimento. Tudo se passa de modo diferente com as normas jurídicas decorrentes da autonomia privada. Nesta hipótese, a ordem jurídica autoriza ao lesado o emprego da coação (atuação estatal) para perseguir a observância dos preceitos ou a reparação do dano ocasionado por sua infração. O Estado, que faculta o negócio jurídico, garante o implemento da obrigação ali ajustada. Então, o ajuste pactuado é autônomo, mas a norma que contempla a sanção é heterônoma. Por isso, a norma decorrente da autonomia privada não refoge do conceito de norma jurídica. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

³² Acerca do conceito de fonte do Direito, Riccardo Guastini subdivide o conceito de fonte do Direito entre fonte em sentido material (ato que produza norma jurídica, que efetivamente modifique o ordenamento existente) e fonte em sentido formal (ato que conte com autorização prévia para que produzam normas, sendo identificável *a priori*, independentemente do seu conteúdo), concluindo que há uma tendência da doutrina jurídica em preferir um sentido eclético do termo, que contemple ambas as concepções. GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho*. Tradução: César Moreno More, Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel ediciones, 2016, pp. 97- 101.

O Brasil, colonizado sob influência da matriz europeia continental de direito legislado, adotou a lei (produto da atividade decisória do parlamento) como ferramenta de regulação de todo o direito privado e do direito público infraconstitucional³³, sujeitando o próprio Estado às determinações das leis, como fórmula para garantir as liberdades individuais³⁴.

Na Constituição republicana de 1891³⁵, recepcionou-se, do modelo constitucional federalista estadunidense, a jurisdição da constituição em suas manifestações difusa e incidental, permitindo aos juízes a não aplicação de leis contrárias às disposições constitucionais e a consequente invalidação das correlatas relações jurídicas aparentemente conformes à produção legislativa (infraconstitucional).

Posteriormente, na Constituição de 1946, a regra aberta da inafastabilidade de jurisdição consolidou a possibilidade de revisão de todos os atos jurídicos pelo Judiciário, em reforço da amplitude do papel dos tribunais no controle do poder, ante a incorporação em definitivo da diretriz de judicial review dos países de língua inglesa³⁶.

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. In: José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual Civil*: oitava série. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 255-266.

³⁴ O cerne da ideia de legalidade é viabilizar a igualdade de tratamento que deriva da concepção de direito possível numa democracia liberal. Sobre a ideia de legalidade no direito penal, no direito administrativo e no direito tributário, ver, respectivamente, HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 331; OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003; PAULSEN, Lenadro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias de legalidade, irretroatividade e anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. A relação entre democracia, legalidade e liberdade é bem colocada por Humberto Ávila: “Democracia e legalidade também constituem, pois, instrumentos indiretos de garantia da dignidade humana: a democracia. Porque permite que o indivíduo possa, por meio de seus representantes ou diretamente, participar da conformação do Direito que passará a limitar o exercício futuro de sua liberdade; e a legalidade, porque assegura ao indivíduo não apenas um âmbito garantido de liberdade para praticar atos que não sejam proibidos nem predeterminados, mas também a ciência de que não poderá ter seus direitos restringidos senão por meio de uma lei que predetermine o âmbito dessa restrição e que seja adotada antes de sua ação. Só assim será o indivíduo submetido ao império da lei, e não da vontade do intérprete, tonando realidade aquilo que historicamente foi qualificado como o Estado de Direito: o governo das leis, não dos homens.” ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 21.

³⁵ A Carta republicana previu, em seu artigo 59, a possibilidade de as leis estaduais e federais serem revisadas pelo Judiciário a pedido das partes. Na lei 221 de 1894, suprimiu-se a necessidade de provocação. A propósito: BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54.

³⁶ É sabido que o Brasil, em grande parte como aposta reformatória de equacionamento da gestão da demanda de processo judiciais, vem ampliando a eficácia de determinados provimentos jurisdicionais, atribuindo aos precedentes judiciais e às súmulas vinculantes força normativa ultrativa. Dentre a vasta bibliografia nacional sobre o tema, veja-se, dentre outros aqui citados, MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvum, 2015.

Uma vez que parece correto reconhecer um grau de hibridismo no sistema jurídico brasileiro, decorrente dessa recepção inter-relacionada³⁷ das tradições do *common law* e do *civil law*, é certo que a lei – lida como enunciado normativo de amplo âmbito de incidência (dotado de generalidade³⁸) e oriundo do parlamento – representa um dos pilares do Estado de Direito do Brasil, sendo à normatividade dela decorrente atribuída parte significativa dos desígnios de toda a empresa jurídica³⁹.

A legalidade cria condições básicas para o tratamento isonômico, ao assegurar que, ao menos em tese, a mesma regra valerá para todos os destinatários. Além disso, legislação é veículo de participação democrática do povo, titular do poder político, que toma partido das decisões por intermédio dos representantes parlamentares⁴⁰.

Por certo, é relevante o estudo dos processos de apreensão interpretativa do enunciado da lei, bem como de aplicação das normas legais. Além de se monitorar se os textos estão sendo corretamente compreendidos, em conformidade com o programa constitucional, aprimoramentos no que toca à respeitabilidade das decisões políticas positivadas podem ser propostos, mantendo-se a eficácia e a oxigenação do sistema jurídico⁴¹.

³⁷ Hermes Zaneti Júnior ao descrever recepções jurídicas importantes para a composição do sistema jurídico brasileiro, acentua esse hibridismo, destacando a centralidade que institutos advindos da tradição de língua inglesa ocupam no Brasil. “Dessa dupla recepção, decorreu o “paradoxo metodológico” de se ter, ao mesmo tempo, uma cultura processual constitucional voltada para a tradição do common law, o que significa dizer, exemplificativamente, que apresentam-se, de um lado, o controle de constitucionalidade (difuso), os writs constitucionais, o pleito cível *lato sensu*, e, especialmente, a atipicidade das ações – “*remedies precede rights*” (os remédios precedem os direitos) do direito de common law (art. 5º XXXV da CF de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ao ameaça a direito) e, de outro lado, a vinculação da ação ao direito subjetivo (art. 75 do Código Civil de 1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”; art. 126 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz ... [n]o julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais), a cisão das doutrinas do direito administrativo e do direito privado, e a vinculação do juiz à lei escrita, da tradição romano-germânica. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 53.

³⁸ “La generalidad es aquella cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatarios están genéricamente determinados, y las conductas a las que se aplica, abstractamente consideradas. Contiene, pues, dos ingredientes: el de los sujetos a quienes va destinada (respecto de los cuales es preferible hablar de determinación genérica más que de indeterminación para evitar la posible asociación con imprecisión) y el de los supuestos de hecho o conductas que regula (y que supone la aplicación permanente y repetitiva a todos los que se ajusten a sus previsiones mientras esté vigente, sin agotarse, en su cumplimiento).” MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000, p. 22. Em Hans Kelsen, lê-se que a generalidade de uma norma jurídica deriva da amplitude da conduta prevista (e não propriamente da caracterização do destinatário). Ou seja, se a norma se dirige a um número indeterminado de ações de uma só pessoa, de várias pessoas determinadas ou de pessoas indeterminadas, pode-se dizer que se trata de norma geral. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, p. 11.

³⁹ Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, a palavra lei aparece mais de 400 vezes. Em muitas dessas referências, elencada como instrumento normativo viabilizador das determinações do constituinte a serem obedecidas pelo legislador ordinário.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 364

⁴¹ Humberto Ávila, por sinal, chama atenção para um aspecto transversal da dimensão igualdade que integra o ideal de segurança jurídica: o Direito deve ser igual tanto em seu conteúdo (momento de produção e justificação,

Por outro lado, não parece menos relevante se dedicar ao estudo do processo jurídico de formação da decisão política que constitui a lei, tema menos visitado pela doutrina do que os acima referidos⁴².

Ora, o sistema jurídico, atento à sua função precípua de limitar o poder, cuida dos fenômenos de produção normativa. Obviamente, disciplina a atividade parlamentar, que é também aberta à interação política com a sociedade, circunstâncias que possibilitam simultâneo controle jurídico⁴³ e político-social⁴⁴ do Poder Legislativo.

Ademais, em ordenamentos jurídicos hierarquizados, leis são instrumentos precípuos de viabilização das normas constitucionais, sendo correto supor que, quanto mais precisas em sua linguagem e mais afinadas aos sentimentos políticos constitucionais forem as leis, mais executáveis serão os programas sociais democráticos das Constituições contemporâneas⁴⁵, compromissadas com a salvaguarda das liberdades e com a redução das desigualdades econômicas.

Outro aspecto revelador do interesse em se estudar o processo de criação das leis nos parlamentos contemporâneos é a constatação já sedimentada de que os contextos social e político em meio aos quais a legislação foi projetada como principal instrumento de segurança jurídica vêm sendo completamente alterados desde a modernidade, a exemplo do que ocorreu com a configuração do sistema jurídico, profundamente transformado pela assunção de força normativa das Constituições dirigentes. Também a filosofia política foi marcada por novas concepções, e recentes formas de comunicação e de organização comunitária sugerem outros tipos de interação entre a sociedade civil e a institucionalidade política.

Apesar dessas mudanças paradigmáticas, o método de elaboração da lei segue o mesmo método sob o qual foi desenhado no século XVIII, tendo as eleições como momento central de comunicação e responsividade democrática. A participação do povo na criação do

de positivação) quanto na sua aplicação. ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 16.

⁴² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002, introdução. PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2016.

⁴³ OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁴⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004, esp. caps. 1 e 2.

⁴⁵ CHINER, María Jesus Montoro. *Adecuación al ordenamento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p.30.

direito legislado permanece tímida, descompasso que contribui para o desinteresse e para a desobediência quanto aos comandos legais⁴⁶, sendo recorrente ouvir-se falar de crises da lei⁴⁷, da representação⁴⁸ e da democracia⁴⁹, símbolos de disfunção do direito e da política nas sociedades contemporâneas, outrora sintomas perigosos no diagnóstico de emergência dos totalitarismos⁵⁰.

É relevante se deter à evolução histórica das características e funções da lei nas democracias a partir da modernidade, para se compreender qual o papel dos parlamentos na atualidade e de que forma um procedimento adequado de criação de leis pode ajudar-lhes a atingir os desígnios constitucionais e políticos contemporâneos. Como dito, câmbios marcantes na relação entre política e direito projetaram-se institucionalmente, inaugurando, no decorrer do tempo, novos papéis para o parlamento e para a legislação.

1.2 Transformações no conceito e nas funções da lei desde a modernidade: Da norma geral e abstrata do legislador onipotente do Estado Liberal ao instrumento de participação e planejamento coletivo do Estado Constitucional

A lei escrita, produzida nos parlamentos, dotada de abstração e de generalidade, foi o principal mecanismo da doutrina política do liberalismo para superar a ordem

⁴⁶ NINO, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley*: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino. Buenos Aires: Emecé Editores, 1992, esp. pp. 257-261.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. La crisi della legge. *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, v. 22, 1930, pp. 424-431. Mais recentemente, sobre a chamada crise da lei, confira-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 713-717; CÓRDOBA, Gema Marcilla. *Racionalidad Legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005, esp. cap. 1; ROZEIRA, Gustavo Gramaxo. *A "crise da lei" no pensamento jurídico contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, vol. 1, n.º 1 (2012). Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/dspace/handle/10437>. Acesso em 20/11/2019.

⁴⁸ URSO, Flávia. *Crise da representação política do Estado: perspectivas da soberania em Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben*. São Paulo: Manole, 2015.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução: Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2014, pp. 135-170. Nos últimos anos, muito se tem falado sobre “recessão democrática”, como causa e sintoma da emergência de agendas e líderes políticos antidemocracia no mundo. A expressão, cunhada por Larry Diamond (DIAMOND, Larry, Facing Up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, v.1 pp.141-155, 2015) ficou consagrada no afamado livro de LEVISTKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem?* Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018, p. 226.

⁵⁰ Não por acaso, Carl Schmitt denunciou com veemência o papel da lei e dos parlamentos na sociedade alemã do pós-primeira guerra mundial. SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Tradução: Tito Lívio Cruz Romano. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

absolutista, no cenário de concentração do poder correlato à unificação territorial e do direito que sucedeu a fragmentação feudal.

Em lugar do poder ilimitado do rei, garantidor de privilégios a camadas sociais politicamente preferidas por meio de aplicações particularistas do direito pelos juízes, o capitalismo nascente vindicava previsibilidade e liberdade para o desenvolvimento do comércio, o que somente se lograria mediante proteção jurídica capaz de garantir absenteísmo estatal nos negócios privados. Para combater essas desigualdades arbitrariamente instituídas, é que covinha instituir regras de conduta permanentes, que submetessem todos da comunidade política a consequências abstratamente determinadas⁵¹. Num momento político de ânsia pela exploração livre de um mercado de consumo, a igualdade formal bastaria para garantir o desenvolvimento das potencialidades individuais⁵².

Com a associação conceitual entre soberania e nação, deslocou-se a titularidade do poder para os parlamentos⁵³, órgãos dominados – sobretudo em virtude de critérios censitários de elegibilidade –, pela burguesia ascendente. Sendo a soberania una e indivisível, os atos legislativos que lhe conferiam expressão deveriam necessariamente corresponder a tal perspectiva de unitariedade e de imperatividade⁵⁴. Assim, em função do protagonismo parlamentar (justificável, em grande medida pela desconfiança que recaía sobre as demais funções do estado⁵⁵), todo o poder estatal passou a ter a lei como único veículo legítimo de

⁵¹ LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta, 2007, p. 155.

⁵² “La ideología igualitaria se manifestó esencialmente en una forma particular de igualitarismo jurídico, o de igualdad ante la ley. Esta igualdad ante la ley no significó otra cosa que unicidad de sujeto jurídico, y por esto fue, más que una ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos.” TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del Derecho*. Tradução: José Luís Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002, p. 56.

⁵³ Cumpre ressaltar os países em que se instituíram monarquias parlamentares – classificados como dualistas quanto à repartição do poder – nos quais a lei era produto de um pacto de legitimidades entre o Monarca e o Parlamento. Nesse sentido MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de Legística*. Lisboa: Editorial Verbo, 2007, p. 82.

⁵⁴ “A *Révolution*, no entanto, não poderia consagrar as ideias de Montesquieu sem antes ver alterado o próprio significado da lei. Isso por uma razão muito simples – para os seus propósitos, a lei não poderia ser identificada nem como um comando do soberano e nem como uma relação necessária que deriva da natureza das coisas que eventualmente pudesse sacralizar desigualdades entre as pessoas. A fim de que seus objetivos pudessem ser concretizados, era preciso vê-la não só como uma manifestação do povo, mas como uma forma de comunicação entre o Estado e a sociedade civil como um todo, sem a consagração de quaisquer particularidades oriundas do regime que se pretendida superar: em outras palavras, era necessário compreendê-la como uma norma geral e abstrata oriunda da vontade geral do povo devidamente associado por força de um perene contrato social. Vale dizer: decorrente de um contrato social em que todo o povo participasse em pé-de-igualdade.” MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 50.

⁵⁵ Em relação ao Poder Judiciário, além do livro de Daniel Mitidiero acima referido, confira-se, com foco no *Code Louis* (1667) e em sua estratégia de impor um modelo de legislação sem jurisdição, por meio da previsão de *référé législatif*, que instituía um dever de consulta ao parlamento pelo juiz em caso de dúvida interpretativa, PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92 e ss.

expressão, identificando-se o Direito com o texto da lei, situando-se a legitimidade na legalidade.

É essa a base ideológica da arquitetura das codificações, caracterizadas por pretensão de exclusividade, unidade e completude⁵⁶. Além de geral e abstrata, a legislação deveria abranger todos os comportamentos sociais relevantes⁵⁷, e para sua interpretação, só se poderia recorrer a critérios intrinsecamente vinculados à própria produção legislativa⁵⁸, tudo isso como forma de cumprir o ideal político que reservava ao legislativo o único espaço de legítima inovação da ordem jurídica.

Entretanto, como consequência da transformação do Estado decorrente da crise do liberalismo econômico no século XIX e no início do século XX, altera-se radicalmente esse perfil da lei. Muito embora sejam inúmeros os fatores sociais e políticos envolvidos na emergência do Estado Social, e não se tenha pretensão de traduzir aqui o curso exato do processo histórico resultante de séculos de transformações, parece coerente acreditar que a expansão do direito ao sufrágio foi aspecto decisivo para a alteração da dinâmica parlamentar⁵⁹⁻⁶⁰.

⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p.101.

⁵⁷ Giovanni Tarello ressalta as ideias filosóficas de Leibniz e as de Wolff foram influentes na Era das Codificações. O direito, entendido como um dado, seria mais bem conhecido por meio de um método generalista, que estipulasse uma resposta certa para cada problema jurídico. Cada proposição guardaria relação sistemática com as demais, o que permitiria sua ordenação, mediante processo de racionalização formal. TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del Derecho*. Granada: Comares, 2002, p. 46.

⁵⁸ Os quatro critérios hermenêuticos que se poderia utilizar como ferramentas interpretativas (gramatical, histórico, lógico e sistemático) guardam forte ligação com a atividade do legislador e com as pretensões de completude da política de codificação do Direito, porquanto, para todos eles, os próprios textos do direito legislado são os referenciais únicos e os limites da metodologia interpretativa. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10 ed. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 53.

⁵⁹ Norberto Bobbio aponta que o sufrágio universal permitiu coexistência entre democracia e liberalismo, haja vista que a experiência história europeia dos séculos XVIII e XIX demonstrava inexistir relação de dependência necessária entre os conceitos. “Deve-se dizer que se foi formando uma tal interdependência entre um e outro que enquanto no início puderam se formar Estados liberais que não eram democráticos (a não ser nas declarações de princípios), hoje, Estados liberais não democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais. Existem, em suma, boas razões para crer a) que hoje o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa que está na base do Estado liberal; b) que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do Estado democrático. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 42.

⁶⁰ Ao elaborar sobre o sufrágio do cidadão e o voto do parlamentar, Rosa Maria Fernández Riveira anota que “entre estos dos tipos de votos existe un hilo conductor básico, a saber, que la existencia y manifestación del segundo depende de la existencia y manifestación del primero (...) El derecho de sufragio como condicionante y antessala del voto parlamentario y el voto de los mandatarios o representantes como última manifestación del pueblo representado.” RIVEIRA, Rosa Maria Fernández. *El voto parlamentario*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 17.

A universalização do voto incrementou pluralidade de pontos de vista nas casas legislativas, antes marcadas pela coincidência de classe (e de ideologia) de seus membros⁶¹. A democratização da sociedade repercutiu na democratização da produção da lei, e a deliberação nas assembleias passou a ser naturalmente conflituosa, em face do advento da representatividade de grupos políticos de não proprietários, associados em agremiações como estratégia de superação de sua inferioridade socioeconômica. Consequentemente, a lei não mais corresponde à vontade geral, mas tão somente à vontade política majoritária⁶², cessando a virtual harmonia entre as aspirações normativas de toda a sociedade e a regulação estatal⁶³.

Tendo o sufrágio universal propiciado que demandas igualitárias de classes até então excluídas acessassem os ambientes de deliberação, passou-se a demandar do Estado – naturalmente, por meio do canal institucional parlamentar – outro papel quanto à gestão da política social⁶⁴. O processo legislativo passa a complementar o processo eleitoral como instrumento destinado a garantir a participação democrática⁶⁵. De mero garantidor da liberdade econômica, o Estado é transformado, simultaneamente, em agente principal do desenvolvimento nacional e em prestador de serviços públicos essenciais, com vistas a promover a igualdade material, assumindo a função de mediador da tensão intrínseca entre capital e trabalho⁶⁶.

Para a consecução dessas novas tarefas, a fórmula liberal que concentrava na lei produzia pelo parlamento toda a normatividade jurídica se revela ineficaz. Do aumento dos negócios jurídicos realizados pelo Estado, cresceu a necessidade de regulação administrativa

⁶¹ Acerca da ampliação da acessibilidade das demandas sociais nas Casas Parlamentares a partir do direito de sufrágio, Nadia Urbinati assim relaciona voto popular e representação: “No momento em que as eleições se tornaram um requerimento solene e indispensável de legitimidade política e formação de magistraturas, Estado e sociedade não puderam mais ser desligados e o traçado das fronteiras separando – e conectando – suas esferas de ação tornou-se uma questão persistente de reajuste e negociação. A representação espelha essa tensão. Qualquer reivindicação que os cidadãos tragam para a arena política e queiram tornar um tema de representação é invariavelmente um reflexo da luta para a redefinição das fronteiras entre suas condições sociais e a legislação.” URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Tradução: Mauro Soares. *Lua Nova*, n. 67, 2005, p. 196.

⁶² CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48-49.

⁶³ LADEUR, Karl-Heinz. Can democracy survive the end of the Nation State? In: Karl-Heinz Ladeur (org.). *Public governance in the age of globalization*. London, Ashgate, 2004.

⁶⁴ Gilberto Bercovicci ressalta que as Constituições econômicas, frutos políticos da ineficiência da autorregulação dos mercados, caracterizam-se por trazerem imposições permanentes para o legislador, num movimento que procura racionalizar a política, dotando-a de um fundamento constitucional. BERCOVICCI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33

⁶⁵ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 65.

⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 81.

de situações complexas e singulares, resultando em demanda muito superior à capacidade deliberativa e à expertise técnica de que dispunham as Casas Parlamentares⁶⁷. Concomitantemente, o Estado Social logo conheceu de limitações severas em sua capacidade prestacional, a partir do emergir do endividamento público e do aumento sistemático das demandas sociais e de sua complexidade⁶⁸.

A estratégia de elaboração de normas gerais e abstratas vai sendo paulatinamente substituída por uma atividade legislativa não raro atomizada, particularista, tecnicista e provisória⁶⁹, cujo grande volume⁷⁰ termina por obstar a consecução das finalidades de precisão conceitual e de conhecimento da lei por parte de todos, além de inaugurar um processo legislativo vagaroso, no qual o poder executivo é protagonista das proposições e até mesmo coordena politicamente suas tramitações nas assembleias.

Aliás, cabe mencionar que o poder político de inovar no ordenamento jurídico, antes concentrado no Legislativo, desloca-se largamente para os outros poderes do Estado. O Executivo, por elaborar os programas de governo e por controlar a burocracia estatal, passa a implementar regramento normativo dotado de generalidade, seja no exercício de poder legislativo próprio que lhe é atribuído pelo legislador constitucional, ou no exercício do poder regulamentar independente da lei (normas secundárias). Nessa reconfiguração da separação de poderes, muitas vezes, a lei desempenha outras missões: fornece instruções para agências e funcionários, indicando objetivos a serem perseguidos e lhes atribuindo margem de discricionariedade decisória e regulamentar. Como afirma Edward Rubin, um dos papéis da

⁶⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: *Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 50. Lisboa: INA- Instituto Nacional de Administração, 2010, p. 63. Luciana Botelho Pacheco percebe o incremento do poder das comissões parlamentares (primeiramente na Itália, e depois na Espanha), às quais passaram a editar leis independentemente de manifestação suplementar dos plenários das casas legislativas, como uma resposta institucional a esse aumento da demanda por regulação legislativa verificado no século XX. PACHECO, Luciana Botelho. O procedimento de feitura de leis por comissões parlamentares. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014, pp. 45-68.

⁶⁸ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. 2 ed. Tradução: Isabel Maria Aubyn. Editorial Inquérito, Lisboa, 1984, p. 15; LOUREIRO, João Carlos. *Adeus Estado Social? - A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

⁶⁹ Os atributos legais próprios às concepções e realidades do Estado Liberal vão dando lugar a novas exigências conceituais para o significativo lei. A generalidade cede à singularidade e à provisoriedade (desmaterialização da lei), a soberania do parlamento se transmuta em plurilateralidade de vontades políticas à luz da democracia deliberativa e da concentração de poderes do executivo. Mesmo o monopólio normativo do estado nacional abre espaço, destacadamente no contexto europeu, a um policentrismo legislativo, ante a emergência da legislação comunitária. MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de Legística*. Lisboa: Editorial Verbo, 2007, pp. 78-93.

⁷⁰ Sobre a chamada inflação legislativa: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do ato administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 134.

legislação passa a ser o de deflagrar o estágio inicial para a mobilização de recursos públicos⁷¹.

O Poder Judiciário, por sua vez, concentra a jurisdição da Constituição, consolidada como instância normativa hierarquicamente superior e por isso vinculativa do ordenamento⁷². Instaura-se processo de filtragem formal e material da produção do legislador, que perde poder normativo em virtude da submissão de suas decisões à revisão judicial. Consequentemente, o legislador sofre prejuízo político diante da repercussão simbólica da emergência do Judiciário. Tribunais constitucionais, cujos membros atuam independentemente de sufrágio, esforçam-se para serem identificados como guardiões dos direitos fundamentais violados pela legislação⁷³.

De fato, todas essas mudanças quanto ao agir do Estado na vida social impuseram obsolescência a um conceito de lei do qual abstração, generalidade e permanência são atributos integrantes⁷⁴.

Disso, por óbvio, não decorre a desimportância da lei como instrumento político-jurídico, nem mesmo a diminuição de sua primazia. Em primeiro lugar, porque medidas normativas dotadas de vasta amplitude e permanência não deixaram de ser úteis ao Estado de

⁷¹ RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, v. 89, n.3. 1989, p. 370.

⁷² Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo* nº 240, 2005, p. 1-42.

⁷³ A literatura sobre o tema é vasta, destacando-se a distinção entre questão de política e questão de princípio (*policies e principles*) formulada por Ronald Dworkin. Diante de questões envolvendo a aplicação de princípios jurídicos essenciais, o Judiciário deteria legitimidade para atuar como árbitro de questões morais. Dworkin estabelece uma fronteira argumentativa entre juízes e legisladores. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, esp. p. 126-135. Sobre o tema, noutra linha de pensamento, confira-se MAUS, Ingeborg: *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução: Martônio Mont Alverne. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁷⁴ A respeito das múltiplas concepções da lei na contemporaneidade, Riccardo Guastini salienta a insuficiência da dicotomia tradicional entre lei formal e lei material como critério de fixação das competências legislativas. “Entre la ley formal y la ley material, obviamente, no se da correspondencia biunívoca. Frecuentemente, los actos del órgano legislativo, que son leyes en sentido formal, tienen un contenido normativo (general y/o abstracto), y, por lo tanto, son leyes en sentido material; pero ocurre también del mismo modo que un acto del órgano legislativo no tenga en absoluto un contenido normativo, y, por lo tanto, no sea para nada una ley en sentido material. Y recíprocamente: también los actos del Ejecutivo, que son actos administrativos (y, por lo tanto, no son leyes en sentido formal), pueden tener un contenido normativo, y, así, pueden ser leyes en sentido material. En definitiva, según este modo de ver, el nombre de “ley” (en sentido material) se extiende también a los actos administrativos, a condición de que tengan un contenido normativo.” GUASTINI, Riccardo. Ley. In: CARBONELL, Miguel; LA LLAVE, Susana Thalia Pedrosa (orgs.). *Elementos de Técnica Legislativa*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 15.

Direito. Apenas se passou a dispor de outras estratégias de regulamentação, mais consentâneas à dinâmica jurídica atual⁷⁵.

Embora as normas elaboradas pelo Poder Legislativo já não estejam sozinhas no espaço jurídico – incapazes que são de regular com exclusividade as situações juridicamente relevantes – o regime de coordenação existente entre os documentos normativos de diferentes procedências e hierarquias revela que a lei goza de posição proeminente no parâmetro de juridicidade ao qual se submete a ação administrativa⁷⁶, além se manter como um dos eixos argumentativos fundamentais para a criação jurisdicional do direito⁷⁷, já que compete aos juízes interpretar normas abstratas e aplicá-las corretamente aos casos concretos⁷⁸, complementando o trabalho do legislador⁷⁹.

Ademais, a deliberação legislativa certamente é gênero de produção normativa propício para realizar importante exigência constitucional de igualdade⁸⁰ advinda do pluralismo democrático⁸¹ e veiculada na garantia de devido processo legal. Refere-se à

⁷⁵ Ana Paula de Barcellos chama atenção para a possível inadequação da utilização de políticas gerais (veiculadas em instrumentos normativos dotados de generalidade e abstração) como programas destinados a promover redução da desigualdade, por constatar que, em tais hipóteses, os benefícios são primeiro apropriados por classes mais favorecidas (mais bem informadas) e só depois atingem os mais necessitados. Sugere intervenções estatais direcionadas, com foco em populações vulneráveis ou em outros grupos-alvo, ao invés de medidas destinadas à generalidade da população. BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 41.

⁷⁶ CYRINO, André. *Delegações Administrativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷⁷ Refere-se à conhecida ideia de Hans Kelsen, que atribuía à função jurisdicional papel criativo do direito. Contudo, a criação jurisdicional é percebida como decorrência do processo de aplicação da lei e da Constituição quando da solução dos casos concretos pelo Judiciário. Kelsen pressupõe que haja respeito aos enunciados normativos, molduras hierárquicas delimitadoras das escolhas dos juízes, dentro das quais deveria estar contido o resultado da interpretação. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, esp. pp. 386-395.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, 2001, vol. 55, p. 11 e ss.

⁷⁹ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

⁸⁰ “No sistema político, podem ser observadas relações semelhantes às ilustradas no caso do sistema jurídico. Inclusão plena no sistema político significa, em primeiro lugar, o endereçamento de todas as pessoas como “sujeitos políticos”, independentemente de status juridicamente atribuído, de nível de instrução educacional, de patrimônio ou de filiação religiosa. Pessoas, na medida em que existe inclusão plena no sistema político, são tratadas como endereços aos quais são atribuídas comunicações relevantes no sistema político. E isso significa, sobretudo, que se trata de comunicações que, de alguma forma, oferecem a pretensão de tematizar decisões coletivamente vinculantes.” BORA, Alons. Quem participa? Reflexões sobre a teoria da inclusão. Tradução: Edvaldo Moita. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v.6, n.3, 2019.

⁸¹ Por pluralismo democrático deve-se entender não apenas o aspecto propriamente político do termo, que recomenda a adoção de modelos pluripartidários e de mandatos eletivos temporários, como fórmulas de ampliação das condições de interação política. O significativo diz respeito, também, à coexistência das liberdades e das múltiplas visões de mundo e rechaça posições dogmáticas, defensoras de verdades absolutas, impondo ao Estado a adoção de uma postura tolerante e moralmente absenteísta, guiada pelos princípios constitucionais. Esse ideário, veiculado juridicamente em princípio constitucional, alcança o sentido da regra da decisão majoritária, determinando que a tomada de decisões políticas nos estados democráticos não pode corresponder ao mero

integração dos destinatários dos comandos normativos a seus processos de elaboração⁸², o que depende de metodologia decisória fundada em intercâmbios comunicativos, por meio dos quais as múltiplas concepções possam se fazer presentes nas expressões do poder político estatal, garantindo-se que os cidadãos se tornem autores de seus próprios direitos e deveres, entrelaçando a autonomia privada à autonomia pública⁸³.

Por sinal, Gustavo Zagrebelsky, acerca das implicações conceituais decorrentes dessas mudanças de perfil da lei, propõe deslocamento do atributo legal da generalidade, que passa a sobreviver no procedimento de elaboração e não mais do conteúdo ou nos efeitos da legislação. Contrastando os sentidos clássico e moderno anteriormente referidos, Zagrebelsky percebe que a antiga representação de uma vontade geral se transmuta em generalidade, em abertura argumentativa que adjetiva o processo público de formação da lei⁸⁴.

De fato, como se defenderá com mais vagar adiante, o princípio democrático instaura relação de proporcionalidade entre a extensão dos efeitos normativos produzidos e a medida da participação dos destinatários no respectivo processo decisório, constatação que explica várias opções processuais do constituinte, dentre as quais a vinculação de certas matérias aos ritos deliberativos legais e constitucionais parlamentares, consideravelmente dialéticos, adequados a tomadas de decisão não imediatistas.

A legislação, cujo processo de elaboração culmina com o emprego da técnica da decisão majoritária nos parlamentos⁸⁵, deve ser fruto de uma métrica de equidade, na qual às

triunfo numérico da maioria contra a minoria. A leitura consentânea com o pluralismo democrático é mais ampla, com o intuito de garantir que a vontade coletiva final seja consequência das influências recíprocas dialeticamente expressadas entre os grupos sociais. Nesse sentido, GÓMEZ, Virgilio Zapatero; GÓMEZ, Maria Isabel Garrido; RAMÍREZ, Frederico Arcos. *El Derecho como proceso normativo: lecciones de teoría del Derecho*. 2 ed. Alcalá: Universidad de Alcalá, 2010, p. 205-212.

⁸² “O direito moderno, por isso, constitui o status da pessoa juridicamente apta através das liberdades de ação subjetivas que se podem demandar juridicamente e que se podem usar conforme as preferências de cada um. (...) Como direito positivo ou escrito, esse meio requisita, por outro lado, o papel de um legislador político, de modo que a legitimidade da legislação seja elucidada a partir de um processo democrático que garanta a autonomia política dos cidadãos. Os cidadãos são politicamente autônomos tão-somente quando podem compreender-se em conjunto como autores das leis às quais se submetem como destinatários.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.86

⁸³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 87.

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1993, v. I, p. 154.

⁸⁵ Sobre a evolução histórica da regra da maioria como critério de decisão político e econômico, conferir GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione: Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Mulino, 2007 (Edição do Kindle).

opiniões conflitantes, devidamente levadas em consideração, atribua-se igual peso decisório⁸⁶. Sociedades complexas precisam se organizar institucionalmente de forma que haja espaços de alteridade, entendendo-se como toleráveis as manifestações concorrentes, inerentes à heterogeneidade cultural, social e política⁸⁷. Essa vocação do processo legislativo à produção do direito a partir da tutela das divergências políticas bem concretiza o princípio democrático⁸⁸, tornando a lei instrumento adequado para o trato de temas politicamente sensíveis, cuja decisão possa acarretar consequências amplas à coletividade⁸⁹.

Intervenções de caráter estrutural, concretizadoras de programas normativos reprodutores do núcleo da agenda política prevalecente na sociedade devem passar pelo Poder Legislativo⁹⁰, que assume papel de relevo na construção das políticas públicas⁹¹. O Estado passa a atuar não apenas sob a lei, mas, fundamentalmente, por meio da lei, ferramenta de organização de suas intervenções⁹², de fixação de diretrizes. Além de controle político e

⁸⁶ Essa métrica de equidade revelada na legislação oferece aos cidadãos razões para obedecerem às leis aprovadas majoritariamente, ainda que acreditem, racionalmente, que o resultado obtido não foi o correto ou o melhor possível. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 179. David Estlund, mais recentemente, sustentou que a equidade procedimental deve estar associada a espaços para aportes de juízos morais sobre as questões em jogo, como forma de dar à decisão coletiva uma dimensão epistêmica que não seria alcançada por interesses individuais. No procedimentalismo epistêmico por ele defendido, justifica-se esse dever moral de obediência da lei aprovada, independentemente de sua correspondência ao melhor juízo moral individualmente pretendido. ESTLUND, David. *Democratic Authority: a philosophical framework*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, pp. 156-158.

⁸⁷ Clèmerson Merlin Cleve e Bruno Meneses Lorenzetto salientam que a ideia de tolerância é bússola para todas as ações com repercussão política nas democracias constitucionais. A virtude da tolerância, que ganha perfil moral e também jurídico a partir da reforma protestante, guia as divergências e negociações, em face de conflitos cognitivos entre crenças e atitudes. A tolerância, contida no coração da axiologia constitucional, não permite que os diferentes sejam exterminados, proscritos da vida política em razão de sua alteridade, fomentando a pluralidade e enriquecendo a democracia, numa perspectiva epistemológica. CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Notas sobre a tolerância: fundamentos, distinções e limites. In: COSTA, Daniel Castro; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. (orgs.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas – estudos em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, Tomo 2, pp. 115- 131.

⁸⁸ Uma definição do princípio democrático, na qual se vê sua dupla dimensão, de garantia material e também de diretriz estrutural para a organização do Estado, encontra-se em ARAGON, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 24, 1988, pp. 9-45, esp. p. 29.

⁸⁹ Não se pretende, com isso, assumir que a decisão legislativa seja suficiente para a implementação dos direitos no mundo dos fatos. Como escreve Ana Paula de Barcellos, a edição da lei criando uma política pública de promoção de determinado direito será um ponto de partida para a transformação da realidade, o que sempre dependerá de negociação, diálogo e participação de outros poderes do Estado e da própria sociedade. BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27.

⁹⁰ TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativo e Políticas Públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de Informação Legislativa*, n. 157, 2013, p. 189-204.

⁹¹ Natasha Salinas percebe a lei na contemporaneidade como instrumento estruturador de políticas públicas, por consubstanciar as escolhas oficiais sobre programas governamentais. Ao se referir ao ciclo de uma política, situa a legislação nas etapas intermediárias de adoção e de implementação. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2012, p. 23.

⁹² PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2016, p.59.

jurídico da atividade governamental executiva, o parlamento constitui canal de comunicação entre os representantes e os representados⁹³, valendo-se das características do processo legislativo, a fim de dotar de inteligibilidade as decisões públicas, o que possibilita acompanhamento da eficácia das normas e mensuração da efetiva transformação da sociedade.

Mirando-se o Direito como atividade compartilhada de planejamento social, cujo objetivo é guiar as condutas dos indivíduos por meio da criação e da execução de planos coletivos⁹⁴, percebe-se que os parlamentos são instâncias importantes para o estabelecimento de um sistema jurídico cujo funcionamento pressupõe conhecimento geral das estratégias. Se as normas jurídicas podem ser apreendidas como planos de ação, e se a positivação do direito pretende alcançar – por intermédio do planejamento – objetivos que dificilmente se realizariam a partir da solitária ação individual improvisada, somente um processo decisório minimamente racional permite que haja confiança e aquiescência de todos aos comportamentos futuros pretendidos, acomodando as naturais divergências⁹⁵.

Dessa breve exposição inicial sobre os papéis da lei no Direito atual, infere-se que as democracias contemporâneas esperam dos parlamentos postura deliberativa, situando-lhes como instâncias decisórias capazes de absorver e replicar, argumentativamente, os dissensos comunitários e de tomar decisões sem deixar de considerar as múltiplas expressões sociais. Entretanto, em sociedades tão complexas, é mesmo possível acreditar nas promessas constitucionais de igualdade nas tomadas de decisão? Algum tipo de procedimento será capaz de cumprir de forma satisfatória ideal tão ambicioso?

Para responder a essas perguntas, é necessário incursionar na relação multifacetada e repleta de pontos de tensão entre direito e política, em cuja interseção se

⁹³ LLORENTE, Rubio. Función Legislativa, poder legislativo y garantía del procedimiento legislativo. In: *El procedimiento legislativo*. V jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 21-33.

⁹⁴ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. A ampla formulação de Shapiro acerca do Direito como um sistema de planejamento social, composto por sistemas coerentes de planos (normas) interligados foi bem desenvolvida, no Brasil, no trabalho de VICTOR, Marcelo Barros Leal. *Os limites interpretativos do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise pautada pela confiança*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Fortaleza, 2018.

⁹⁵ “The need to guide the behavior of the other members will be pressing whenever members do not trust each other's intelligence, character, or knowledge or when their preferences significantly diverge. In such circumstances, participants cannot simply assume that others will be able to coordinate their behavior properly. They must use plans to compensate for their distrust or disagreement so that their fellow participants will act in the way that they want to or believe they should”. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 132.

encontra um instituto chave para a compreensão a lógica pragmática que rege o processo de legitimação: a representação política.

1.3. O processo legislativo como ponte entre o sistema político e o sistema jurídico

Conhecido critério de diferenciação conceitual entre direito e política é elaborado no esquema analítico denominado teoria dos sistemas, que propõe categorizações epistemológicas a partir da identificação⁹⁶ de campos heterogêneos da sociabilidade, cada qual regido por léxico próprio e com funções próprias. Essa compartimentalização permitiria a ampliação da percepção de fragmentos da complexidade do mundo⁹⁷, incrementando-se a racionalização das problematizações científicas, ante a inauguração de perspectiva mais funcional de manipulação das alternativas e explicações⁹⁸. Cada sistema conta com códigos comunicativos próprios, por meio dos quais se constrói, reproduz-se e se delimita, sempre a fim de reduzir seletivamente as possibilidades em comparação com as possibilidades infinitas do mundo circundante⁹⁹.

A política, cuja função é produzir decisões majoritárias coletivamente vinculantes, operaria a partir do código governo/oposição, que pode ser derivado em binarismos tais como maioria/minoria, progressista/conservador, republicano/liberal, dentre outros. Os programas do sistema político são teleológicos, identificados aos programas

⁹⁶ Essa identificação se dá comparativamente, como aponta ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan (orgs.). *Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 175.

⁹⁷ Edgar Morin define a complexidade como fenômeno quantitativo, decorrente da extrema quantidade de interações e interferências entre um número igualmente grande de unidades (multidimensionalidades), associado a incertezas, indeterminações e fenômenos aleatórios. “A complexidade encontra-se onde não se pode superar uma contradição. (...) A aceitação da complexidade é a aceitação de uma contradição, e a ideia de que não se pode escamotear as contradições numa visão eufórica de mundo.” MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011, pp. 35,64.

⁹⁸ “Por complexidade do mundo, Luhmann entende a totalidade dos eventos possíveis. O mundo é extremamente complexo enquanto a margem de atenção de nossa experiência intencional e de nosso agir é extremamente reduzida: a superabundância do possível supera aquilo que nós somos capazes de elaborar pela ação ou experiência. (...) Nossa experiência, portanto, é marcada por pretensões excessivas que se exercem em seus conflitos e a tornam incerta, ameaçando sua capacidade de se orientar no mundo com sucesso.” DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução: Pedro Jimenez Cantisano e José Ernani de Carvalho Pacheco Curitiba: Juruá, 2017, p. 227.

⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. In: LUHMAN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte Real. Editora Universidade de Brasília, 1980, apresentação.

político-eleitorais, e muitas vezes oxigenados a partir da periferia do sistema, que é hipercomplexa, composta por inúmeras organizações¹⁰⁰.

Por sua vez, o direito funciona mediante o código lícito/ilícito, destinando-se à estabilização e à manutenção de expectativas normativas específicas, ao definir os limites às interações da sociedade, concretizando o ideal de segurança mediante a compatibilidade dos comportamentos com os textos e práticas positivados¹⁰¹. Seus programas são normativos, veiculados em leis¹⁰², decisões judiciais¹⁰³, costumes e contratos¹⁰⁴, e os procedimentos jurídicos que atribuem regularidade às decisões jurídicas são também sistemas de ação, porque reduzem eles próprios as complexidades¹⁰⁵, ao acarretarem para os destinatários das

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil - o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.86

¹⁰¹ “Contudo, a forma do direito é encontrada na combinação entre duas distinções, isto é, as modalidades de expectativas cognitivas/normativas, e as de codificação lícito/ilícito. Todos os ajustes sociais do direito operam no âmbito dessa estrutura; eles variam o sentido factual, o “conteúdo” das normas legais e os programas que regulam uma coordenação “correta” dos valores lícito e ilícito, a fim de manter a vinculação do tempo e a capacidade de consenso/dissenso em uma zona de compatibilidade recíproca. E é precisamente em razão da dimensão factual que exerce essa função de equilíbrio que não existe uma definição factual do direito.” LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 70.

¹⁰² Ricardo Gaustini, referindo-se aos argumentos esposados pelo que chama de doutrina da completude do direito, cita as chamadas normas gerais de conteúdo negativo (ou normas exclusivas) como estratégias de fechamento do ordenamento: tratam-se de normas que prescrevem, abstratamente, que tudo quanto não for proibido pela lei é permitido, vinculando todos os comportamentos ao sistema jurídico. Guastini, contudo, chama atenção para a tautologia da enunciação, já que proibido e permitido são conceitos interdefiníveis, porquanto um significa o exato oposto do outro. Assim, suas aplicações mascarariam a existência de lacunas nos ordenamentos, que se originam na possibilidade de se atribuir mais de um sentido ao termo ‘permitido’, a depender da existência de norma jurídica que qualifique uma conduta como expressamente permitida. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 176-177.

¹⁰³ Outra estratégia para o fechamento operacional do sistema jurídico é a obrigatoriedade de que os casos submetidos ao Poder Judiciário sejam julgados. O Direito, prezando por sua completude, impõe aos juízes que sempre profiram decisão sobre os conflitos sociais judicializados, ainda que o ordenamento jurídico não contemple exatamente a situação fática sob exame. Sobre a gênese e a evolução da proibição de não julgar, confira-se: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non Liqueat: from modern law to roman law. *Annual Survey of International & Comparative Law*: Vol. 10, 2004, pp.1-25. LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução: Peter Naumann. *Revista da Ajuris*, n. 49, 1990, pp. 150-168. Atualmente, a proibição ao *non liquet* enfrenta contestações teóricas e práticas. Há situações nas quais os tribunais optam por protelar a solução adjudicatória de casos, adotando postura de temperança enquanto supervisionam a evolução das questões e o papel desempenhado pelas partes, na tentativa de obter a tutela mais adequada para o caso. Sobre o tema, confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when it is appropriate, just, and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n.2, 2005, pp. 325-351; SCOTT, Joane; STRUM, Susan. Courts as Catalysts: Rethinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, 2007, pp. 565-594. Defendendo que a inafastabilidade da jurisdição tem feição normativa principiológica, aplicável de acordo com as condições fáticas e jurídicas subjacentes e cuja intensidade da incidência varia verticalmente conforme o grau de jurisdição, KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, 2015, pp.171-205.

¹⁰⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

¹⁰⁵ “O objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade – quer com ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão.”

normas a certeza de paralelismo entre as decisões e questões delimitadas pelo processo, permitindo interação processual e aceitação do que vier a ser decidido, ainda que desfavoravelmente a determinado grupo. Nesse sentido, Luhman conceitua a legitimidade como “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”¹⁰⁶ e percebe que as sociedades passam a legitimar o seu direito não mais se valendo de verdades invariáveis, mas através da participação em procedimentos.

Essa estratégia metodológica de especialização funcional, apesar de delinear operações comunicativas próprias para a política e para o direito, não propõe que haja incomunicabilidade entre os respectivos sistemas, o que pressuporia um fechamento absoluto de cada um deles¹⁰⁷. Sistemas são fechados porque operam inteiramente regidos por seus códigos próprios, o que não quer dizer que sejam herméticos cognitivamente, imunes ou indiferentes a interferências recíprocas quando da formação de seus programas¹⁰⁸.

Um mesmo fenômeno social repercute comunicativamente em diferentes sistemas, possibilitando apreensões próprias por cada código. Essas decodificações, contudo, podem conter resultados em comum, ou podem recomendar ações cujos efeitos repercutirão simultaneamente sobre mais de um sistema, revelando-se zonas de interseção nas quais se dá o acoplamento estrutural entre eles.

Nesse contexto de intercâmbio, o direito oferece à política garantia de legitimidade no emprego da força¹⁰⁹, possibilitando que distúrbios políticos sejam resolvidos

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte Real. Editora Universidade de Brasília, 1980, p.27.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*: Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 30

¹⁰⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

¹⁰⁸ Marcelo Neves, sobre o entrelaçamento entre os códigos político e jurídico: “Assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa, sobretudo, uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006 p.80.

¹⁰⁹ “Se considerarmos o ordenamento jurídico em seu conjunto, é certamente lícito dizer que um ordenamento se torna jurídico quando se vêm formando regras pelo uso da força (passa-se da fase do uso indiscriminado à do uso limitado e controlado da força); mas não é igualmente lícito dizer, em consequência disso, que um ordenamento jurídico é um conjunto de regras para o exercício da força. As regras para o exercício da força são, num ordenamento jurídico, aquela parte de regras que servem para organizar a sanção e, portanto, para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento em sua totalidade. O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas organizar a sociedade mediante a força.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Denise Agostinetti. Editora Universidade de Brasília, 1995, p.69-70.

no terreno jurídico, destinado à implementação e à viabilização dos programas políticos¹¹⁰. Em contrapartida, o sistema político dá ao sistema jurídico as balizas para as decisões judiciais, operacionalizando o direito mediante a introdução de leis no sistema jurídico e com isso diminuindo o âmbito de liberdade da cidadania, reduzindo a complexidade¹¹¹.

A relação de separação com interdependência entre política e direito se revela com especial nitidez no processo de criação das leis, em que se fazem presentes tanto o imperativo político de serem regulamentadas novas e mais complicadas relações sociais (transformação estrutural das expectativas), quanto a função precípua do direito, ligada à segurança e à manutenção de expectativas.

O processo legislativo – veículo de circulação entre os sistemas, uma ponte entre a política e o direito – tem sua funcionalidade vinculada a um potencial de estabilização¹¹², de modo que a regulamentação jurídica deve ser produzida com o mínimo possível de irritação política, visando ao máximo de estabilização dos direitos. Para alcançar essa difícil equação, é fundamental que o procedimento de criação do direito reúna tudo o quanto se pode saber sobre um setor a regular, bem como sobre os interesses dos afetados pela regulação¹¹³.

Mais adiante, defender-se-á que, quanto mais aberto para a participação dos parlamentares e da sociedade for o processo legislativo, mais próximo se estará de alcançar esse modelo informativo ideal de deliberação. Por ora, convém realçar sua presença nos textos das Constituições, através de normas materiais e procedimentais que convergem para prescrever os atributos democráticos indispensáveis à positivação do direito pela via legislativa.

1.3.1. Política, Direito e Constituição: entre procedimentalismo democrático e substancialismo republicano

¹¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

¹¹¹ “O sistema jurídico expõe-se a si mesmo à influência política através da disponibilização de possibilidades de legislação. O sistema político, através da democratização, expõe-se a si mesmo às tentações de tomar decisões sobre iniciativas de alterações do direito. A autorreferência dos sistemas pega então um desvio pela inclusão do ambiente no sistema.” LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 490.

¹¹² HESPANHA, António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: *Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 50. Lisboa: INA- Instituto Nacional de Administração, 2010, p. 63.

¹¹³ HESPANHA, António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: *Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 50. Lisboa: INA- Instituto Nacional de Administração, 2010, p.65.

Na evolução histórica dessa relação entre direito e política, o constitucionalismo surge como fator de estabilidade¹¹⁴, ao salvaguardar direitos fundamentais do alcance dos legisladores, inaugurando conhecida tensão entre direito e democracia, presente especialmente no processo de criação das leis. A hierarquização do ordenamento, mediante o estabelecimento de uma instância supralegal de validade serviu para normatizar a normatização jurídica¹¹⁵, introduzindo nos parlamentos o código lícito/ilícito¹¹⁶, cuja aplicação se dá basicamente em duas perspectivas, que se mesclam.

A primeira delas, já referida anteriormente, é procedimental e decorre de uma exigência de igualdade. Diante da convivência de diversas concepções sobre a moral e a justiça, a Constituição elege processos decisórios estruturados em ambientes voltados para estimular explicitação de dissensos políticos, a partir dos quais escolhas majoritárias passam a integrar o direito positivo¹¹⁷.

A segunda pode-se dizer material, substancialista, e em essência, refere-se ao núcleo jurídico objeto do pré-compromisso social projetado quando da manifestação do Poder Constituinte, que retira do alcance das maiorias escolhas essenciais para a democracia, petrificando direitos como limites à ação política e proibindo que sejam objeto de deliberações futuras¹¹⁸⁻¹¹⁹, ainda que majoritárias.

¹¹⁴ Na perspectiva luhmasiana, a Constituição é percebida como a aquisição evolutiva que permitiu a limitação jurídica do governo, por representar fonte normativa comum aos sistemas jurídico e político, constituindo mecanismo de interpenetração permanente entre eles. “Sob a perspectiva do sistema jurídico, a Constituição, ao institucionalizar a divisão do poder e os direitos fundamentais, assegura a diferenciação entre direito e política, mas, simultaneamente, permite que os procedimentos de decisão política sejam conduzidos pela via do direito e, vice-versa, vincula os procedimentos jurídicos a processos de decisão política, por força do princípio da legalidade”. SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 8, 2016, p.94-107.

¹¹⁵ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 9.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 76

¹¹⁷ Jeremy Webber anota que a função precípua do constitucionalismo contemporâneo já não é meramente limitar poder, mas garantir a expressão da participação pública nos governos, controlando sua conformidade aos direitos constitucionais. “But constitutions are not primarily about limiting government. Their first role is to constitute government: to specify the processes by which public decisions are made. Any sensible approach to constitutionalism has to take seriously their role in defining the public voice – indeed in creating several complementary or competing public voices, for especially in a federal system, but also in nominally unitary systems, those institutional voices are plural. This is a positive role, a role that enables public action, not one that is adequately captured through the concept of limits. And indefining the public voice, democratic participation is fundamental. Indeed, it is the first principle of contemporary constitutionalism.” WEBBER, Jeremy. Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (Orgs.). *The least examined branch: the role of legislatures in the Constitutional State*. Cambridge University Press, 2006, p. 411.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA Neto, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 21; VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de

Entre as duas perspectivas sumariamente expostas acima há nítida relação de complementariedade¹²⁰. De fato, há direitos liberais imprescindíveis à manutenção da democracia que se vinculam internamente aos processos democráticos¹²¹ – inclusive ao de criação de normas – porquanto sua observância garante a competição política genuína na sociedade¹²², condição essencial para que se possa obter consenso, pelo menos, quanto aos procedimentos adotados para resolver os dissensos¹²³. Exemplificativamente, podem ser destacados os direitos relacionados à liberdade de expressão, de alistamento eleitoral¹²⁴ e de justificação das decisões judiciais e legislativas, ficando perceptível que os enfoques substancialista e procedimentalista convergem ao se fazerem presentes no processo legislativo, atuando como salvaguardas das condições de participação política¹²⁵.

Com o advento da força normativa das constituições, e a consequente penetração no direito positivo de uma racionalidade axiológica e substantiva, rompe-se o postulado de onipotência do legislador (que será adiante revisitado) e a ideia de soberania do parlamento, já que o próprio legislador eleito pelas maiorias se encontra submetido à Constituição e aos direitos fundamentais nela estabelecidos¹²⁶, cuja estabilidade desempenha o papel de acoplar o sistema político ao sistema jurídico.

justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. *Lua Nova*, n. 42, 1997, p. 53-97; BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; ELSTER, Jon. *Precommitment and Constitutionalism*. New York: Columbia University Press, 1995. Os autores reconhecem a inteligência da teoria do poder constituinte: mediante imposição de limitação do poder político, protege-se com intransigência normativa direitos que são pressupostos para o funcionamento democrático da política.

¹¹⁹ Luigi Ferrajoli esclarece de que forma princípios como a separação de poderes e a legalidade, além dos direitos fundamentais, representam limites à soberania interna, cuja positivação nos textos constitucionais é vista por ele como solução meramente simbólica. “Gracias a estos principios, la relación entre Estado y ciudadano deja de ser una relación entre soberano y súbdito, y se convierte en una relación entre dos sujetos que tienen una soberanía limitada. En particular, el principio de legalidad en los nuevos sistemas parlamentarios cambia la estructura del sujeto soberano vinculándolo no sólo a la ley sino también al principio de las mayorías y a los derechos fundamentales — por tanto, al pueblo y a los individuos — y transformando los poderes públicos de potestades absolutas en potestades funcionales. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4 ed. Tradução: Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2004, p. 138.

¹²⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de legitimação*, 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 117-118. CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 2016, p. 51-99.

¹²¹ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução: Luíz Antonio Oliveira Araújo. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 344.

¹²² VITA, Álvaro. Democracia e Justiça In: VITA, Álvaro de; BORON, Atílio (orgs.). *Teoria e Filosofia Política. A recuperação dos clássicos no debate latino-americano*. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 78.

¹²³ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999, p. 19.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Paz e Terra, 2002, p. 30.

¹²⁵ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4 ed. Tradução: Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2004, p. 145.

Outra faceta da mescla entre os sistemas se revela no conteúdo do regramento do processo de criação das leis, no qual variáveis ligadas ao mundo da política possuem repercussão decisiva. Desde o exercício da faculdade de iniciativa legislativa, passando pelas características procedimentais de tramitação nas casas congressuais¹²⁷, até a posterior sanção ou veto do chefe do Executivo¹²⁸, as circunstâncias políticas desempenham papel de centralidade ao longo do rito procedimental, além de constituírem o cerne de motivação da decisão legislativa¹²⁹, formada por agregação dos votos parlamentares.

Se a lei é ato simultaneamente jurídico e político¹³⁰, um estudo que se proponha a examinar realisticamente o processo legislativo deve levar em consideração um aspecto essencial da política nas democracias contemporâneas. Os limites comunicativos impostos pelas assimetrias sociais se refletem nos parlamentos¹³¹, institucionalizados idealmente como espaços de potencialidade participativa. E essa adversidade se intensifica, especialmente, em países da periferia do capitalismo, nos quais amplos setores da sociedade são excluídos, destituídos de condições materiais mínimas de interação cultural política e econômica, sem cuja observância soa inverossímil se falar em diferenciação funcional e em autonomia entre os sistemas da política, da economia e do direito¹³².

1.4 Processo Legislativo e Representação Política

¹²⁷ A atribuição de regime de urgência, por exemplo, que inclui a proposição na pauta do plenário da casa legislativa independente da análise das comissões, rege-se por critérios de índole política.

¹²⁸ Para exame aprofundado, à luz da política e da sociologia do direito, ver CARVALHO NETO, Menelick. A sanção no procedimento legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

¹²⁹ EKINS, Richard. *The nature of legislative intent*. Oxford University Press, 2012, p. 77.

¹³⁰ DICKMANN, Renzo. *Processo Legislativo e limiti della legge*. Napoli: Jovene Editore, 2006, p. 57.

¹³¹ Sérgio Abranches, desde longa data, enxergava que o Legislativo, de certa maneira, reflete o sistema vigente de correlação de forças e de dominação social. ABRANCHES, Sérgio. *O Processo Legislativo: conflito e conciliação na política brasileira*. Dissertação de mestrado em Sociologia. Universidade de Brasília. 1973.

¹³² Marcelo Neves, ao apontar limites para a aplicação da tese da diferenciação funcional dos sistemas nas sociedades periféricas do mundo capitalista, chama atenção para problemas advindos de níveis endêmicos de desigualdade social e econômica entre setores da população. Em países muito desiguais, verifica-se tendência de superimposição dos códigos da economia e da política sobre o direito. Massas de cidadãos muito pobres são subincluídos, de sorte que, embora fortemente dependentes dos sistemas funcionais, são impossibilitados de acessar os seus benefícios (têm muito mais deveres do que direitos; dependem do dinheiro e da economia, mas não têm capacidade de poupança e de acesso ao sistema monetário; dependem da educação, mas não contam com ensino de qualidade e etc.). A minoria de privilegiados, por seu turno, oligopoliza o sistema econômico, capturando o sistema político, de sorte que esses dois sistemas sobredeterminariam o sistema jurídico, impedindo a autonomia operativa do direito, assim como obstando a diferenciação funcional. Como consequência dessa preferência estrutural por exclusão, nas sociedades periféricas resta frustrado o papel da Constituição de promover o fechamento operativo e o acoplamento procedimental entre direito e política. NEVES, Marcelo. *Constituição e Positividade do Direito na Modernidade Periférica: uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução: Antônio Lucio Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

Especialmente, esses reflexos transparecem ao se observar criticamente a representação política¹³³, mecanismo no qual foram depositadas as expectativas de que a democracia pudesse funcionar nos estados modernos, e cujo papel foi ainda mais ampliado a partir da universalização do direito de sufrágio, uma vez que, nos sistemas políticos em que representantes são escolhidos por meio de decisões majoritárias, as ideias de representação e voto foram mutuamente implicadas¹³⁴: a representação integra o sentido teleológico do voto popular, método viável de manifestação política do povo, tendo em vista a impossibilidade de realização do ideal de democracia direta¹³⁵.

Muito embora persistam as controvérsias a respeito da transferência de poder do povo em favor dos representantes pelo sufrágio popular¹³⁶ (e de sua extensão), o processo eleitoral é o mecanismo empírico escolhido pela Constituição para designação dos participantes do processo parlamentar de elaboração das leis¹³⁷, e parece evidente haver relação de funcionalidade entre a representação e o processo legislativo.

Por um lado, o vínculo político mantido com os eleitores amplia o contato do representante com a periferia do sistema político, possibilitando-lhe a apreensão das questões do interesse da coletividade e sua transposição para o ambiente de deliberação institucional. Por outro, eleições periódicas são instrumentos de controle político em favor dos cidadãos votantes, que podem expressar sua discordância com o desempenho dos representantes

¹³³ Giovanni Sartori ressalta a complexidade que acompanha o tema da representação política, pontuando a necessidade de o estudioso se valer de ferramentas teóricas tanto do direito quanto da ciência política “A representação política cobre todo o percurso que vai da política ao direito, e vice-versa. Nenhuma outra matéria, talvez, esteja tão sugestivamente ligada a estas duas séries de conceitos. As instituições representativas são ao mesmo tempo o anel de união e o de desunião entre a posição do governar e do ser governado, entre o fazer leis e o ser subordinado a elas; e os mecanismos representativos são o trâmite de procedimentos por meio dos quais, poder-se-ia dizer que um soberano se torna súdito novamente, e o súdito volta a ser novamente soberano.” SARTORI, Giovanni. A teoria da representação no estado representativo moderno. Tradução: Ernesta Gaetani. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 22, 1962, p. 16.

¹³⁴ Bernard Manin inclui eleições regulares dos representantes pelos representados como um dos princípios basilares da representatividade. MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Tradução: Vera Pereira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 29, 1995, pp. 5-34. Não obstante, é importante esclarecer que inexistente correlação conceitual entre representação e voto popular, pois outros métodos de escolha, não propriamente eleitorais ou majoritários, mostram-se aptos a conferir mandatos representativos, como será referido adiante.

¹³⁵ Hans Kelsen fala da necessidade de se recorrer à ficção da representação como imposição para se conservar a igualdade democrática. Percebe a contradição existente na concepção do parlamento como uma instância representativa, na qual o povo pode defender sua vontade, e as disposições constitucionais que garantem independência de ação dos representantes eleitos, desvinculando-os de recomendações do eleitorado. KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Ivone Castilho. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 48.

¹³⁶ A discussão se encontra muito bem desenvolvida em SALGADO, Eneida Desiree. Princípios constitucionais estruturantes do processo eleitoral. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2010, pp. 29-46.

¹³⁷ MINAMI, Marcos Youji. Do conceito de Processo Eleitoral brasileiro. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2013.

deixando de renovar-lhes os mandatos, o que restringe sensivelmente as condições de viabilidade das proposições legislativas apresentadas que não tenham sido deliberadas.

As sociedades contemporâneas não caminham no sentido de estabelecerem democracias diretas puras, ou outros sistemas aptos à viabilização do exercício não mediado de poderes políticos¹³⁸. Não obstante o relativo sucesso de diversos mecanismos pontuais de democracia direta adotados nos estados contemporâneos¹³⁹, bem como o crescente uso de soluções tecnológicas como forma de promover aproximação entre a cidadania e os parlamentos¹⁴⁰, além do relativo avanço de perspectivas teóricas a respeito de métodos

¹³⁸ CAMPOS, Paloma Biglino. Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad. *Revista de Derecho Político*, n. 100. 2017, p.481-511. Por sinal, não há registro de um modelo de democracia efetivamente plena e direta na história das sociedades. A isegoria, modelo de deliberação das cidades-estados gregas, à luz dos critérios democráticos de hoje, revela-se marcada por desigualdades no que toca ao acesso à condição de cidadão, sendo as decisões políticas provenientes de reuniões de uma elite intelectual, da qual não faziam parte setores numericamente majoritários do povo, como escravos, mulheres e estrangeiros. Com efeito, apenas poucos cidadãos, os que dominavam a escrita e a oratória, gozavam de autonomia para apresentar propostas de leis. Mesmo dentre os integrantes da assembleia (em determinando período, formada por sorteio) a maioria dos cidadãos se limitava a aprovar ou a desaprovar as proposições, e, caso pretendessem apresentar alguma medida, necessitavam recorrer à assistência dos logógrafos, profissionais que conheciam a retórica e o sistema legal. GÓMEZ, Virgilio Zapatero. Lenguaje e imperio de la ley. Atenas, s.IV AC. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org.). *La Legislación en serio: estudios sobre Derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p.40; LORAUX, Nicole. *A invenção de Atenas*. Tradução: Lúcia Valle. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

¹³⁹ Um apanhado acerca da iniciativa popular no direito brasileiro e de experiências no direito comparado pode ser encontrado em CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Legislativo Constitucional*. Juspodvm: Salvador, 2017 p. 69-78. Já para análise teórica da democracia direta, ver FISHKIN, James. *When the people speak: deliberative democracy and public consultation*. New York: Oxford University Press, 2009.

¹⁴⁰ O uso de plataformas virtuais de discussão e de instrumentos de inteligência artificial já se fazem presentes, em diversos países, durante todo o ciclo de vida da política pública. Em Taiwan, por exemplo, foi implementado um sistema virtual de discussão em larga escala (vTaiwan, acessível em www.pol.is), no qual os participantes podem apontar problemáticas e avaliar seus graus de importância. Um algoritmo estabelece como as pessoas percebem os problemas, distinguindo entre temas ao redor dos quais há mais consenso (o que indica que estão em melhores de proposição e discussão no parlamento) e questões nas quais há maior dissenso social, o que indica necessidade de amadurecimento da discussão. A ferramenta já foi utilizada com sucesso, chegando a reunir mais de duzentas mil pessoas. A cidade de Reykjavík, na Islândia, desenvolveu um software aberto (Better Reykjavík), no qual cidadãos postam e avaliam ideias a serem implementadas pelo poder público, e as cinco propostas mais bem avaliadas são encaminhadas ao Legislativo municipal. A ideia foi replicada com sucesso em outros lugares do mundo, como na cidade de Madrid (a plataforma Decide Madrid conta com mais de quatrocentos mil cidadãos cadastrados), na Índia, (onde mais de sete milhões de pessoas integram a plataforma mygov.india, que conta com centenas de possibilidades de participação), bem como na França, (por meio do software aberto “your priorities”, o parlamento responde às “questions citoyennes”). Experiência também interessante vem sendo desenvolvida no Brasil, por meio da plataforma Wikilegis, que permite às pessoas tecer comentários sobre os projetos de lei em andamento, ou ainda propor projetos. A ferramenta foi bastante utilizada na tramitação do marco civil da internet, lei 12.965/2014, que surgiu da iniciativa popular virtual e contou com mais de oitocentas sugestões. Também no Brasil está em desenvolvimento uma plataforma de interação entre a cidadania e o parlamento baseada em tecnologia blockchain (mudamos.org), que identifica os eleitores com base em suas informações cadastrais fiscais, e então lhes possibilita a troca de ideias e sugestões a ser submetida ao parlamento. Finalmente, vale atentar para a rica experiência do Chile, que se utiliza de uma plataforma virtual de consulta chamada (Evaluación de la Ley), com o intuito de captar as percepções das pessoas submetidas às leis aprovadas, e assim descobrir se a medida está gerando os impactos esperados. O tema é fascinante e, não obstante ainda haja resistências por parte de segmentos de representantes, tudo indica que as inovações tecnológicas continuarão a dar resultados interessantes e a enriquecer o processo de elaboração e avaliação das leis. Um excelente compilado dessas e outras iniciativas adotadas em diferentes países pode ser lido em

aleatórios de escolhas para ocupantes cargos públicos¹⁴¹, é certo que as democracias do presente mantêm-se essencialmente representativas, e que essa fórmula de institucionalização da política continua a encerrar potente contradição, ao significar um governo do povo, no qual o povo não se faz diretamente presente nos processos de tomada de decisões¹⁴². Pela via eleitoral, decide-se sobre quem vai decidir, e nada além disso¹⁴³.

Numa formulação que combine o princípio da soberania popular com a representação política, tem-se que o povo titulariza o poder, mas não o exerce, enquanto os representantes, que o exercem, não o titularizam¹⁴⁴.

Muito embora as decisões parlamentares afetem diretamente a cidadania, não há vínculo jurídico entre os eleitores e os representantes. Como aponta Luigi Ferrajoli, a relação entre parlamentares e eleitores é puramente política. Vínculo jurídico se institui tão somente

NOVECK, Beth Simone (org.). *Crowdlaw for congress: strategies for 21st century lawmaking*, 2020. Disponível em <http://congress.crowd.law>, acesso em 12/09/2020. Dentre outros estudos mais antigos sobre o tema: LESTON-BANDEIRA, Cristina. Studying the Relationship between Parliament and Citizens, *The Journal of Legislative Studies*, vol. 18, Issue 3-4 2012. SUNSTEIN, Cass. *República.com: internet, democracia y libertad*. Tradução: García Segura. Barcelona: Paidós, 2003. No Brasil, FARIA, Cristiano Ferri Soares. *O Parlamento aberto na era da Internet: pode o povo colaborar com o parlamento na elaboração das leis?* Brasília: Edições Câmara dos Deputados, 2015.

¹⁴¹ Os defensores de métodos aleatórios para escolha de ocupantes de cargos públicos buscam desconstruir a ideia de que o sufrágio eleitoral seria a única forma legítima de expressão da soberania popular. Uma seleção aleatória entre todos os cidadãos, dizem eles, além de espelhar com mais fidedignidade a multiplicidade de características da população, desarmando a influência das forças econômicas que veem a competição eleitoral como incentivo, incrementaria a diversidade de visões políticas nos parlamentos, potencializando as vantagens epistêmicas da democracia, calcadas justamente no somatório de múltiplas inteligências. Métodos aleatórios de composição de parlamentos não representam novidade. Têm origem em Atenas, foram utilizados em Cidades-Estados italianas, como Veneza e Florença e vêm sendo progressivamente experimentados na contemporaneidade, tanto a nível municipal quanto nacional, conforme destacam PEIXOTO, Tiago; NEVES, Bruno. O sorteio na democracia: uma alternativa viável? Disponível em: <https://insightinteligencia.com.br/o-sorteio-na-democracia-uma-alternativa-viavel>. Acesso em 31/07/2020. Ainda sobre o tema, cuja bibliografia é instigante e vasta, confira-se, MIGUEL, Luís. Felipe. Sorteios e representação democrática. *Lua Nova*, n. 50, 2000, p. 70-96; LANDEMORE, Helene. Inclusive constitution-making: the Icelandic experiment. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 23, n° 2, p. 166-191, 2015; BROWN, Mark. Survey Article: Citizen panels and the concept of representation. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 14, n. 2. 2006, pp. 203-225.

¹⁴² Luís Felipe Miguel explica o paradoxo com foco no próprio sentido atribuído ao vocábulo povo em um sistema político democrático. “Mas, na verdade, se nós formos interrogar o sentido de “povo” enquanto categoria sociológica, chegaremos à conclusão de que há, no cerne da democracia, um paradoxo. Povo não é uma categoria econômica, como “operariado” ou “classe trabalhadora”. Povo é uma categoria política, que reúne as pessoas que estão submetidas a um governo. Desta forma, povo se opõe exatamente a governo: povo e governo são antípodas na relação de dominação política própria das mais diversas sociedades humanas, Um “governo do povo” é, assim, uma contradição em termos. MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo, Editora UNESP, 2014, pp. 13,20.

¹⁴³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010, p. 28.

¹⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 110.

entre os eleitos e os partidos políticos¹⁴⁵, ou entre os representantes e a pessoa jurídica estatal que integram, sem alcançar os representados¹⁴⁶. Bernard Manin, discorrendo sobre o governo representativo de tipo parlamentar, sublinha que essa relativa liberdade jurídica dos parlamentares em relação à vontade dos eleitores é fundamental para que possa haver deliberação, ou seja, para que se construam decisões a partir da troca de argumentos, entendendo que a ausência de vinculação do representante a um ponto de vista defendido pelo eleitorado, amplia as potencialidades do processo legislativo, permitindo que soluções mais ricas e amplas sejam construídas ¹⁴⁷⁻¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

A Constituição brasileira, a exemplo de tantas outras¹⁵⁰, veicula princípio de liberdade dos mandatos representativos, concretizado em diversas regras que asseguram

¹⁴⁵ No sistema eleitoral brasileiro, não são admitidas candidaturas avulsas, constituindo a filiação partidária condição de elegibilidade. Ademais, casos há em que o mandato parlamentar pode ser cassado em virtude de ausência de fidelidade partidária.

¹⁴⁶ Ferrajoli excetua a representação política do conceito de representação jurídica, por ele definida como relação jurídica em que um sujeito se encontra obrigado a satisfazer as expectativas e a tutelar os interesses de outro sujeito, sem que haja entre eles conflito de interesses. Na representação política, os atos do representante não são imputáveis ao representado, havendo entre eles mero vínculo genérico, orgânico, estabelecido na Constituição. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza & Figli, 2007, vol I, p. 863.

¹⁴⁷ “Como os representantes não estão submetidos à vontade de seus eleitores, o Parlamento pode ser um local de deliberação no sentido pleno da palavra, ou seja, um lugar onde os políticos definem suas posições através da discussão e onde o consentimento de uma maioria é alcançado através da troca de argumentos. Uma discussão só pode gerar um acordo entre participantes que têm, de início, opiniões divergentes, se estes puderem mudar de ideia no transcorrer das argumentações. Se, em determinadas circunstâncias, essa mudança for impossível, a discussão não se prestará à construção do consentimento da maioria. Exatamente para permitir a deliberação é que, no parlamentarismo clássico, os deputados não estão presos à vontade de seus eleitores.” MANIN, Bernard. *As metamorfoses do governo representativo*. Tradução: Vera Pereira. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, v.10, n. 29. São Paulo, 1995.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, José Luis Martí correlaciona uma relativa liberdade dos parlamentares frente ao eleitorado a ganhos epistêmicos para a democracia deliberativa. “Si el Parlamento debe utilizar procesos deliberativos para tomar sus decisiones, eso implica que los miembros de dicho Parlamento, en este caso, los representantes, deben estar dispuestos a modificar su posición política. Y un esquema muy rígido de dependencia del representante no permitiría dicha modificación. En otras palabras, si los representados quieren que en el Parlamento se desarrolle una auténtica deliberación, deben dejar un margen amplio de independencia a sus representantes para elaborar sus argumentos, contrastarlos con los de los demás y, en su caso, modificar la posición política.” MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.226. Com olhar mais empírico, concluindo que os participantes efetivamente mudam mais de ideia em procedimentos com desenho institucional que facilitem a escuta e o debate, GANUZA, Ernesto; FRANCÉS, Francisco; LAFUENTE, Regina; GARRIDO, Fernando. ¿Cambian sus preferencias los participantes en la deliberación? *Reis- Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 139, 2012, pp. 111-132.

¹⁴⁹ Não se deve entender, contudo, que a ausência absoluta de vínculo jurídico entre representante e representado seja indispensável para que os parlamentares possam deliberar e mudar de ideia. Basta que se pense em sistemas políticos nos quais os mandatos parlamentares se submetem à reavaliação popular, podendo vir a ser cassados. Nesses casos, o vínculo jurídico entre representantes e representados existe, e não parece causar diminuição da capacidade deliberativa congressual. Sobre o tema, confira-se ÁVILA, Caio Márcio de Brito. *Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema político brasileiro*. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁵⁰ A Constituição italiana de 1947, em seu artigo 67, por exemplo, prevê que cada membro do parlamento representa a nação e exerce suas funções sem mandato imperativo. No artigo 38 da Lei Fundamental de Bonn, lê-se que os deputados serão representantes do povo em seu conjunto, desvinculados de ordens ou instruções,

imunidades e estabilidade política aos parlamentares. Ademais, realizada a diplomação e iniciado o exercício do mandato, cada congressista atua em nome da totalidade de cidadãos, livre para agraciar ou desagradar seu eleitorado específico¹⁵¹.

Desse cenário não decorre, contudo, que os representantes disponham de poderes ilimitados, já que a Constituição igualmente consagra o princípio democrático, veiculado em normas que asseguram a soberania popular, a transparência e níveis mínimos de justificação das decisões públicas, para além da defesa de direitos fundamentais de participação política, inclusive de minorias subrepresentadas no parlamento, conforme anteriormente sublinhado.

A equalização entre essas dimensões (dimensão participativa da democracia e dimensão de liberdade dos parlamentares para o exercício de seus mandatos) demanda soluções criativas, capazes de criar pontes comunicativas entre os atos parlamentares e o povo, sem que disso decorra tentativa de tutela das prerrogativas constitucionais dos mandatários.

Em verdade, esses impasses teóricos decorrentes da ideia de representação política, há tempos desafiam os cientistas políticos. O que justifica que um grupo de funcionários do Estado possa deliberar sobre os direitos de todo o povo? Como garantir que as leis do Estado sejam obedecidas por quem delas discorde? Qual é a medida adequada da participação de cada indivíduo nas manifestações de poder estatal? Não obstante a multiplicidade de questões hipercomplexas, a representação se coloca como importante código de ação política, e pode sim oferecer caminhos de legitimidade e de inteligibilidade para a democracia. Para tentar trilhá-los, convém sintetizar pontos essenciais (e de inflexão) desse itinerário.

1.4.1 Poder Legislativo e Representação Política nos teóricos contratualistas: a gênese moderna da ideia de lei como vontade geral

sujeitos unicamente à suas consciências. Na Carta Francesa, o artigo 27 dispõe que é nulo todo mandato imperativo, enquanto a Constituição espanhola de 1978, no artigo 67, prevê que os membros do parlamento não são vinculados ao povo por mandato imperativo.

¹⁵¹ Edmund Burke qualificava a todos os mandatários como fiduciários do povo, por sustentar que poder algum é atribuído para o bem exclusivo daquele que o recebe. Via a representação não como uma relação de personalidade, mas sim de defesa de interesses nacionais superiores às vontades individuais, razão pela qual defendia que, depois de eleitos, os parlamentares não tinham de atuar, necessariamente, em sintonia de seu eleitorado. BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Tradução: Gustavo Biscaia de Lacerda. Revista de Sociologia e Política. vol.20, n.44. 2012, pp. 97-101.

A ideia de representação política evoluiu, ao longo da história, da lógica do mandato imperativo até o advento e a universalização do mandato representativo¹⁵². A primeira sistemática, advinda de técnica do direito privado, era característica do direito feudal, quando se disciplinava a vida política como prolongamento das relações privadas, repetindo-se esquema no qual caberia ao mandatário realizar estritamente atos dos quais os mandantes o encarregassem¹⁵³. Esse mecanismo funcionava mediante adoção de rígidas circunscrições eleitorais, antes de haver, na Europa, Estados delimitados em unidades territoriais¹⁵⁴. No contexto centralizador absolutista, os deputados eram destituídos de autoridade política ou de iniciativa governamental, registrando Simone Goyrad Fabre que, entre 1614 e 1789, a Assembleia dos Estados Gerais francesa não foi convocada uma vez sequer.

A evolução política que permitiu o advento do mandato dito representativo provém das demandas sociais por igualdade, que maturaram a democracia como ideal sociopolítico e desembocaram nas revoluções burguesas, já sob a influência de uma ideia de soberania popular¹⁵⁵.

Todavia, é grande a heterogeneidade conceitual quanto à ideia de representação na obra dos teóricos contratualistas¹⁵⁶. Apesar de todos os autores justificarem a legitimação do poder estatal a partir de uma ideia de consenso (os cidadãos, voluntariamente, consentiriam quanto à sua subordinação ao Estado, com vista à obtenção de ganhos coletivos), e ressaltarem o legiscentrismo estatal como única expressão fidedigna de um poder democrático, há divergências marcantes quanto à extensão da representação democrática, sua operacionalização, e quanto aos efetivos benefícios de sua adoção como critério de decisão política.

¹⁵² GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Tradução: Cláudia Berliner. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 129.

¹⁵³ CLEVES, Gonzalo Ramires. Mandato imperativo y mandato representativo. *Revista Derecho del Estado*, n. 8. Bogotá, 2000.

¹⁵⁴ ÁVILA, Caio Márcio de Brito. Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema político brasileiro. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2009, p.21.

¹⁵⁵ Reconstrução história ampla das origens da democracia moderna, com foco no triunfo da democracia representativa pode ser encontrada em DAHL, Robert. *A Democracia e seus críticos*. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Dahl destaca que a institucionalização da representação política nos parlamentos correspondeu à solução para preservar a adoção do ideal republicano em sistemas políticos de grande escala, nos quais a participação direta seria inviável. Como marco histórico a partir do qual a perspectiva representativa passou a ser defendida, Dahl cita a Guerra Civil inglesa e a atuação do grupo dos Levellers.

¹⁵⁶ As divergências se encontram bem expostas em PITKIN, Hanna. Representação: palavras instituições e ideias. Tradução:Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. *Lua Nova*, n. 67, pp. 15-47, 2006

Consoante obra precursora de Thomas Hobbes, publicada em 1651, somente uma concessão irrestrita de autoridade do povo em favor do Estado seria capaz de fazer frente ao risco de retorno ao indesejado estado de natureza. A representação, para inaugurar esse imprescindível Estado-Leviatã, deveria veicular autorização irrevogável de poderes ilimitados para ação em nome dos representados¹⁵⁷. Muito embora já situasse o povo como suporte da soberania, rompendo com tentativas de legitimação do direito via padrões metafísicos¹⁵⁸, a concepção hobbesiana, por descurar quanto ao controle desse poder inevitavelmente irrestrito outorgado ao Estado, terminou por inaugurar certo paradoxo no que toca à ideia de representatividade, ao pressupor que o pacto fundador do Estado implicasse em submissão plena dos representados¹⁵⁹. Embora o poder fosse estabelecido a partir de uma atribuição feita pelo povo, que comporia uma unidade orgânica com o soberano¹⁶⁰, Hobbes não considerava possível forma alguma de resistência da cidadania, ainda que ineficiente ou malquisto o governo¹⁶¹.

Já nos tratados sobre o governo civil de Locke, contemporâneo da segunda revolução inglesa (publicados em 1681), o estado de natureza aparece como cenário em que os sujeitos regulam livremente suas ações e suas posses. Os homens, inevitavelmente, deixariam esse estado de natureza e ingressariam na vida em sociedade, sendo imprescindível um poder central que lhes garanta o mais caro e basilar dos direitos naturais, a propriedade. Já não se adota, contudo, o contrato de submissão do Leviatã hobbesiano, pois Locke condiciona

¹⁵⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁵⁸ GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. Tradução: Cláudia Berliner. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 50. Há diversas análises importantes das ideias hobbesianas, destacando-se as de STRAUSS, Leo. *A filosofia política de Hobbes. Suas bases e sua gênese*. Tradução: Elcio Verçosa Filho. São Paulo: É realizações, 2016, bem como o livro de SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Tradução: Modesto Florenzano. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

¹⁵⁹ Esse paradoxo é bem simbolizado na figura do soberano representante proposta por Hobbes. Soberana poderia ser uma assembleia de homens, ou um homem apenas, mas sua institucionalização é tida como indispensável para viabilizar a unidade da multidão, pois é o representante quem simboliza a essência do Estado. A passagem mais emblemática da obra no que diz respeito à representação é a seguinte: “Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens”. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.107.

¹⁶⁰ “A imbricação postulada por Hobbes entre a representação (que transforma o súdito em autor) e o contrato (que transforma o autor em soberano) é o que confere o poder e força à autoridade política, e que permite a Hobbes extrair o conceito de Estado.” MIRANDA, Marcela. A teoria da soberania de Thomas Hobbes. *Revista 7 mares*, n.3. São Paulo, 2013, p. 138.

¹⁶¹ PITKIN, Hanna. Representação: palavras instituições e ideias. Tradução: Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. *Lua Nova*, n. 67, pp. 15-47, 2006.

a legitimidade do poder do Estado ao sucesso dessa missão de garantia dos direitos naturais. Caso haja fracasso, a insurreição passa a constituir dever da cidadania, real detentora da soberania, “destinada a fazer do Estado um poder a serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo”¹⁶². Na linha da tradição liberal que ajuda a fundar, John Locke limita as interferências do governo na vida privada, (especificamente em relação aos impostos) a algum consentimento da população governada, enxergando a representação como um dos mecanismos destinados a controlar a obediência a essas liberdades negativas¹⁶³ e esclarecendo que até mesmo o parlamento deveria respeitar os limites dos direitos naturais¹⁶⁴.

Em Rousseau, a idealização quanto ao estado de natureza ganha cores de concepção ultra individualista, na qual cada ser humano se encontra isolado, desprovido de linguagem e de razão, não havendo laços de guerra ou de propriedade. A análise – que é eminentemente psicológica, e não sociológica –, o levará a adotar concepção triádica e gradativa das formas de convivência da humanidade: estado de natureza (isolamento), sociedade civil (na qual os ricos protegem suas propriedades por meio de um pacto desvantajoso para os pobres) e república (regime destinado a superar as desigualdades, originário de um novo contrato social estabelecido para reinstituir a igualdade)¹⁶⁵.

Rousseau segue a premissa contratualista de que o poder derivaria de convenções políticas ao alcance dos cidadãos¹⁶⁶, sujeitos moralmente autônomos. Entretanto, sua proposta de pacto social se mostra radical, ao estipular que cada associado alienaria todos os seus direitos, não em favor do Estado ou de um ente soberano, mas sim em favor de toda a comunidade de pessoas, marcada por homogeneidade e dispersão em pequenos territórios¹⁶⁷.

¹⁶² CHATELET, François. *História das ideias políticas*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 47. Marcelo Catoni de Oliveira, contudo, ressalta que Locke distingue entre o pacto fundamental que cria o governo e o processo eleitoral de escolha de representantes. A dissolução do governo não implica na dissolução da sociedade, embora o inverso possa se verificar. OLIVEIRA, Marcelo Catoni de. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 63.

¹⁶³ Em Locke, vê-se que o mecanismo da representação já apresenta certas bases procedimentais democráticas, radicadas nas ideias de soberania popular e elegibilidade, limitado pelos direitos naturais: “Se o legislativo ou qualquer parte dele compõe-se de representantes escolhidos pelo povo para esse período, os quais voltam depois para o estado ordinário de súditos e só podendo tomar parte no legislativo mediante nova escolha, este poder de escolher também será exercido pelo povo.” LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

¹⁶⁴ DAHL, Robert. *A Democracia e seus críticos*. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 43.

¹⁶⁵ BARZOTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, pp. 93-98.

¹⁶⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p.13.

¹⁶⁷ “As paixões para o indivíduo equivalem às divergências entre os cidadãos. As primeiras dividem a vontade individual, as segundas dividem a vontade geral. A pluralidade é sinal de decadência, e a unanimidade é um sinal de que a vontade geral está operante. (...) É por isso que Rousseau esforça-se para garantir essa homogeneidade.

Essa situação de igualdade absoluta impediria qualquer movimento de diferenciação, já que a condição de cada um passaria a depender da uniformidade do todo. A essa entidade coletiva, fruto da associação indissociável da totalidade dos cidadãos, Rousseau denomina de “Estado” (a partir de uma perspectiva passiva) e de Soberano (de um ponto de vista ativo).

Seu contrato social cria um corpo coletivo, um “eu comum”, dotado de vida e de vontade próprias, a vontade geral (vontade do todo social), que não se confunde com a soma das vontades de cada um dos membros, muito embora contemple cada uma delas. Ou seja, Rousseau a imagina como uma interseção em que se encontram essas partes de vontade individual que todos têm em comum, de modo que cada indivíduo toma a vontade geral como se sua fosse¹⁶⁸. A noção de liberdade do estado de natureza, no qual cada homem só faz aquilo que quer, vê-se reformulada como liberdade civil, cujos limites são então demarcados pela vontade geral.

Assim, tal premissa, segundo a qual cada um toma por sua a vontade do todo, resolve o problema da legitimação política: o indivíduo obediente ao vínculo construtivo de seu próprio povo obedece a si mesmo. Faz-se, a um só tempo, súdito e soberano.

Essa vontade do todo social se manifesta a partir dos colégios legislativos, instituições cuja missão é de apreciar casos gerais, e não cuidar de situações particulares. Rousseau, todavia, ressalva a impropriedade de se confundir a vontade geral com as vontades dos parlamentares, pois estes podem se separar da desejável atuação conforme a vontade do todo social e passar a defender pontos de vista particulares¹⁶⁹.

Como é amplamente conhecido, Rousseau descarta, em grande medida, a própria ideia de representação no Poder Legislativo¹⁷⁰⁻¹⁷¹, chegando a enunciá-la como forma de

Além de prescrever uma religião civil para todas as repúblicas, no caso específico da Córsega ele veda toda imigração, para obter a homogeneidade étnica”. BARZOTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 105.

¹⁶⁸ ESTLUND, David. *Democratic Authority: A philosophical framework*. New Jersey: Princeton University press, 2008, p. 159.

¹⁶⁹ Rousseau distingue entre vontade geral, vontade de todos e vontade particular, sendo a primeira delas indispensável à formação das leis. “O corpo político é, portanto, também um ser moral que tem uma vontade; esta vontade geral, que tende sempre à conservação e ao bem-estar de todos e de cada parte e que é a fonte das leis, é para todos os membros do Estado, nas suas relações recíprocas e, relativamente a isto, a norma do justo e do injusto”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 40.

¹⁷⁰ Pelo fato de Rousseau rechaçar a representação legislativa, ante a defesa de que liberdade civil deveria implicar em participação no ato legislativo, diz-se que ele é um moderno defensor da concepção de liberdade dos antigos, de acordo com a célebre distinção de Benjamin Constant, que opõe partilha do poder social entre os cidadãos, reunidos em democracia direta (liberdade dos antigos) à demanda dos modernos por segurança de bens jurídicos privados. CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Tradução:

falseamento do poder popular¹⁷², por promover supressão de direitos de participação direta constitutivos da soberania e que seriam, pois, impassíveis de delegação.

À unanimidade do contrato social deveria corresponder, idealmente, unanimidade na assembleia parlamentar, como meio de se obter aproximação entre a política institucional e a vontade geral. Quanto menos dialética houvesse na deliberação, mais facilmente os participantes conseguiriam a introspecção necessária para apreender a vontade do corpo social, sendo o dissenso visto como um sintoma patológico da vida política¹⁷³. Se a vontade geral pudesse ser substituída pela autoridade da decisão majoritária, a obediência à lei deixaria de significar respeito à autonomia individual, e o governo coletivo não se conciliaria com a liberdade de cada cidadão¹⁷⁴.

Entretanto, Rousseu reconhece que os parlamentos são regidos pela regra da maioria, aspecto da realidade que traz contrafactualidade à sua tentativa de compatibilização da dinâmica parlamentar com as ideias de liberdade e de autodeterminação popular absoluta, presentes em seu pensamento sobre a representação política.

Como bem aponta Luis Fernando Barzotto, Rousseau opera essa conciliação fazendo da vontade geral o principal parâmetro de adequação política a ser observado na atividade parlamentar. Diante da proposição de uma lei, a questão determinante para a deliberação é saber se ela se adequa à vontade geral. O que deve guiar a decisão de cada parlamentar, portanto, não é propriamente sua opinião quanto à medida em si, mas o que a vontade geral diz a seu respeito. Assim, cada participante deve partir de sua compreensão a respeito da expressão política da totalidade do corpo político, de forma que os votos da

Loura Silveira. *Revista de Filosofia Política*, n. 2, 1985; VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 37.

¹⁷¹ São conhecidas as passagens em que Rousseau afasta o regime representativo para o legislativo, em mostras de certo ceticismo acerca da viabilidade de um governo efetivamente democrático, que dão à sua obra certo tom paradoxal: “Afirmo, pois que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se; e que o soberano, que é apenas um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode ser transmitido; não, porém, a vontade. (...) Os deputados do povo, portanto, não são nem podem ser seus representantes: são apenas seus comissários; não podem resolver nada definitivamente. Toda lei que o povo não ratificou pessoalmente é nula; não é absolutamente uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas engana-se fortemente; só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; tão logo esses são eleitos, ele é escravo, não é nada.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 36.

¹⁷² ABREU, Maria Aparecida Azevedo. Representação em Rousseu e Hannah Arendt. *Lua Nova*, n. 72, 2007, pp. 175-194.

¹⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 64.

¹⁷⁴ ESTLUND, David. *Democratic Authority: A philosophical framework*. New Jersey: Princeton University press, 2008, p. 159.

maioria apontem resultado passível de ser assumido como expressão da vontade do povo como um todo¹⁷⁵.

O esquema teórico esboçado por Rousseau é substancialista, pois são parâmetros externos ao procedimento que revelam uma resposta objetivamente correta a ser tomada. É a vontade geral, portanto, a justificadora da autoridade da lei e do dever de obediência da cidadania. Os resultados alcançados são legítimos porque são corretos, e não por alguma razão procedimental¹⁷⁶. A maioria vence por traduzir melhor a vontade de todos, e não pela soma das vontades individuais reveladas em cada um dos votos. Já a minoria não toma a derrota como sujeição episódica de sua vontade particular à vontade da maioria, mas como sinal de autoengano sobre o conteúdo verdadeiro da vontade geral, mais seguramente revelado no entendimento das maiorias vencedoras.

O raciocínio de Rousseau sobre o poder legislativo hoje soa tautológico¹⁷⁷ e largamente prescritivo, ainda que destinado a pequenas repúblicas e assembleias. Em nome do suposto compartilhamento da soberania e do estabelecimento de uma igualdade radical, termina-se por sacrificar completamente as minorias, incapazes de manter interação num processo legislativo conduzido por atores com capacidades sobre-humanas, aptos a captar a vontade geral e traduzi-la em linguagem acessível ao povo¹⁷⁸. Não parece haver justificativa suficientemente racional que dê conta de explicar o porquê de as maiorias estarem sempre certas quanto ao sentido dessa vontade geral. Se os resultados obtidos são legítimos simplesmente porque são corretos, é claro que não o são segundo a minoria derrotada. Renegar os dissensos que marcam a política é desprezar a racionalidade sociológica inseparável dos processos decisórios legislativos.

¹⁷⁵ A passagem de Rousseau, também citada por Barzotto, é esclarecedora: “Quando, pois, domina a opinião contrária à minha, tal coisa não prova senão que eu me enganara e aquilo que julgava ser a vontade geral não o era. Se minha opinião particular tivesse predominado, eu teria feito uma coisa diferente daquela que quisera; então é que eu não seria livre” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 121.

¹⁷⁶ ESTLUND, David. *Democratic Authority: A philosophical framework*. New Jersey: Princeton University press, 2008, p. 151.

¹⁷⁷ “Como é que o povo, pergunta Rousseau, poderia permanecer, sempre “incessantemente reunido para cuidar dos assuntos públicos”? Como importaria ele silêncio às agitações intestinas e às revoltas que sacodem as massas populares? E, se pudesse recorrer, como se preconizou, a “comissões” ou a “representação”, ele se atolaria em dificuldades lógicas que a prática não conseguiria superar: sendo a soberania indivisível, um povo que constituísse representantes para se governar não seria mais um povo” GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia?* Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes 2003, p. 167.

¹⁷⁸ Rousseau dedica um capítulo do Contrato Social para tratar do papel do legislador, mantendo, contudo, a opinião de que somente o povo seria capaz de decidir, em definitivo, o que poderia ou não ser estabelecido como lei. Por isso, ao legislador caberia o papel coadjuvante de somente escrever as leis e de submetê-las à ratificação do povo. A representação somente seria aceitável para o poder executivo.

Muito embora essas objeções pareçam evidentes, a ideia rousseauniana segundo a qual a lei adviria da vontade geral dos integrantes do corpo social (e assim a traduziria), constituiu-se em pilar ideológico da concepção ainda corrente do princípio da legalidade, que associa o cumprimento da lei ao respeito à vontade superior da nação¹⁷⁹, indispensável para conter o exercício do poder e para autorizar a ação administrativa, concretizadora dessa vontade geral¹⁸⁰.

Noutro plano, esse ideário animou a construção de uma mistificação teórica em torno dos legisladores e dos órgãos legislativos, percebidos como intérpretes infalíveis da vontade geral, cuja revelação originária, necessariamente, produtos regulativos perfeitos, tanto formal quanto materialmente. A racionalidade da legislação seria um atributo aprioristicamente constatado, derivado da racionalidade pressuposta do legislador, que deveria ser aceita dogmáticamente, sem espaço para verificação empírica¹⁸¹, restando ao pensamento jurídico concentrar suas atenções tão somente na etapa de aplicação do Direito¹⁸². A criação legislativa de leis seria indiferente a critérios e determinações científicas de razão prática¹⁸³.

É interessante destacar que essa concepção teórica de um legislador onisciente, embora incapaz de resistir às crises de desigualdade e de ineficiência que emergiram no declínio dos estados sociais, continuou a frutificar no decorrer do século XX, inspirando

¹⁷⁹ Essa concepção ganhou força, no século XX, com os trabalhos de Carré de Malberg, seguidor da trilha filosófico-política rousseauniana, para quem a soberania popular constituía um atributo da nação como um todo, e não de seus membros individuais. A expressão legítima dessa vontade nacional poderia ser traduzida pela representação, entendida como relação política orgânica, constitutiva do Estado-nação, ou pela ação do próprio povo, que poderia atuar diretamente, por meio da eleição de membros do Executivo, por exemplo. Da representação, contudo, derivaria a lei, instrumento jurídico primordial de legitimação da ação do Estado, porque emanado diretamente da fonte de poder político legitimadora de todo o sistema jurídico, revelada como vontade geral, razão final do ordenamento. MALBERG, Raymond Carré de. *La ley, expresión de la voluntad general: estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875*. Tradução: Ignacio Puey. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

¹⁸⁰ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do sistema político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v.274, 2017, p.176

¹⁸¹ NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 95.

¹⁸² Parece possível sustentar que essa concepção política mistificadora do legislador frutificou na tendência metodológica de antropomorfização das legislaturas de regra adotada pelo positivismo jurídico, daí derivando a desimportância que o Direito passou a devotar às rotinas institucionais dos parlamentos. A teoria positivista pretendeu ser adequada para conhecer do direito independentemente de sua fonte, elegendo parâmetros de validade estritamente jurídicos, que dizem respeito à observância que a norma, depois de produzida, deve guardar com instâncias normativas superiores de validade. Como afirma Leonardo Barbosa: “A sub-teorização do processo legislativo é tributária, em alguma medida, do legado positivista, cuja incapacidade de problematizar as fontes do direito naturalizou a compreensão da lei como comandos simples, emanados por um autor, um legislador.” BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 73.

¹⁸³ AMADO, Juan Antonio García. Razón práctica y teoría de la legislación. *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 9, 2000, p. 306.

concepções igualmente contrafáticas, que pressupunham a racionalidade do legislador, descrito até mesmo como artista, dotado de tamanha inspiração política a ponto de o seu labor, como forma de arte, ser insuscetível de regramento metodológico e de controle jurídico¹⁸⁴.

Em geral, pontos de vista que renegam ao processo legislativo um caráter normativo-instrumental, ao pressuporem que o conteúdo da lei será, em todo caso, uma decisão puramente política – por isso insuscetível de controle jurídico ou indiferente a melhoramentos decorrentes de um procedimento de elaboração com maior abertura dialética – lastreiam-se, ainda, nas premissas contratualistas acerca da vontade geral, refluindo o mito do legislador onisciente e reforçando a indiferença até hoje devotada pelo direito positivo às rotinas institucionais legislativas. Para apontar os desacertos advindos dessas perspectivas, é imprescindível conhecer-lhes bem as premissas, o que justifica essa digressão a respeito da trajetória das ideias políticas que envolvem a representação política e o processo legislativo.

Seguindo o exemplo de Rousseau, Siéyes também deu importantes contribuições sobre o tema, até hoje marcantes nos desenhos institucionais dos sistemas democráticos. Passa-se a analisá-las no item seguinte.

1.4.2 Siéyes e a representação popular nos parlamentos

Esse esforço de compatibilização entre soberania e representação política aparece na emblemática obra de Emmanuel Siéyes, que insere o poder constituinte na moldura do sistema representativo¹⁸⁵, pretendendo assegurar a realização do princípio democrático por meio do estabelecimento de dois níveis de representação hierarquicamente implicados: representantes extraordinários, que estabelecem a Constituição, e representantes ordinários, que atuam em conformidade com os poderes atribuídos pelos constituintes.

¹⁸⁴ Destacando ser essa a concepção de Adolf Wach, para quem uma legislação justa é uma arte, tributária à ação de graças divinas sob a personalidade dos legisladores, Juan Antonio Garcia Amado ressalta que, ao longo da primeira metade do século XX, persistiu a ideia segundo a qual a correta criação do Direito seria mais uma exigência dirigida à personalidade dos legisladores do que uma tarefa científica. AMADO, Juan Antonio García. Razón práctica y teoría de la legislación, *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 9, 2000, pp. 299-317. Uma interessante descrição desse itinerário, calcada, contudo, em perspectivas bem mais modernas, encontra-se em GÓMEZ, Virgilio Zapatero. *El arte de legislar*. Madri: Arazandi, 2009.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124.

Apesar de ter se notabilizado como autor da teoria do poder constituinte, Siéyes contribuiu para aprimorar a institucionalização da representação política, ao perceber a inviabilidade de uma democracia direta no contexto europeu do século XVIII, já marcado pela divisão do trabalho¹⁸⁶.

O desenvolvimento do comércio impunha a adoção de um sistema político capaz de produzir marco legal voltado ao combate dos privilégios aristocráticos e à inclusão do povo em um mercado de consumo, maximizando os ganhos da classe comercial nascente¹⁸⁷. Para tanto, haveria de ser superada a desigualdade perante a lei, cenário em grande medida proveniente da desigualdade dos estratos sociais no processo legislativo de produção da lei, raiz da divisão estamental que outorgava ofícios a determinados grêmios e corporações, cerceando as liberdades de indústria e comércio¹⁸⁸.

É nesse contexto histórico que as ideias de Siéyes inspiram a luta do terceiro estado em favor da igualdade de representação¹⁸⁹, culminando na conquista do voto por cabeça e do mandato representativo, ao invés do voto por classe e do mandato impertativo, na Assembleia Nacional¹⁹⁰. Tal marco histórico edificou concepção renovada da ideia de

¹⁸⁶ Luis Fernando Barzotto, fundado em Durkheim, esclarece que é mínima a dimensão da consciência coletiva nas sociedades marcadas pela divisão social do trabalho, fundadas nas diferenças entre as pessoas e seus ofícios, haja vista que todas as interações e trocas se baseiam em congruência de interesses privados advindos de especializações funcionais (o pedreiro interaje com o relojoeiro, este, com o médico e etc.), havendo pouco ou nenhum estímulo para as causas coletivas. BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p.24.

¹⁸⁷ A concepção moderna de liberdade, que se destinava a reforçar a salvaguarda dos direitos decorrentes da propriedade em face do Estado, ganha viabilidade política com o mecanismo de representação. Por meio das eleições, aqueles que dispõem de meios para participar do governo terminam privilegiados, e a classe burguesa consegue ocupar as maiorias das bancadas parlamentares. “La propiedad y la libertad de comercio devienen pilares fundacionales del gobierno representativo. Ahora bien, para que el libre mercado pueda prosperar en una sociedad, se requiere no sólo que los usos y costumbres, los anhelos y los deseos, estén gobernados por la pasión por la ganancia, sino también de un marco legal que elimine los obstáculos al comercio; se requiere instaurar la igualdad ante la ley para destruir de raíz al sistema de privilegios que dio vida al régimen aristocrático.” RENTERÍA, Joel Flores. Emanuel Joseph Sieyès: el gobierno representativo. *Política y cultura*. 2013, nº 39, pp. 53-72.

¹⁸⁸ MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Tradução: Vera Pereira. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. V.10, n. 29. São Paulo, 1995.

¹⁸⁹ Para Siéyes, quem pode representar a nação é quem produz a riqueza. Desloca assim a legitimidade da representação da nobreza e do clero, (classes privilegiadas) para a burguesia, que produzia a riqueza nacional.

¹⁹⁰ SIÉYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. O que é o terceiro estado?* Tradução: Norma Azeredo. 6ª Ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2014, p. 39. O que marca a transformação da Assembleia dos Estados Gerais em Assembleia Nacional Constituinte, em 1789, é, fundamentalmente, a superação do sistema de votação parlamentar por ordens, por meio do qual cada classe se reunia em câmaras separadas e votava em bloco. As maiorias do Terceiro Estado eram incapazes de fazer frente à associação entre nobreza e clero. Siéyes cria a teoria de um governo constitucional para legitimar a assunção ao poder da assembleia dos Estados Gerais, quando o Terceiro Estado não aceita a dissolução da assembleia nacional decretada pelo rei. LEFEBVRE, George. *O surgimento da Revolução Francesa*. Tradução: Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. Um apanhado dos embates políticos e da participação de Siéyes na Revolução Francesa pode ser lido em

democracia e potencializou o direito ao sufrágio, ao estreitar a correlação entre o resultado eleitoral e o produto das decisões legislativas, antecipando um marco teórico a seguir adotado e aprofundado na perspectiva política utilitarista, que depositaria na regra da maioria sua aposta de consecução da igualdade e da prosperidade.

Apesar de a representação política passar a ser considerada constitutiva do exercício da soberania, a obra de Siéyes não aponta no sentido de que o exercício da soberania popular constitua um direito de cada cidadão¹⁹¹. Muito ao contrário, vê-se um esforço claro de distinção conceitual entre democracia e representação¹⁹², além da compreensão de que a soberania somente se manifestaria a partir da reunião de indivíduos em Nação, conceito que se torna sustentáculo da Teoria do Estado de ali em diante.

Nesse esquema, os representantes, apesar de investidos pelo voto, ainda deteriam autonomia em relação aos eleitores. Seriam representantes nacionais, e não apenas de seu eleitorado¹⁹³, distinção que sintetiza uma transição da soberania popular para a soberania nacional¹⁹⁴, correspondentemente, em alguma medida, aos papéis do poder constituinte (do qual o povo é detentor) e do poder constituído (do qual são encarregados os deputados)¹⁹⁵, e que ajuda a compreender os paradoxos que ainda cercam a representação política e o processo legislativo nas democracias de nosso tempo.

GARCIA, Marcos Leite. As origens da teoria do poder constituinte: o abade Siéyes e a Revolução Francesa. *Revista brasileira de História do Direito*. Vol. 2, nº2, Curitiba, 2016, pp. 1-18.

¹⁹¹ Gilberto Bercovicci, criticamente, aponta que a teoria da constituição da Siéyes é criada como tentativa de arrefecer o processo revolucionário. O governo revolucionário passa a encontrar limites na Constituição. Somente a partir de 1792, com a radicalização da revolução, e a convocação de voluntários para o serviço militar, é que a ideia de um Poder Constituinte capaz de fazer transformações sociais radicais ganha mais amplitude. BERCOVICCI, Gilberto. *Lochner v. New York*, 1905. Onze Supremos, décimo episódio, 8 de maio de 2020. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/2DyhOSCK9F4T5zrNM4AgMH?si=hILV5pm8SsiHzPRm-MFLGA>. Acesso em 12/12/2020.

¹⁹² O governo representativo se coloca como espécie de síntese entre instituições democráticas e oligárquicas. Siéyes deixa claro seu receio de que a falta de educação e de preparo técnico das classes populares pudesse comprometer o Estado. Preferível seria manter o exercício do poder nas mãos de uma burocracia minoritária especializada, o que justificava que a participação do povo ficasse restrita à participação eleitoral, inclusive mediante a adoção de critérios eleitorais censitários.

¹⁹³ Nesse sentido, a Constituição Francesa apontava no Título III, Capítulo I, Seção III, art. 7º “(...) os representantes não serão representantes de cada departamento, mas de toda nação, não podendo nenhum departamento conferir qualquer mandato.”

¹⁹⁴ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *Nomogênese e poder constituinte: fundamentação racional e legitimidade democrática da norma constitucional*. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2013, p. 46.

¹⁹⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia?* Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes 2003, p. 185.

1.4.3 Os artigos federalistas estadunidenses: o parlamento como instância de canalização dos conflitos políticos, e a representação como estratégia de combate ao domínio das facções

Vinte e cinco anos depois da publicação do “Contrato Social”, os autores federalistas estadunidenses divulgaram concepção original a respeito da representação política, destacando seu relevante papel na organização institucional e na contenção do poder. Madison, Jay e Hamilton compreenderam que a concentração do poder político numa maioria capaz de manipulá-lo em desfavor das minorias fatalmente implicaria abusos democráticos¹⁹⁶. Noutro plano, no contexto de conflagração social do pós-independência, preocupavam-lhes a estabilidade e a unidade do poder federal, ante a possibilidade premente de que grupos minoritários se voltassem contra as instituições na tentativa de tomar o poder¹⁹⁷.

Fundou-se, nos Estados Unidos, um desenho institucional de equilíbrio, criador de moderações recíprocas a todos quanto dispusessem do poder, para que se alcançasse estabilidade política e houvesse respeito aos direitos contidos na Constituição. Os federalistas, com genuína assimilação pragmática do sistema político, perceberam que o receituário republicano—fundado na ideia de comportamento conforme o bem comum e virtude cívica— não se cumpria espontaneamente, concluindo que uma medida correta de desconcentração do poder era útil à preservação e à longevidade do poder central da federação.

Partindo do diagnóstico inovador que não desprezava a desconfiança como fator de análise, apostou-se na atuação em concerto de diversos mecanismos de organização política, como estratégia de neutralização dos inevitáveis impulsos das facções¹⁹⁸. Diferentes governos locais com igual nível de empoderamento, eleição de representantes do povo em nível estadual e federal, bicameralismo legislativo, eleições indiretas para o senado, juízes capazes de defender a aplicação da Constituição eram algumas instituições que compunham o esquema de distribuição de poder dos federalistas¹⁹⁹, merecendo destaque, ante o objeto desse

¹⁹⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, cap. 10. SINGER, André. Rousseau e O Federalista: pontos de aproximação. *Lua Nova*, n. 51, 2000, pp. 41-52.

¹⁹⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, caps. 9 e 10.

¹⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. ¿Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 176-216.

¹⁹⁹ SUNSTEIN, Cass. Interest groups in American Public Law. *Stanford Law Review*, vol.39, n. 1, 1985, pp. 29-97.

trabalho, sua concepção de representação política e o relevante papel a ela devotado, precedida de uma justificação histórica.

Nos Estados Unidos, ao contrário das revoluções liberais europeias, a luta pelos direitos individuais foi travada contra o parlamento inglês, que ditava as regras do colonialismo. Certamente por isso, os americanos não tinham predisposição para confiar seus direitos e liberdades ao legislador²⁰⁰, nem poderiam idealizar um parlamento virtuoso como descrito pelos teóricos contratualistas. Preferiu-se dar força à fórmula do poder constituinte, permitindo-se ao Judiciário a salvaguarda da Constituição²⁰¹.

Madison e Hamilton desacreditaram no consenso. Constataram que o povo estaria sempre dividido politicamente, e imaginaram a representação, associada à periodicidade dos mandados eletivos, como um dos instrumentos capazes de converter essa divisão em arma da longevidade das liberdades políticas²⁰².

Numa grande república, os representantes seriam instâncias políticas capazes de filtrar as opiniões públicas, sintonizando a pauta institucional do debate político aos interesses de relevância nacional²⁰³. Nesse arranjo, um governo representativo era visto como um refinamento do ideal republicano de participação direta²⁰⁴, excessivamente disperso e por isso sujeito a paroquialismos, defendidos por grupos faccionais locais sem mediação alguma.

Os escritos federalistas se destacam pelo pragmatismo, tom incomum nas análises políticas de seu tempo. Embora Hamilton e Madison tenham também descrito a figura do

²⁰⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Tradução: Manuel Martines Neira. Madrid: Trota, 2003, p. 83.

²⁰¹ Análise precisa da gênese do constitucionalismo estadunidense se encontra em BRANDÃO, Rodrigo: *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

²⁰² Maquiavel, no Príncipe, já defendia que o conflito social, desde que canalizado pelas instituições republicanas, evita o predomínio de uma facção única, adiando a corrupção do corpo político. A estratégia de canalização por meio de um sistema representativo, capaz de dividir o povo e obstar a formação de uma fonte única de poder foi proposta por Madison, no Federalista, como retratamos anteriormente. É o que anota SINGER, André. Rousseau e O Federalista: pontos de aproximação. *Lua Nova*, n. 51, 2000, p. 42.

²⁰³ SUNSTEIN, Cass. Interest groups in American Public Law. *Stanford Law Review*, vol.39, n. 1, 1985, p. 42

²⁰⁴ “A república aparta-se da democracia em dois pontos essenciais: não só a primeira é mais vasta e muito maior o número de cidadãos, mas os poderes são nela delegados a um pequeno número de indivíduos que o povo escolhe. O efeito dessa segunda diferença é de depurar e argumentar o espírito público, fazendo-o passar para um corpo escolhido de cidadãos, cuja prudência saberá distinguir o verdadeiro interesse da sua pátria e que, pelo seu patriotismo e amor da justiça, estarão mais longe de o sacrificar a considerações momentâneas ou parciais. Num tal governo é mais possível que a vontade pública, expressa pelos representantes do povo, esteja em harmonia com o interesse público do que no caso de ser ela expressa pelo povo mesmo, reunido para esse fim.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p.64.

representante de forma entusiasmada²⁰⁵, sua análise a respeito da representação política mostra tons de realismo, ao reconhecer o risco de influência de interesses privados nos parlamentos.

Frente a tais pressões, o voto e a responsividade eleitoral desempenham papéis centrais no balanceamento da representação com o governo republicano²⁰⁶. Eleições periódicas em distritos eleitorais numerosos, além de garantirem a escolha dos melhores quadros nacionais para os ofícios públicos, estabeleceriam elo entre representantes e representados, ao condicionar a permanência no poder a sucessivos crivos populares. Hamilton já enxergava a reeleição como uma das metas mais relevantes a serem logradas pelos legisladores, intuindo que proporcionaria conexão perene entre representantes e representados, da qual poderia advir controle da realização do interesse público²⁰⁷, prevenindo-se, pela participação, o sequestro da soberania popular.

Encontra-se nos artigos federalistas, portanto, uma concepção equilibrada de mandato parlamentar²⁰⁸, que aposta na representação como uma dentre as múltiplas fórmulas institucionais adequadas para a canalização dos conflitos políticos, prevenindo o abuso de poder e salvaguardando as autonomias políticas das unidades federativas e das minorias políticas.

²⁰⁵ No texto de número 65, por exemplo, Hamilton descreve os parlamentares como sábios virtuosos, dotados de temperamento que sempre lhes engajaria a participação cívica. A competição eleitoral ampla garantiria que apenas cidadãos com esses predicados fossem escolhidos, pois os eleitores naturalmente escolheriam para representá-los o mais distinto dentre os postulantes. Essa concepção plutocrata também aparece no texto de número 35 da coletânea. Já no célebre artigo de número 10, Madison afirma que a necessidade de contar com os mais distintos cidadãos aumenta à proporção que cresce a heterogeneidade da sociedade. Deveriam ser eleitos somente aqueles cujo patriotismo e amor à justiça os tornariam insusceptíveis aos interesses privados. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, cap. 10.

²⁰⁶ Jean Yarbrough destaca a centralidade da representação política, sobretudo dos parlamentares, para o desenho institucional pensado pelos autores estadunidenses. O tema aparece de forma recorrente na discussão de diversos problemas, como tamanho dos distritos eleitorais e eleições. YARBROUGH, Jean. Thoughts on the Federalist's view of representation. *Polity*, vol. 12, n.1, 1969, pp. 65-82.

²⁰⁷ O seguinte trecho, escrito por Hamilton no capítulo 35, é ilustrativo: “Não é porventura bem natural que o homem que deseja o favor do povo e que espera dos seus votos a continuação das funções honrosas que ele lhe confiou tome o cuidado de instruir-se das suas disposições e sentimentos e que por eles regule assaz exatamente o seu comportamento? Essa dependência e a necessidade de obedecer, assim como os seus descendentes, às leis a que cada um tiver dado o seu assentimento são os mais verdadeiros e os mais poderosos vínculos de simpatia entre os representantes e seus constituintes” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 213.

²⁰⁸ “For the federalists, politics was to be deliberative in a special sense. Representatives were accountable to the public, their deliberative task was not disembodied. The framers thus created political checks designed to ensure that representatives would not stray too far from the desires of their constituents. The result was a hybrid conception of representation, in which legislators were neither to respond blindly to constituent pressures nor to undertake their deliberations in a vacuum.”SUNSTEIN, Cass. Interest groups in American Public Law. *Stanford Law Review*, vol.39, n. 1, 1985, p. 47.

1.4.4 Poder Legislativo e representação política nos autores utilitaristas: as decisões parlamentares percebidas como agregações majoritárias das vontades individuais

Nos subitens precedentes, expôs-se que os mais importantes teóricos do contratualismo pouco formularam a respeito de como se institucionalizaria o poder do povo nacional. Em suas obras, soberania, representação e democracia figuram como ideias quase antitéticas, o que tornava inviável sua combinação em um arranjo teórico-institucional que as tomasse como variáveis mutuamente indispensáveis.

A desconstrução dessa lacuna teórica, já enfrentada pelos autores federalistas, é reforçada no século XIX, com o aporte oferecido às ideias políticas pela filosofia utilitarista, a partir dos trabalhos precursores de Jeremy Bentham, opositor das premissas contratualistas, defendidas na Inglaterra por William Blackstone. Para Bentham, o argumento segundo o qual a obediência às leis derivaria de um comprometimento prévio era insincero e tautológico. Insincero²⁰⁹, porque contrato algum seria acompanhado de garantia apriorística de cumprimento com natureza puramente legal, se dele não resultassem consequências vantajosas para os participantes. Tautológico, porquanto, nesse esquema idealizado, o fundamento de obediência à ordem legal repousa na autoridade do Estado, fundada, por seu turno, justamente no mesmo contrato social²¹⁰.

Ao defender que a quase totalidade das normas componentes dos sistemas jurídicos não fora de fato pretendida e nem tivera seu cumprimento assegurado pelos cidadãos a elas submetidos, o utilitarismo deslocou o fundamento da obediência às normas para o campo da moral, sustentando uma teoria consequencialista segundo a qual o respeito à obrigatoriedade dos contratos somente poderia decorrer de consequências vantajosas que deles adviessem para os sujeitos implicados²¹¹. Bentham, buscando explicar em quais

²⁰⁹ Carole Pateman, ao criticar o contrato liberal, toma-o como instrumento de legitimação das desigualdades, por considerar que as relações contratuais presumem uma igualdade na origem que justificaria as assimetrias que o compromisso prevê e solidifica. O contrato geraria uma aceitação da submissão, ao pressupor que ela se originaria da vontade livre dos submetidos. “O contrato é meio especificamente moderno para criar relações de subordinação, mas, uma vez que a subordinação civil se origina do contrato, esta é apresentada como liberdade.” PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992 p. 43. Ver também O’NEILL, Daniel; SHANLEY, Mary; YOUNG, Iris. *Illusion on consent: engaging with Carole Pateman*. The Pennsylvania State University Press, 2008, esp. a primeira parte.

²¹⁰ PELUSO, Luís Alberto. O utilitarismo de Jeremy Bentham. In: PELUSO, Luís Alberto (org.). *Ética e utilitarismo*. Campinas: Editora Alínea, 1998.

²¹¹ “[os súditos] devem obedecer desde que o provável prejuízo da obediência seja menor do que o provável prejuízo da resistência e, ao se considerar a comunidade inteira, seu dever de obedecer não vai além do ponto em

hipóteses as normas poderiam deixar de ser cumpridas, acabou por inaugurar uma teoria da justiça, ao propor que um sistema normativo seria justo se satisfizesse determinados critérios de resultados.

São conhecidas as premissas axiomáticas dessa corrente filosófica. O princípio da utilidade, depois reintitulado por Bentham de princípio da maior felicidade e de princípio da felicidade do maior número prega que o fim último de toda ação humana é a existência livre de dor, capaz de maximizar a felicidade para si e para os outros²¹². Cada ser humano gozaria de autoridade moral para determinar, melhor do que qualquer outro, como seus interesses seriam bem atendidos, de modo que a finalidade única que justificaria a interferência individual ou coletiva na liberdade de ação seria a autoproteção, ou a proteção de dano aos demais²¹³.

Essas enunciações de índole moral são transpostas para o campo social da ciência política por Bentham, um dos primeiros autores a tratar especificamente do processo legislativo, na obra *Political Tactics*, escrita em 1791²¹⁴. Contudo, ganham robustez teórica e destaque nos trabalhos de John Stuart Mill.

Semelhantemente à forma de construção do bem-estar de um indivíduo (aferida a partir de uma série de satisfações experimentadas ao longo da vida), o bem-estar da sociedade deve ser atingido pela promoção da satisfação do grupo, a cujo sistema de desejos se chega pela soma dos desejos de cada um de seus membros. Como se nota, o enunciado teórico pressupõe existência de mecanismo capaz de dotar a decisão coletiva de racionalidade e de

que chega o seu interesse." BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 56. (Coleção os Pensadores).

²¹² MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Companhia, 2017. A acepção se assemelha ao imperativo categórico de Kant, muito embora Mill, nessa mesma obra, tenha refutado com veemência a teoria kantiana. O utilitarismo, de fato, por ser uma teoria teleológica, consequencialista, opõe-se a deontologismos.

²¹³ "O que Mill está dizendo, em última análise, é que não é da conta de ninguém como cada um organiza sua própria vida. Não compete a ninguém tornar os outros melhores. O que compete a todos e ao Governo é evitar que um homem cause dano a outro." FRIEDRICH, Carl. *Uma introdução à teoria política*. Tradução: Mario da Gama Cury. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 34.

²¹⁴ Nesse ensaio, Bentham propõe um modelo de institucionalidade parlamentar adequado à sua filosofia utilitarista. Repele o bicameralismo e defende que os parlamentares devem atuar nos estritos interesses de seus constituintes, propondo mecanismos revocatórios de mandatos e de responsabilização penal dos mandatários, como forma de controle das tentações do poder e do dinheiro. Bentham destaca o papel essencial da publicidade no processo parlamentar e advoga em favor da instituição da codificação como forma de dar mais segurança ao direito costumeiro. O livro, que ainda trata de questões afeitas à organização interna dos parlamentos, envolvendo desde regras de etiqueta a padrões arquitetônicos adequados, chama a atenção pelo vanguardismo de algumas ideias, a exemplo da defesa da separação procedimental entre discussão e votação. BENTHAM, Jeremy. *Political Tactics*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

solidariedade²¹⁵, combinando a garantia do perímetro das liberdades individuais que marcam o contexto teórico do liberalismo com a igualdade de participação entre todos que assim desejem. Uma vez situada a igualdade como premissa normativa fundamental, a representação é seu desdobramento procedimental possível, seu corolário²¹⁶.

Mill aposta que a representação possa cumprir esses ideais, desde que uma série de requisitos de deliberação sejam respeitados. Na sua teoria utilitarista, a democracia representativa deixa de ser percebida, em definitivo, como um sucedâneo inferior da democracia direta, passando a ser lida como dispositivo indispensável à estruturação de um campo discursivo no qual os conflitos possam se estabelecer e se resolver dialogicamente, sem comprometer a solidez do corpo democrático. Seja por permitir a manutenção de instituições livres em territórios amplos, por maximizar as chances de que um elevado número de pessoas participe da vida política, ou ainda por viabilizar constantemente que a sociedade corrija eventuais erros em suas escolhas políticas, a democracia representativa supera a democracia direta metodologicamente²¹⁷.

Desse esquema de racionalidade utilitarista, que compreende a decisão coletiva como agregação fidedigna dos quereres individuais, deriva a inevitabilidade da adoção da regra da maioria como justo critério procedimental para as eleições e para as deliberações

²¹⁵ “Exatamente como um individuo avalia vantagens presentes e futuras com perdas presentes e futuras, assim uma sociedade pode contrabalançar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos. (...) Uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações. Portanto, a maneira mais natural de chegar ao utilitarismo (embora não seja, é óbvio, a única maneira) é adotar para a sociedade como um todo os princípios da escolha racional utilizados para um único ser humano.” RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução: Almiro Piseta, Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 26.

²¹⁶ “Na democracia o *demos* é, por definição, composto por sujeitos considerados iguais porque portadores de direitos políticos de cidadania inalienáveis. Assim, participação, democracia e igualdade política configuram uma tríade em que cada elemento, parece óbvio, pressupõe os outros dois.” LAVALLE, Adrian Gurza. Participação, (des)igualdade política e democracia. In: MIGUEL, Luis Felipe (org.) *Desigualdades e Democracia: o debate da teoria política*. São Paulo: Editora UNESP, 2016, p.171.

²¹⁷ MILL, John Stuart. *The Collected Works of John Stuart Mill*. Toronto: University of Toronto Press, 1991, vol.27, p. 66, citado por DALAQUA, Gustavo Hessmann. *Democracia representativa, conflito e justiça em J. S. Mill. Dois pontos*, vol. 13, n. 2. Curitiba, São Carlos, 2016, p. 28. Esse diagnóstico de que, por meio da representação, alcançam-se decisões melhores, em comparação com deliberações diretas é desenvolvido com precisão por Nadia Urbinati: “Pode-se, portanto, dizer que a democracia representativa revela o trabalho “miraculoso” das opiniões e narrativas ideológicas de uma forma que a democracia direta não é capaz, pois ela nos compele a transcender o ato de votar, num esforço de se reavaliar repetidamente a correlação entre o peso das idéias e o peso dos votos (na preservação, obtenção ou aumento do consentimento). Na democracia direta, todo voto é como um novo começo (ou uma resolução final) porque corresponde simplesmente à contagem de vontades ou preferências, mas não é nem pode ser representativo das idéias; esperar pela “próxima oportunidade” não faz sentido, já que nela toda decisão é absoluta, porque torna as opiniões idênticas às vontades e carece de qualquer vínculo histórico com as cadeias de opiniões e decisões passadas e futuras”. O que torna a representação democrática? Tradução: Mauro Soares. *Lua Nova*, n. 67, 2006, p. 212. Ver também URBINATI, Nadia. *Representative Democracy: principles and genealogy*. University of Chicago Press, 2008, esp. cap. 1.

legislativas, pois o maior número de votos em comum espelharia a produção do maior bem possível para o maior número de pessoas²¹⁸.

Todavia, essa maximização dos interesses particulares como critério de escolha racional deve levar em consideração os direitos alheios, já situados por Mill como limites morais intransponíveis²¹⁹. Com o utilitarismo, ressalte-se, foi reforçada a igualdade política, e, correlatamente à defesa da adoção do critério de um voto por cabeça, vê-se preocupação com a garantia de que todos possam participar na tomada de decisões, enfocando-se a salvaguarda dos direitos das minorias, cuja consulta prévia e consideração pelas maiorias de ocasião passam a ser consideradas importantes à justiça do processo político.

Na concepção de democracia representativa apresentada por Mill, o conflito político, decorrência inevitável das liberdades individuais, é lido como peça fundamental para a evolução social, ao invés de ser considerado como um fator de tumulto digno de repressão. Uma sociedade capaz de explorar seus conflitos – de tal forma que não se desintegre seu corpo democrático – convida cada cidadão a participar progressivamente da vida política, ambiente que contribui para o aprimoramento de suas capacidades morais e intelectuais²²⁰. Ademais, o exercício da dialética entre pessoas e grupos defensores de diferentes concepções – ao possibilitar revisão e melhoria constantes das decisões públicas – evita a perpetuação no poder de um grupo dominante que venha a ocupar a maioria parlamentar. Uma certa desconfiança permanente do povo seria salutar ao funcionamento da democracia, pois induziria participação e, conseqüentemente, fiscalização das ações dos funcionários públicos, evitando corrupções²²¹.

²¹⁸ É interessante perceber que a teoria utilitarista não adota a ideia contratualista de bem comum, advinda de um consenso unânime do povo, como referida por Rousseau, preferindo a formulação mais concreta e pragmática de bem coletivo, como soma dos interesses individuais. MONTUSCHI, Luisa. *El utilitarismo, la regla de la mayoría y la democracia*. Buenos Aires: Universidad del CEMA, 2010.

²¹⁹ Enquanto Bentham defendia que a escolha entre os prazeres e as dores deve ser tomada com base em viés quantitativo, Mill adota perspectiva qualitativa, distinguindo entre prazeres elevados (do intelecto) e baixos (do corpo), já esclarecendo que determinados direitos individuais não poderiam ser violados. É necessário ecoar, ainda que de soslaio, a crítica de Nadia Urbinati à democracia epistêmica por Mill defendida. Mill pressupunha que as deliberações coletivas se destinavam a buscar a verdade acerca das questões apreciadas, o que é corretamente criticado por Urbinati, devido ao fato de que, caso o objetivo de um processo político seja alcançar uma verdade pré-estabelecida, tal finalidade aniquilaria o dissenso e o debate. URBINATI, Nadia. *Democracy disfigured: opinion, truth, and the people*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

²²⁰ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução: Manuel Inocêncio de Lacerda Santos Jr. Editora Universidade de Brasília, 1981, p.53.

²²¹ Mill já considerava indispensável para a democracia representativa a *accountability* política, como se vê em MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução: Manuel Inocêncio de Lacerda Santos Jr. Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 124.

Para alcançar esse processo deliberativo dialético, é necessário método de argumentação e de decisão que permita a maior compreensibilidade possível dos conflitos a serem resolvidos, razão pela qual Mill já defendida a completa exposição e justificação de todo ato do governo, sendo as razões exigíveis por qualquer pessoa que as considerasse questionáveis²²².

Na teoria política milliana, já se vê concepção construtivista da representação, entendida como atividade dinâmica, porosa à apreensão dos conflitos sociais, apta, portanto, à construção de soluções mais abrangentes do que as concepções dadas pela agenda dos eleitores ou dos próprios representantes. Mill propõe interessantes ideias quanto ao papel dos representantes, contrapondo-se ao mandato puramente imperativo, por entender que a deliberação política se dá, necessariamente, em dois níveis mutuamente influenciáveis: dentro e fora das instituições estatais (e da assembleia de representantes), inaugurando o conceito de diarquia, segundo o qual todo poder político é relacional, estabelecido e sustentado a partir da constante interação entre o Estado e a sociedade²²³.

O princípio da soberania experimenta readequação nesse arranjo diárquico, em que a manifestação do poder não se resume ao mero produto das decisões dos órgãos do Estado, e nem fica episodicamente restrita ao momento eleitoral. Revela-se perenemente nos mecanismos de participação política, que devem acoplar todos os representados ao transcurso de um processo de deliberação agregador e transformador, com aptidão à dialética a ponto de

²²² “Ao contrário da função de governar, para a qual é radicalmente inadequada, a função verdadeira de uma assembleia representativa é a de vigiar e controlar o governo; colocar todos os seus atos à luz da publicidade; exigir explicação e justificação para todos os atos que pareçam contestáveis.” MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução: Manuel Inocêncio de Lacerda Santos Jr. Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 55.

²²³ DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia representativa, consenso e conflito em J. S. Mill. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2019. Na obra de Mill, vê-se que a relação entre representante e representado não deve ser hierárquica, mas cooperativa, permanentemente dialógica. O seguinte trecho elucida o papel do parlamento: “[A assembleia representativa deve ser] ao mesmo tempo o Comitê de Acusações e o Congresso de Opiniões da nação; uma arena na qual não apenas a opinião geral da nação, mas também a de todas as suas diferentes regiões e, até onde possível, de todo e qualquer indivíduo eminente que estas contêm, possa se produzir em plena luz e provocar discussão; onde cada cidadão possa ter certeza de encontrar alguém que exponha suas ideias [...] não apenas para amigos e correligionários, mas perante oponentes, de modo a fazê-las passar o teste da controvérsia oposta; [...] onde a opinião que prevalece na nação possa se mostrar dominante e manobrar suas hostes na presença do governo, que estará, portanto, capacitado e obrigado a ceder por essa simples manifestação, sem esperar que ela faça um emprego real de suas forças; onde, enfim, os estadistas possam verificar, com maior exatidão do que em qualquer outro lugar, quais dos elementos de opinião e de poder estão crescendo ou declinando, e estar capacitados a formular suas medidas em conformidade não apenas com as exigências existentes, mas também com aquelas em vias de desenvolvimento” MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução: Manuel Inocêncio de Lacerda Santos Jr. Editora Universidade de Brasília, 1981, p.46.

conseguir alterar as posições originais que os sujeitos sustentem em prol da adoção das melhores soluções para os problemas coletivos²²⁴.

Como se poderia pressupor, diante da amplificação do direito de igualdade política, Mill foi defensor do sufrágio universal. Por se preocupar com a efetiva participação dos grupos minoritários, cuja simples presença nas assembleias não garantiria suficientemente a pluralidade dos debates, o filósofo inglês chegou a esboçar um modelo eleitoral voltado à consecução de efetiva paridade participativa, por meio da instituição do voto plural, fórmula que relativizava a igualdade de valor dos votos, atribuindo maior peso em favor das pessoas com maiores conhecimentos das circunstâncias políticas específicas²²⁵, alternativa abandonada posteriormente, ante a dificuldade de estabelecer critérios objetivos acerca da identificação dos grupos e da mensuração de um peso para seus votos²²⁶.

O intuito de abordar a perspectiva utilitarista de democracia, sobretudo a partir dos escritos de John Stuart Mill, é demonstrar que inúmeras questões até hoje tidas como centrais no debate da ciência política já haviam sido mencionadas na vanguardista obra milliana: interação entre representante e representado, respeito às minorias subrepresentadas, justificação das deliberações legislativas, dentre outros pontos referidos. Como se verá no capítulo seguinte, contudo, a raiz do argumento utilitarista, que confia na decisão parlamentar como mecanismo de agregação fidedigno das vontades individuais, enfrenta dificuldades práticas notáveis, que podem se revelar determinantes como causas de desequilíbrio entre grupos no processo legislativo.

Por ora, dá-se continuidade ao inventário da evolução teórica sobre a função legislativa e a representação política.

1.4.5 Carl Schmitt e o autoritarismo como resposta à crise da democracia parlamentar e ao imobilismo decisório

²²⁴ Compete ao representante manter-se atento à agenda de seus eleitores, sem que isso implique uma vinculação estrita, que lhe impeça de negociar diante das opções pragmaticamente dadas no ambiente de deliberação. DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia representativa, conflito e justiça em J. S. Mill. *Dois pontos*: revista dos departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos., vol. 13, n. 2, 2016, p. 15-37.

²²⁵ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução: Manuel Inocêncio de Lacerda Santos Jr. Editora Universidade de Brasília, 1981.

²²⁶ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Tradução: Mauro Soares. *Lua Nova*, n. 67, 2006, p. 202.

Já na primeira metade do século XX, Carl Schmitt formula críticas importantes e perigosas quanto ao papel do parlamento na república de Weimar, a partir de 1919. Opondo-se às teses que consideravam a legislação única expressão legítima da vontade do povo (e que tomavam o parlamento por pedra angular para a expressão da soberania popular), Schmitt chama a atenção para características das assembleias parlamentares que enfraqueceriam o Estado de Direito, reduzindo sua autoridade e minando sua capacidade de produzir decisões.

Muito embora haja consenso quanto aos largos equívocos de várias das premissas utilizadas²²⁷, além de ser inegável o desconcertante apoio político de Schmitt ao regime nazista, seu diagnóstico sobre o processo decisório no interior das instituições políticas foi determinante para o malogro da democracia na primeira metade do século XX e segue influenciando uma parcela importante de estudos sobre a política e as relações entre os poderes²²⁸, além de inspirar, até hoje, ações governamentais e decisões judiciais de feições autoritárias, cuja transparência e adequação democrática são duvidosas²²⁹⁻²³⁰. Suas ideias, portanto, merecem ser conhecidas não propriamente devido a contribuições virtuosas que acrescentem ao debate jurídico-político, mas sim como mecanismo de prevenção, para que não se repitam os resultados nefastos derivados de sua aplicação.

Schmitt, opositor do liberalismo político, mostra-se descrente quanto à possibilidade de serem produzidos resultados politicamente desejáveis por meio da exposição

²²⁷ Por exemplo, Schmitt define a representação como um ato de fé, pressupondo que o vínculo estabelecido entre representante e representado seria mais espiritual do que normativo, constatação a que chega num estudo destinado a transladar a forma política da Igreja Católica para todas as sociedades. A representação do poder católico se daria não de forma horizontal e isonômica, mas, sim, vertical, hierárquica, sendo o Papa o próprio incumbente de Deus. Essa visão se vê em SCHMITT, Carl. *Roman catholicism and political form*. Tradução: G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996.

²²⁸ Por exemplo, nas obras de Chantal Mouffe e Richard Wolin. No Brasil, destaque-se FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2004.

²²⁹ Diversos autores identificam inspiração schmittiana no Patriot Act, decreto federal estadunidense que prevê a possibilidade de serem adotadas várias medidas coercitivas graves contra pessoas suspeitas de terrorismo sem a observância das garantias processuais. Tarik Kochi, assim como Karolina Mendecka, esclarecem que Schmitt defendeu lógica de aniquilação política daqueles identificados como inimigos em sua teoria do Partisan, elaborada originalmente contra guerrilhas nacionalistas, mas que evoluiu para a elaboração teórica de uma rede de cooperação global de violência autorizada contra grupos radicais politicamente organizados, ao legitimar o uso da violência estatal não precedida das garantias processuais e possibilitar uma diferenciação entre atos de guerra e atos de terrorismo, legitimando arbitrariedades e excetuando a aplicação do Direito Internacional. KOCHI, Tarik. The Partisan: Carl Schmitt and the terrorism. *Law Critique*, v. 16, 2006, pp. 267-295; MENDECKA, Karolina. Carl Schmitt revisited by the United States and the terrorist. *Archiwum Filozofii Prawa I Filozofii Społecznej: Journal of the polish section of IVR*, n. 10, 2015, pp.69-78. Outra análise interessante nesse contexto de retomada dos estudos de Carl Schmitt em função da compatibilidade do autoritarismo de suas ideias com a legislação antiterrorista estadunidense se vê em SCHEUERMAN, William. Carl Schmitt and the road to Abu Ghraib. *Constellations*, v.13, n. 1, 2006, pp. 108-124.

²³⁰ Completamente inspirado em Carl Schmitt, confira-se o voto (vencido) do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4430, julgada em 29/06/2012 (Relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, no sentido de instituir verdadeiro controle preventivo material de constitucionalidade das leis.

de opiniões públicas contrapostas, permeando a deliberação. Na sua famosa obra sobre a crise da democracia parlamentar, vê-se opinião de que a discussão e a publicidade – tidas como as duas principais finalidades que justificariam os sistemas parlamentares – haviam sido subvertidas pela experiência histórica, transformando-se os parlamentos em instâncias de pura barganha política²³¹, inaptas à tomada decisão²³².

A crítica também é dirigida ao enfraquecimento da relação entre o eleitor e seu deputado, à luz do parâmetro normativo da Constituição de Weimar, cujo artigo 21 preceituava que “os deputados são representantes de todo o povo, submetem-se somente à sua própria consciência e não têm nenhum vínculo contratual.” Embora compreendesse que a unidade política do povo dependesse de alguma espécie de representação, Schmitt supunha que um largo nível de disjunção entre os parlamentares e o eleitorado acabaria com a lógica de equivalência entre a lei e a vontade do povo (tomada por ele como indispensável), pelo fato de o corpo político perder a identidade necessária à viabilização do contrato social²³³.

Um sistema institucional decisório que se pautasse na mediação dos dissensos assumiria postura de sempre protelar a tomada de decisões, o que esmaeceria o poder do Estado²³⁴, tendência deletéria potencializável por efeito da separação dos poderes, do pluralismo político e do federalismo, conceitos descentralizadores de poder.

Ao invés da metodologia conciliatória, Schmitt propõe decisionismo institucionalista²³⁵, a ser logrado por meio do estabelecimento e do reforço de relações de

²³¹ “Além disso, a atividade em si do parlamentar não se realiza durante as conversações no plenário, mas sim em comissões não necessariamente em comissões parlamentares: as decisões importantes são tomadas sempre em reuniões secretas de dirigentes de facções ou até nos comitês extraparlamentares, dando margem a desvios e isenções de responsabilidades, transformando todo o sistema parlamentar numa péssima fachada para o poderio dos partidos e dos interesses econômicos.” SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 20.

²³² “O liberalismo, abraçado pelos sistemas parlamentares, faz da indecisão uma virtude cardeal da política”. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 27.

²³³ No plano conceitual da teoria política schmittiana, democracia, como forma política que o estado pode assumir, não mantém vínculo necessário com o princípio da liberdade, nem se opõe à ditadura, sendo possível que uma democracia seja absolutista, reacionária ou centralizada. “El estado se funda como una unidad política basada en la vinculación de dos principios opuestos de formación, el principio de identidad (de las personas presentes con cuando, en virtud de su propia conciencia política y voluntad nacional, es capaz de distinguir entre amigo y enemigo) y el principio de representación, en virtud del cual la unidad política está representada por el gobierno”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 214.

²³⁴ Schmitt afirmava que o parlamentarismo seria sistema político incapaz de decidir, tendo cunhado a feliz expressão “hamletismo decisório” para caracterizar esse cenário de imobilismo. Uma crítica que enxerga contrassensos entre as premissas articuladas por Schmitt em seus primeiros trabalhos e seu decisionismo apresentado na *Crítica à Democracia Parlamentar* se encontra em KAHN, Victoria. *Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt's decision. Representations*. v. 83, n. 1. Berkeley: University of California, 2003, p. 67-96.

²³⁵ MACEDO, Ronaldo Pôrto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

hierarquia do destinatário do ato para com os representantes, no intuito de simplificar o processo decisório e de facilitar sua implementação, porquanto a validação decorreria da própria competência da autoridade governamental, e não do conteúdo da decisão²³⁶. A legitimidade do direito adviria da soberania da autoridade imanente à decisão²³⁷, forte o suficiente para instaurar uma ordem de normalidade na qual as instituições seriam enfim capazes de atuar²³⁸.

Diante do anacronismo do parlamentarismo de conciliação da república de Weimar, Schmitt chega a defender um regime decisório plebiscitário como sistema ideal de justificação estatal, apto a promover aclamações homogêneas que gerariam a identificação requerida por uma sociedade de massas. Ao chefe do Executivo, caberia colocar a questão correta a ser decidida e assim induzir o povo a tomar por si próprio a decisão correta. A tese plebiscitária, contudo, não se encontra tão bem desenvolvida por Schmitt quanto as ideias anteriormente referidas, razão pela qual pouco se sabe a respeito dos tipos de questões que deveriam ser objeto da decisão popular, e menos ainda sobre a procedimentalização dos plebiscitos.

²³⁶ MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fê, plebiscito como condição de identidade. *Revista de Informação Legislativa*, n.185, 2010, p. 161-177.

²³⁷ “O concretismo de Schmitt combina instituição à decisão de maneira sincrética, coerente e sistemática. As instituições nascem de uma decisão arbitrária, mas ganham autonomia, formando-se uma “vontade institucional”. As instituições, na medida em que são sedes de autoridades, criam valores e conteúdos, os quais, por sua vez, influenciarão na própria formação do poder soberano que decide, em última instância, sobre qual é a normalidade que será posta em substituição ao caos. (...) O decisionismo institucionalista schmittiano consiste nesse sistema de imbricação e dependência, que combina o elemento ocasional da decisão originária (da soberania ou da instituição) com a dinâmica de criação de valores e conteúdos do jogo institucional” MACEDO, Ronaldo Pôrto. O decisionismo jurídico de Karl Schmitt. *Lua Nova*, n. 32, 1994, p. 202. Norberto Bobbio traça interessante símile entre o papel desempenhado pela ideia de soberania em um ordenamento de índole mais decisionista e aquele que caracteriza a norma hipotética fundamental no sistema kelseniano. “Enquanto a doutrina do positivismo jurídico considera o direito do ponto de vista do poder, a doutrina do Estado de direito considera o poder do ponto de vista do Direito. Aí se correspondem, conforme vimos, duas máximas fundamentais, que representam exemplarmente o dilema que se propagou por séculos nos cursos de filosofia jurídica e política: “Auctoritas facit legem” ou “Lex facit regem”? (...) A norma fundamental tem numa teoria normativa do Direito a mesma função que a soberania numa teoria política, ou, caso se queira, potestativa do direito: tem a função de fechar o sistema. Com essa diferença: a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundado na primazia do direito sobre o poder; a soberania tem a função de fechar um sistema fundado na primazia do poder sobre o direito.” BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008, p. 210.

²³⁸ “Não existe nenhuma norma que seja aplicável a um caos. Primeiro deve ser estabelecida uma ordem: somente então tem sentido um ordenamento jurídico. É necessário criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de um modo definitivo se este estado de normalidade vigora realmente. Cada direito é ‘direito aplicável a uma situação’. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua totalidade. Ele tem o monopólio da decisão última. Nisto está a essência da soberania estatal, que então não deve ser juridicamente definida propriamente como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão.”SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. In: *A Crise da democracia parlamentar*. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p.113, Apêndice.

Não obstante uma parcela relevante de suas ideias tenha servido de arcabouço para a concentração de poderes do chefe do Executivo, e para a institucionalização do regime hitlerista, Carl Schmitt percebe, na suposta tendência de o parlamento não ser capaz de decidir as questões políticas relevantes em tempo adequado, um risco de imobilismo político, e o situa, corretamente, como variável importante do processo de tomada de decisões estatais.

Schmitt acerta ao perceber o processo político no interior dos parlamentos como necessariamente conflituoso, porém erra ao disciplinar as divergências como um conflito político entre adversários que não se encaram como cooperadores, mas antes como oponentes. O principal código da política (leia-se, do sistema político) é descrito por ele através da conhecida formulação amigo/inimigo²³⁹, e do pluralismo não resulta um conjunto harmonioso de valores e ideias, mas sim a dimensão irreduzível da política, vista como essencialmente antagonística²⁴⁰. Ao demonstrar que todo consenso se baseia em atos de exclusão dos que ficam derrotados no processo deliberativo, Schmitt termina por revelar a impossibilidade ontológica de um consenso “racional” plenamente inclusivo²⁴¹, como defendem os adeptos da democracia deliberativa, a seguir examinada.

Se soa absurdo contestar o respeito ao pluralismo político no tempo presente, marcado por sociedades cada vez mais complexas e heterogêneas, nas quais as democracias se constituem sob a força normativa de Constituições que consagram os direitos individuais, então a visão schmittiana deve ser apreendida com muitas cautelas. Contudo, sua análise do jogo político que permeia a produção do direito nas atividades legislativas não deve ser menosprezada. A importância que ele atribuiu ao tema e, principalmente, à consequência política devastadora de suas ideias que cancelavam a dissolução ou a instrumentalização do parlamento, demonstram o quanto é importante para uma democracia constitucional contar com um processo legislativo funcional, e quão graves são tentativas ou arranjos institucionais que pretendam barrar ou reduzir os espaços de expressão política dos parlamentos.

1.4.6 A participação política como condição essencial da liberdade e do pluralismo na obra de Hannah Arendt: da necessidade de se democratizar a representação

²³⁹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51.

²⁴⁰ MOUFFE, Chantal. Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol, X, n. 1, 1997.

²⁴¹ MOUFFE, Chantal. *Sobre o Político*. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 10.

A centralidade ocupada pelo tema da representação política e, consequentemente, pelo processo legislativo, no debate democrático, fica em evidência quando se percebe que, à semelhança de Carl Schmitt, Hanna Arendt teceu críticas incisivas aos mecanismos representativos de seu tempo. O fato de dois autores cujas visões e realidades políticas são eminentemente antípodas²⁴² elegerem tal problema comum como objeto relevante de suas análises, para além de demonstrar a miríade de construções teóricas existentes sobre o tema, sinaliza para a importância que é devotada, ao longo da história do pensamento político, à representação, cuja (dis)funcionalidade implica diretamente na qualidade democrática da atuação do Poder Legislativo.

Arendt, ao contrário de Schmitt, vincula sua definição de liberdade política à participação individual na vida pública. Para ela, plenamente livre é o cidadão que desenvolve o gosto pelos assuntos públicos e passa a debater e a agir politicamente, sendo capaz de influenciar diretamente na tomada de decisões coletivas. Com base nessa visão de liberdade pública, Arendt desenvolve interessante concepção de igualdade que não se satisfaz com a garantia de paridade de tratamento perante a lei. A isonomia deixa de ser pensada como um status jurídico e passa a ostentar um caráter de garantia política, de valor pré-institucional, ou seja, precisa ser necessariamente observada antes e durante o transcurso dos processos governamentais²⁴³. Liberdade haverá quando houver participação política direta dos cidadãos²⁴⁴, e é contra a passividade da cidadania que Arendt dirige duras críticas²⁴⁵.

²⁴² Acerca dessas diferenças, ver GUERRA, Elizabete Olinda. *Carl Schmitt e Hannah Arendt: olhares críticos sobre a política na modernidade*. São Paulo: LiberArs, 2013; NUNES, Daniel Capechi. A política, a Constituição e o nomos: as teorias constitucionais de Schmitt e Arendt. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 25, 2014, pp. 21-52.

²⁴³ Sobre a implicação mútua entre isonomia e democracia na obra de Hannah Arendt, a seguinte passagem é elucidativa: “Política, no sentido grego da palavra, está centrada na liberdade, sendo que a liberdade é entendida negativamente como não ser governado nem governar, e positivamente como o espaço que pode ser criado apenas pelos homens e no qual cada homem move-se entre seus pares. Sem aqueles que são meus iguais, não há liberdade e é por isso que aquele que governa os outros (...) é na verdade um homem mais feliz e mais invejável do que aqueles que ele governa, mas ele não é em absoluto mais livre. Ele move-se em uma esfera onde não há qualquer liberdade. Isso nos parece difícil de entender porque vinculamos a igualdade com o conceito de justiça, não com o de liberdade, e por isso entendemos errado o termo grego para a Constituição livre, isonomia, como se significasse o que a igualdade diante da lei significa para nós. Mas a isonomia não significa que todos os homens são iguais diante das leis, ou que a lei é a mesma para todos, mas meramente que todos podem reivindicar a participação na atividade política, e na pólis esta atividade tomou primariamente a forma do falar um com o outro. Isonomia é assim essencialmente o igual direito à fala e como tal o mesmo que isegoria.” ARENDT, Hannah. “Introduction into Politics”. In: *The promise of politics*. Nova York: Schocken Books, 2005, pp. 119-20, citado e traduzido por ADVERSE, Helton. Arendt e a democracia representativa. *Pensando – Revista de Filosofia*, vol. 9, nº 17, 2018.

²⁴⁴ ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução: Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Editora Ática, 1988, p. 175.

²⁴⁵ Arendt descreve que o isolamento dos homens é pré-totalitário. Sozinhos, sem laços de convívio social, os homens são impotentes por definição. As tiranias cortam esses contatos políticos, aproveitam-se desse vácuo

Associada a essas premissas axiológicas que indicam a importância de se preservar a ação política individual, o pluralismo também ressoa, manifestado na defesa simultânea da igualdade e da diferença. Cada ser humano pode existir em sua singularidade, e, nessa condição, ser capaz de adentrar ao espaço público. A unidade política de uma nação, por exigir a maior homogeneidade possível do corpo de cidadãos, é sempre maléfica, característica dos totalitarismos²⁴⁶. Um sistema político incapaz de conservar essa capacidade de ação tonificadora da democracia não promove a liberdade, e assim pode pôr em risco os direitos fundamentais.

A missão da política, nesse quadro, é conjugar a representação à pluralidade e assim promover aproximação entre governantes e governados. Todavia, Arendt diagnostica que não caminhavam nesse rumo profícuo as sociedades de seu tempo, mostrando-se igualmente pessimista quanto ao futuro da democracia representativa ocidental. À semelhança de Schmitt, apontava que a mecânica representativa (referindo-se à adotada a partir do segundo pós-guerra) impunha sobreposição de interesses particulares ou de classes aos interesses comuns, limitando gravemente a esfera da ação individual e afastando a população do exercício do poder. A incapacidade de manutenção de um vínculo entre representantes e representados para além do episódio eleitoral deturparia o mecanismo representativo, tornando-o instrumento de ajuste entre duas dimensões deletérias da democracia moderna: justamente por meio dele cresceria a alienação política que caracteriza o individualismo e se viabilizaria a subordinação do político ao econômico²⁴⁷.

Guiada por tal lógica, ao invés de realizar potencialidades de emancipação, a democracia representativa se transforma em sistema no qual impera o elitismo político, em cujo interior vão progressivamente se fechando os espaços para as virtudes cívicas. Para evitar a regressão democrática, Arendt esboça modelos alternativos de participação a partir das experiências de conselhos populares, posicionando-se contra a burocratização da política e a favor da compatibilização da representação com a liberdade de ação espontânea das pessoas²⁴⁸.

social desmobilizador. ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012, p. 632.

²⁴⁶ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012, p.372.

²⁴⁷ ADVERSE, Helton. Arendt e a democracia representativa. *Pensando – Revista de Filosofia*, vol. 9, nº 17, 2018.

²⁴⁸ ABREU, Maria Aparecida Azevedo. Representação em Rousseau e Hannah Arendt. *Lua Nova*, n. 72, 2007, p. 180.

Todavia, não esclarece como se daria propriamente a participação nessa estrutura de conselhos, ou como se garantiria essa representação capaz de promover e instigar a integração progressiva na esfera pública²⁴⁹. Muito embora não demita a representação como estratégia de organização política nas sociedades modernas, é inegável que Hannah Arendt associa a tradicional democracia de partidos a um empobrecimento da vida política.

Sua crítica, embasada em rica análise histórica, serve de alerta de que a representação, o parlamento e o processo legislativo devem ser compreendidos instrumentalmente, como instituições destinadas à ampliação da participação democrática (vista como sinônimo de liberdades democráticas em Arendt). Do contrário, caso se perca esse norte democrático, fatalmente o processo legislativo servirá de palco para a perpetuação da concentração de poder e do desinteresse da cidadania pela política.

1.5 Democracia deliberativa, representação política e processo legislativo

Nos tópicos anteriores, discorreu-se sobre diferentes perspectivas a respeito da representação política e do processo de formação da lei no cânone da modernidade, tributário do marco filosófico liberal-iluminista subjetivista, a partir do qual se superou o paradigma clássico objetivista, que atribuía à essência das coisas o seu sentido. No paradigma moderno, o objeto da cognição humana passa a ser inacessível em sua dimensão essencial, e tudo quanto se pode dele conhecer são suas manifestações fenomênicas, sujeitas a diferentes apreensões, pois as relações mantidas por cada sujeito com o objeto são próprias, singulares²⁵⁰. O eixo do processo de conhecimento migra da objetividade à subjetividade²⁵¹, passando o homem de mero contemplador a sujeito ativo que investe a si mesmo e atribui sentidos às coisas²⁵², preocupando-se a filosofia com a compreensão das possibilidades do ato de conhecer.

Esse movimento epistemológico de antropologização do conhecimento, capitaneado pela filosofia kantiana, contudo, revelar-se-ia metodologicamente incompleto na

²⁴⁹ RUBIANO, Mariana de Matos. *Revolução em Hannah Arendt: compreensão e história*. Tese de doutorado em Filosofia. Universidade de São Paulo, 2016, p. 250.

²⁵⁰ Sobre a perspectiva filosófica kantiana, conferir o ótimo livro de FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três críticas*. Tradução: Karina Jannini. Rio de Janeiro: Difel, 2010. Acerca da “questão do objeto” e de seu conhecimento, pp. 171-178.

²⁵¹ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.50.

²⁵² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A antropologia na filosofia de Kant. *Revista de Ciências Sociais*. vol. 9, n. 1, 1978, p. 130.

pós-modernidade. Ao tomar as sensibilidades individuais como instâncias determinantes dos processos de conhecimento, incorreria a teoria em solipsismo²⁵³, ante a desconsideração das relações intersubjetivas e de sua importância na formação das diferentes visões de mundo.

Os sujeitos, fortemente influenciados pela realidade histórica que os circunscreve, têm suas subjetividades construídas a partir dos vínculos de linguagem que mantêm uns com os outros. Toda consciência é histórica, toda racionalidade é moldada pela tradição e não há construção de sentido proveniente de uma subjetividade isolada²⁵⁴, de forma que o exercício das liberdades se dá em conformidade a essas pré-compreensões culturais. A linguagem, portanto, é o instrumento basal de percepção e de transmissão das experiências humanas²⁵⁵. Na conhecida metáfora usada por Hans-Georg Gadamer, cada pessoa tem diante de si horizontes, âmbitos de visão que se movem em conformidade às circunstâncias e que abarcam, em cada episódio, tudo quanto é possível se compreender²⁵⁶, delimitando os pensamentos e as ações.

Essas ideias acima sintetizadas animaram um novo giro metodológico na filosofia. Se, na modernidade, o foco do paradigma filosófico foi deslocado do objeto para o sujeito, na pós-modernidade se caminhou do sujeito até a linguagem, iluminando-se as relações intersubjetivas por meio das quais se formam os repertórios linguísticos que possibilitam as interações comunicativas²⁵⁷.

²⁵³ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 228.

²⁵⁵ Walter Benjamin é autor de texto seminal a respeito da impregnação linguística de toda experiência humana: “Todas as manifestações da vida do espírito no ser humano podem ser entendidas como uma forma de linguagem, e esse entendimento abre em geral, como se fosse um verdadeiro método, para novos questionamentos. Pode falar-se de uma linguagem da música e da escultura, de uma linguagem da justiça, que não tem ligação direta com as línguas da jurisprudência alemã ou inglesa; pode falar-se de uma linguagem da técnica, que não é a do jargão especializado dos técnicos. Linguagem significa, neste contexto, o princípio orientado para a comunicação de conteúdos espirituais nos respectivos domínios: na técnica, na arte, na justiça ou na religião. Numa palavra: toda comunicação de conteúdos espirituais é linguagem, sendo que a comunicação pela palavra é apenas um caso particular, o da comunicação humana e daquilo que a fundamenta ou nela se baseia (a justiça, a poesia, etc.). (...) Mas de modo nenhum o uso da palavra “linguagem” neste contexto é metafórico. De fato, trata-se de uma constatação plena e substancial: não nos é possível imaginar seja o que for que não comunique a sua essência espiritual através da expressão. O grau maior ou menor de consciência a que tal expressão está aparente ou realmente ligada em nada altera o fato de que não nos é possível imaginar a total ausência de linguagem no que quer que seja.” BENJAMIN, Walter. *Linguagem, tradução, literatura* (filosofia, teoria e crítica). Tradução: João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 12.

²⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 452.

²⁵⁷ “Com a substituição da razão prática pela razão comunicativa, Habermas epistemologiza a discussão, a partir de uma fundamentação prévia dos atos do mundo prático. Assim, os atos do mundo prático dependerão dessa fundamentação anterior, prévia, comprometendo-se os indivíduos com pressupostos pragmáticos, contrafactuais.

As repercussões desse giro linguístico na ciência jurídica foram enormes e paradigmáticas. Pôs-se em xeque a concepção segundo a qual a verificação da verdade seria possível e adequada como índice de legitimidade das decisões jurídicas. Ora, se o sistema jurídico, à luz do ideário democrático, é construção intersubjetiva pautada na igualdade, a determinação das normas jurídicas não pode advir de escolhas individuais, derivadas só das consciências dos intérpretes tomadores das decisões²⁵⁸. Em sociedades complexas e plurais, inexistiriam direitos morais aprioristicamente compartilháveis por todos²⁵⁹, como valores linguisticamente reconhecíveis no substrato da sociedade que pudessem embasar corretamente as decisões coletivas²⁶⁰. Se o acesso a qualquer realidade é mediado linguisticamente, as comunicações veiculam apenas pretensões de validade, cujo reconhecimento por parte da comunidade depende de processos de interpretação. Consequentemente, os dissensos de compreensão passam a compor, intrinsecamente, as sociedades pluralistas²⁶¹.

Emerge daí a primazia do procedimento adequado como paradigma de legitimidade²⁶². As normas jurídicas, como produtos da cultura, são construções intersubjetivas, originadas de múltiplos esforços discursivos. Sua validação passa a depender

Sua crítica é que a razão prática, enquanto faculdade subjetiva, prescreve de forma concreta as regras de ação dos indivíduos, sendo que esse regramento tem base moral e teleológica, moldando as ações. Eis a razão pela qual é substituída a razão prática pela razão comunicativa. A razão prática não tem o condão de universalizar normas de conduta. Somente máximas universalizáveis desde a perspectiva de todos os afetados – e que somente podem ser formatadas em situações ideais de fala – valem como uma norma que pode encontrar aquiescência universal, e, portanto, gerar obrigatoriedade”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 40.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.58.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v.2, p. 122.

²⁶⁰ Essa descrição de uma comunidade de princípios, fundada num republicanismo liberal que levaria os indivíduos a partilharem compreensões de justiça, aproxima-se da tese de Ronald Dworkin, que não advoga construção solipsista do Direito, embora dê primazia normativa a princípios morais compartilháveis. Para ele, “os membros de uma determinada sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.” DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.254. A linha de argumentos de Dworkin se encontra bem condensada em DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, cap.1.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v.1, pp. 28-32.

²⁶² Não se defende que a ideia de procedimento adequado somente tenha emergido a partir desse paradigma filosófico. Como destacado anteriormente, a defesa de um método capaz de proporcionar participação da cidadania na produção do direito legislado é um dos argumentos centrais da concepção utilitarista, que também se faz presente noutras vertentes filosóficas, como na própria teoria kantiana, conforme destaca, amplamente, MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: teoria da democracia*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, esp. p. 157.

da amplitude das interações correlatas aos seus processos de produção, institucionalizando-se uma razão comunicativa no âmbito do Estado de Direito²⁶³.

Por isso, os conteúdos normativos já não se determinam pela tradição ou por precedentes metafísicos, mas por decisões políticas²⁶⁴, de forma que a justiça do direito passa a se basear na estrutura democrática de seu processo de estabelecimento. Como salienta Manfredo de Oliveira, os pressupostos procedimentais de legitimação passam a ser compreendidos como as próprias razões de legitimação do processo político-jurídico, uma vez que a razão e as instituições já não equivalem a faculdades prontas, princípios pré-dados, mas advêm de processos de pensamento, de entendimento e de decisão que se organizam a si próprios²⁶⁵. São os embates entre argumentos e contra-argumentos que racionalizam o processo democrático no governo, que já não é dos princípios ou dos valores (liberalismo/comunitarismo), mas das razões²⁶⁶.

Por sua vez, a igualdade política, advinda dos ideários republicano e democrático e até então revelada juridicamente na isonomia competitiva eleitoral entre adversários²⁶⁷, manifesta-se agora como mandamento de igualdade comunicativa, realçando a preocupação com os direitos de expressão e com a inclusão das pessoas nos processos decisórios, a fim de garantir não só condições de acesso ao procedimento democrático, mas também igualdade

²⁶³ DINIZ, Juliana. Nomogênese e poder constituinte: fundamentação racional e legitimação democrática da norma constitucional. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2013.

²⁶⁴ Conforme é destacado no texto seminal de Dieter Grim, já mencionado anteriormente.

²⁶⁵ OLIVEIRA, Manfredo de. Direito, democracia e racionalidade procedimental. In: MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Prefácio, p. XI.

²⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

²⁶⁷ Cláudia Feres Faria menciona os modelos elitista e pluralista de democracia como corolários desse enfoque meramente competitivo e utilitário, no qual a autonomia dos interesses pessoais seria satisfatoriamente preservada em sua dimensão pública por meio do voto, maximizando-se pela agregação que adviria da regra da maioria. A autora, reverberando Simone Chambers, refere-se à emergência da democracia deliberativa como teoria centrada na fala e não mais no voto. FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa e (des)igualdade. In MIGUEL, Luís Felipe. (org). *Democracia e desigualdade: o debate da teoria política*. São Paulo: Editora Unesp, 2016, p. 204; CHAMBERS, Simone. Deliberative democratic today. *Annual Review of Political Science*, v.6, 2003, p. 307-326.

quanto à capacidade de influência na vida política²⁶⁸, por meio de um esquema equânime de representação²⁶⁹.

Seyla Benhabib, ao se referir às características de um discurso obediente a essas demandas por isonomia procedimental advindas da democracia deliberativa, pontua que todos os participantes devem ter oportunidades iguais para iniciar os atos de fala e para questionar os tópicos da conversação, além de poderem argumentar sobre as próprias regras do procedimento discursivo e sobre sua aplicação na deliberação em questão²⁷⁰.

Na democracia deliberativa, não se postula o abandono da regra da maioria como critério decisório democrático. Voltam-se, todavia, as atenções para o percurso discursivo propriamente dito das deliberações, exigindo que elas sejam circundadas por amplas informações e que seus procedimentos viabilizem participação dos cidadãos suscetíveis aos impactos da decisão, de tal forma que se construam ambientes propícios à consensualidade, no interior dos quais o melhor argumento possa ser suficientemente defendido, a fim de que supere os demais²⁷¹.

²⁶⁸ “A deliberação democrática pressupõe garantias procedimentais que permitem o acesso igual às arenas deliberativas relevantes tanto para propor a agenda de debates quanto para participar dos diferentes estágios de tomada das decisões.” KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. What sort of political equality does deliberative democracy requires? In: BOHMAN, James; REHG, William (orgs.). *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. Cambridge University Press, 1997, citado por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.102.

²⁶⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 361.

²⁷⁰ BENHABIB, Seyla. *Toward a deliberative model of democracy legitimacy*. In: BENHABIB, Seyla. (org.). *Democracy and difference*. Princeton University Press, 1996, p. 70.

²⁷¹ Várias críticas à democracia deliberativa – sobretudo aos trabalhos de Jürgen Habermas – ressaltam que a teoria padece de certa ingenuidade na análise da política. Ao se pressuporem condições ideais de discurso e deliberações guiadas por consensualidade, estariam sendo desconsideradas as dimensões antagonistas da política e as divergências de opinião insitas ao pluralismo cultural. Habermas já esclareceu que sua teoria efetivamente se vale de pressupostos ideais, mas o faz corretamente, porquanto eles são verificáveis em determinadas práticas políticas e imprescindíveis ao seu funcionamento. A contrafactualidade da análise refletiria a contrafactualidade intrínseca ao processo democrático, o que dotaria de correção metodológica sua teoria deliberativa pautada na razão comunicativa. “There are many practices that can function only as long as the participants make certain idealizing assumptions. In a constitutional democracy, for example, citizens will conduct their disputes through the courts only as long as they can assume that they will receive a more or less fair ruling (unperturbed by what the so-called realists or the advocates of Critical Legal Studies discover about how the motives of judges are determined by interests). Similarly, citizens will participate in political elections only as long as they are able to assume implicitly that they can make their voice heard and that their vote “counts”—it should even have the same weight as every other vote. These are also idealizing presuppositions. Unlike informal discourses, however, these discursive practices, which are embedded in institutions of the state, can lose their credibility. Voters who feel “left behind” stop going to the polls.” HABERMAS, Jürgen. Interview with Jürgen Habermas. In: BÄCHTIGER, Andre; DRYZEK, John; MANSBRIDGE, Jane; WARREN, Mark (orgs.). *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2018, p. 961. Essa questão, essencial para a compreensão da teoria habermasiana, foi esclarecida por Cláudio Pereira de Souza Neto: “A situação ideal de diálogo é apresentada como um conjunto de condições que são pressupostas pelas comunicações concretas. Mas, ao mesmo tempo, tais condições, ao serem explicitadas em um modelo ideal, servem de referência para a crítica

Ao invés de adesões generalizadas a eticidades comunitárias, típicas do republicanismo, é o potencial de racionalidade advindo das deliberações normativamente bem balizadas que pode provocar a convergência das decisões públicas com o bem comum²⁷². O consenso, nesse quadro, apresenta-se como meta da ação comunicativa. Uma vez que a legitimidade decisória não depende propriamente dos resultados, mas, sim, dos procedimentos que os geram, o consenso pode ou não vir a ser obtido, desde que sirva de guia metodológico para a formatação de procedimentos decisórios garantidores de condições epistêmicas suficientemente amplas de comunicação²⁷³.

Os defensores da democracia deliberativa enxergam em seu método decisório – agregação de preferências aberta às múltiplas visões, transparente e dialética – um valor epistêmico superior aos demais procedimentos democráticos, pois a deliberação precedida do intercâmbio argumentativo aumenta as chances de correção da decisão²⁷⁴.

Apesar do peso atribuído às práticas institucionais do Estado, as comunicações periféricas também são importantes na reversão de assimetrias comunicacionais radicadas nas distorções dos sistemas econômico e político. As desigualdades sociais tendem a dificultar as interações dos mais pobres, o que subverte a premissa emancipatória de equidade de influência nas deliberações²⁷⁵.

Por isso, diante de contextos desfavoráveis à emergência do melhor argumento, nos quais faltem cooperação dialógica e publicidade, alguns teóricos valorizam formas e

dessas mesmas comunicações. Habermas elabora, assim, uma “crítica imanente” ou uma “redescrição crítica” das práticas comunicativas, na qual as “estruturas pressuposicionais e normativas coincidem.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

²⁷² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

²⁷³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 121.

²⁷⁴ “Un procedimiento posee mayor valor epistémico cuanto más idóneo resulte para conocer aquello que se espera conocer. La justificación de un procedimiento por su valor epistémico, entonces, sólo puede hacerse comparativamente con los otros procedimientos alternativos. Si la democracia, o más concretamente la democracia deliberativa, está justificada por su valor epistémico es porque es el procedimiento idóneo, entre los examinados, para conocer aquello que esperamos conocer.” Mais adiante, Jose Luís Martí, explicando essas vantagens epistêmicas da deliberação, descarta a possibilidade de se encontrar um procedimento com valor epistémico completo. Por isso, não se pode garantir que a melhor decisão possível de fato advirá em todas as ocasiões. O que se pretende é construir um procedimento que viabilize a construção e a adoção da melhor decisão possível, adotando-se uma ideia de valor epistémico gradual. Diz o autor espanhol “que el procedimiento democrático deliberativo posea mayor valor epistémico que los demás, no quiere decir, por supuesto, que sea infalible. Todos los procedimientos son fallibles. Así que es perfectamente posible, que una decisión política sea legítima a pesar de ser incorrecta sustantivamente. MARTÍ, Jose Luís. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 182.

²⁷⁵ NEVES, Marcelo. *Constituição e Positividade do Direito na Modernidade Periférica: uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução: Antônio Lucio Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

espaços alternativos de ação, tomando-os por mecanismos de restauração das deliberações²⁷⁶. Mobilizações de audiências por meio de estratégias comunicacionais pautadas em ativismo, protestos ou até em desobediência civil, podem ser úteis à criação ou à sobreposição de espaços múltiplos de discursão, capazes de favorecer a circulação de informações e, consequentemente, de promover a inclusão de grupos de pessoas, aumentando, ainda que pela via do conflito argumentativo, o teor de justificação pública das decisões²⁷⁷⁻²⁷⁸.

Essa valorização do espaço público como placo de intercâmbio entre instituições políticas formalmente organizadas e instâncias não oficiais de participação popular certamente amplia o conteúdo da representação política para além dos papéis abstratos que marcam uma relação estática entre eleitores e representantes, arranjo no qual há pouco contato entre políticas governamentais e a crítica pública²⁷⁹. A razão comunicativa na esfera pública²⁸⁰ pretende conformar o conteúdo da ordem jurídica às expectativas normativas do

²⁷⁶ COHEN, Joshua; FUNG, Archon. Radical democracy. *Swiss Journal of Political Science*, vol. 10, n.4. Basel, 2004.

²⁷⁷ John Dryzek fala em “constelações discursivas” que devem ser refletidas nos processos institucionais para que as decisões se mostrem democraticamente legítimas. DRYZEK, John. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. Oxford University Press, 2000. Já Juliana Cesário Alvim Gomes propõe participação difusa na leitura e na atribuição de significados à Constituição, demonstrando que a integração de movimentos sociais ao debate constitucional - que se dá institucional e extrainstitucionalmente - reforça a legitimidade e a efetividade da constituição, enriquecendo o ambiente democrático com novas percepções e difundindo a potencialidade dos direitos fundamentais, a partir da compreensão das normas constitucionais como instrumentos de transformação social pelas pessoas. GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2020. Esses dois autores vão ao encontro da conhecida tese de Peter Häbele, segundo a qual o povo tem participação ativa e permanente nos processos de interpretação da Constituição. Para ele, “Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia de eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.” HÄBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação “pluralista” e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 37.

²⁷⁸ Não parecem democráticas, contudo, estratégias de efetivação de oposições sociais pautadas em exclusões discursivas. Como explica Francisco Bosco, chamam-se *bonding* práticas políticas que traçam linhas divisórias intransponíveis entre sujeitos e grupos identitários, por meio de “mecanismos que reduzam o sujeito ‘de fora’ à sua estrutura social de origem (homem, homem branco, mulher branca, classe alta, pessoas cis etc.), anulando a dimensão simbólica, moral, que faz esse sujeito se solidarizar com a luta dos outros. (...) Procedimento bastante frequente nesse sentido é o recurso ao argumento *ad hominem*, isto é, à desqualificação de uma intervenção no debate pelo fato de ela ser proposta por um sujeito não pertencente ao grupo identitário (...) O procedimento se inscreve na estratégia de *bonding* na medida em que limita os sujeitos de fora à opção pouco atraente de só serem percebidos como aliados se aceitarem de forma incondicional os termos propostos pelo grupo identitário. Restrições ou dissensos pontuais não são aceitos”. BOSCO, Francisco. *A vítima tem sempre razão? Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro*. São Paulo: Todavia, 2017, pp. 20-21.

²⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.80.

²⁸⁰ Convém destacar que o conceito de “esfera pública” sofreu transformação no correr da evolução da teoria habermasiana, como destaca com precisão Leonardo Augusto de Andrade Barbosa. Num movimento que Habermas denomina de refeudalização da esfera pública, a função política passa a operar com base em negociações (ao invés de funcionar baseada em crítica racional) e o papel de polo argumentativo do parlamento

mundo da vida, articulação que só pode ser lograda mediante canais comunicativos eficientes, procedimentos institucionalizados capazes de promover a circulação de informações e de estimular a participação, legitimando o direito no espaço público.

O processo legislativo, naturalmente, ocupa papel destacado nesse modelo de Estado deliberativo de Direito²⁸¹. Em Habermas, o processo de legislação é o lugar propriamente dito da integração social no sistema jurídico²⁸², competindo às assembleias parlamentares se manterem interativas com a periferia, abertas à percepção e tematização dos problemas sociais²⁸³, para que possam atuar com vistas à apreensão dos argumentos capazes de produzir legitimidade e boas decisões²⁸⁴.

Se os dissensos se apresentam como diferentes objetivos políticos por parte dos diversos segmentos da sociedade – o que dá ensejo às múltiplas estratégias de negociação na arena parlamentar – então se faz necessária prévia regulamentação desse jogo de pretensões comunicativas, a fim de equilibrar interesses num filtro comunicativo capaz de estimular a obtenção de resultados justos²⁸⁵. Como observa Marcelo Cattoni de Oliveira, a teoria deliberativa reveste os processos jurídicos, sobretudo o processo legislativo, de conotações normativas mais fortes do que as encontradas no modelo liberal, por condicionar o êxito da

enfrenta dificuldades em virtude da manipulação publicitária da opinião pública. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 37.

²⁸¹ BAYNES, Kenneth. Deliberative democracy and the limits of liberalism. In: BAYNES, Kenneth; SCHOMBERG, Von. (orgs.) *Discourse and democracy: essay's on Habermas 'Between Facts and Norms'*. Albany: Suny Press, 2002, p. 16.

²⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v.1, p. 52.

²⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v.2, p. 87.

²⁸⁴ BARBOSA, Leonardo. *Processo legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.75. Luiz Moreira Gomes Júnior bem destaca a centralidade do processo legislativo para a promoção da função de integração social do Direito. “O processo de positivação do direito vem acompanhado de uma correição processual que, no entender de Habermas, legitima uma pertinente suposição de racionalidade e validade do ordenamento jurídico. Isto é, com o processo legislativo cercado por cuidados e prescrições em seus procedimentos, temos um fundamento legítimo que aponta para uma base de validade do Direito estatuído. Isso porque com a positivação do Direito não temos a emanção de um poder arbitrário ou autoritário, ao invés, trata-se da manifestação de uma vontade legítima que é portadora de um poder que, em última instância, emana do povo. Daí porque se trata de ‘urna vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos.’ GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. *Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 102.

²⁸⁵ “A necessidade crescente de integração, nas modernas sociedades econômicas, sobrecarrega a capacidade de integração do mecanismo de entendimento disponível, quando uma quantidade crescente de interações estratégicas, imprescindível para a estrutura social, são liberadas. Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente – de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios se entendem.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v.1, p. 46.

política à institucionalização jurídico-constitucional de procedimentos capazes de conformar as condições de comunicação aos princípios do Estado Constitucional, que pautam a formação democrática da vontade e da opinião políticas²⁸⁶.

Legislaturas, portanto, devem internalizar divergências, valendo-se de regras sobre audiências, debates, emendas e votações, por meio das quais os pontos de vistas possam ser envolvidos e concorrer nos debates parlamentares²⁸⁷.

Jeremy Waldron, em recente esforço de síntese orientado sob a perspectiva procedimentalista, reuniu princípios essenciais para a adequação do processo legislativo a um paradigma democrático de deliberação. Conforme esse inventário, toda mudança na legislação deve ser plenamente aberta ao público, precedida da quantificação das liberdades atingidas e só deve ser adotada em fóruns que permitam, sob regras formais de debates, coleção das informações e das diferentes opiniões sobre o tema, culminando com a aplicação de técnica de decisão majoritária²⁸⁸.

1.6 Repensando a representação política a partir da conjugação entre soberania popular e direitos fundamentais

No item anterior, tratou-se de transformações na filosofia política decorrentes da promoção da linguagem a paradigma filosófico, movimento que desaguou na concepção de um modelo deliberativo de democracia, segundo o qual a legitimidade do direito advém da qualidade democrática dos procedimentos de sua criação.

Ainda de acordo com essa visão procedimentalista, direitos que garantem a autonomia privada dos cidadãos e direitos destinados a lhes assegurar participação na política se encontram reciprocamente implicados²⁸⁹. Uns são condições dos outros, portanto

²⁸⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp.79-80.

²⁸⁷ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999, p. 40.

²⁸⁸ WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard; TSVI. Kahana. (orgs.) *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge University Press, 2006, pp. 15-32. Waldron sublinha sua opção metodológica de se referir a princípios, ao invés de regras, com o argumento de que nenhuma das referidas enunciações disciplina detalhadamente os procedimentos legislativos, mas todas lhes prescrevem finalidades basilares, constituindo marco teórico de sua avaliação crítica.

²⁸⁹ “O nexó interno entre ‘direitos humanos’ e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu ‘valor equitativo’) só pode ser satisfeita

impassíveis de hierarquização ou de subordinação recíproca. Na famosa elaboração habermasiana que articula a concepção republicana de Rousseau à defesa dos direitos liberais de Kant²⁹⁰, o direito positivo aparece como ponto médio, ponto de equilíbrio entre soberania e direitos fundamentais, ideias co-originárias no processo de constituição social, que se revelam nos ordenamentos como princípios jurídicos capazes de limitar o exercício da vontade do povo, promovendo a proteção e a emancipação humanas (assim cumprindo a promessa do liberalismo), por meio da construção de uma cidadania ativa (nos termos do ideal republicano²⁹¹).

A fórmula de criação do direito, para atender a essa equação na qual se igualam soberania e direitos fundamentais, deve assegurar condições paritárias de participação política aos cidadãos, o que depende da manutenção das autonomias privadas²⁹², agora subdivididas em liberdades subjetivas e liberdades políticas, consorciadas como partes integrantes de uma concepção procedimentalista da soberania popular, relida procedimentalmente para ser traduzida em poder comunicativo²⁹³.

Do contrário, as ideias de soberania estatal e soberania popular terminariam divorciadas, cisão conceitual impossível desde a modernidade²⁹⁴, a partir de quando se passou a perceber que a soberania, como expressão do poder coletivo, é titularizada pelos cidadãos

através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Desde modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v.2, p. 316.

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, Vol.1, p. 131.

²⁹¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 43.

²⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v.2, p.59.

²⁹³ Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira conclui que somente uma interpretação procedimentalista da soberania popular, capaz de garantir a articulação recíproca entre canais institucionais e não institucionais, preservando essas duas dimensões da autonomia por meio de mediações, faz dos cidadãos autores dos seus próprios direitos e deveres. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp.84-85.

²⁹⁴ Como foi visto, desde o Estado Moderno, entende-se que o poder emana de toda a gente, visto que é (re)fundado a partir do reconhecimento universal de que a liberdade é medida comum da isonomia, daí se estruturando uma ordem jurídica igualitária. Como pontua Luiz Moreira Gomes Júnior: “A modernidade é marcada pela autonomia como categoria subjetiva sublime e a soberania, como capacidade normativa do Estado (...) Ao obedecerem às leis estabelecidas por eles próprios, todo o monopólio do poder jurídico concentra-se nos sujeitos de direitos. É este poder jurídico que forma o aparato estatal, sendo, por seu turno, a norma jurídica expressão da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Como legislação que os sujeitos de direito prescrevem a si mesmos, o ordenamento jurídico é a emanação soberana do poder legiferante do povo.” GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. *A Constituição como Simulacro*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.3,34

em coletividade – e não pelo Estado com exclusividade²⁹⁵ – constatação que ganha novo e forte aporte teórico na pós-modernidade, a partir de quando cada sujeito de direito passa a ser co-fundador do sistema jurídico-normativo, marcado pela construção intersubjetiva e pela reciprocidade de direitos e obrigações comuns.

A soberania popular deve ser lida “não como fórmula gasta de legitimação, mas como ferida aberta do estado constitucional moderado”²⁹⁶, norma jurídica constitucional de índole principiológica, que prescreve um estado ideal a ser atingido mediante a adoção de comportamentos determinados²⁹⁷.

Aliás, potencializar a expressão da soberania popular nas decisões públicas é uma das finalidades expressamente pretendidas pela Constituição brasileira de 1988, cujo conjunto normativo, ao estabelecer a democracia como valor simultaneamente fundacional e finalístico da organização do poder político, veicula um programa de contínua evolução da participação da cidadania nas deliberações públicas²⁹⁸.

O conceito de povo sofre também reconstrução e passa a informar que o poder já não pode ser exercido simplesmente em nome do povo, já que o povo, para além de constituir a própria instância legitimadora, progride para sujeito ativo de um autogoverno²⁹⁹. Deixa a mera condição passiva de referência simbólica – própria das delegações de poder– para assumir um protagonismo democrático e titularizar o exercício do poder, conservando sua capacidade de ação. Exatamente assim consta da diretriz normativa do artigo que abre a

²⁹⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *As Novas Dimensões do Princípio da Soberania*. Niterói, Impetus, 2016, p. 61. O autor acentua que a tese da soberania popular, defendida por Rousseau, foi adotada no sistema constitucional francês de 1793. Fábio Konder Comparato, por sua vez, observa que do artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, constava que a soberania residia na Nação, por influência das ideias de Sieyès. Contudo, a fórmula se modificou já na Carta de 1791, por influência dos jacobinos, temerosos de que a enunciação primitiva pudesse servir à justificação de regimes antidemocráticos. A Constituição aprovada após a queda da monarquia, Carta do Ano Um, proclamava em seu artigo 25 que “a soberania reside no povo; ela é una e indivisível”. COMPARATO, Fábio Konder. In MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 8-22. Prefácio.

²⁹⁶ CHRISTENSEN, Ralph. In MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Tradução: Peter Naumann. A questão fundamental da democracia. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 33-43. Introdução.

²⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros, São Paulo, 2016, p. 95.

²⁹⁸ Na Constituição brasileira, sublinhe-se, a soberania se consorcia à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político como pilares normativos de fundamentação do Estado Democrático de Direito.

²⁹⁹ Pedro Abramovay, levando em conta a inviabilidade prática de se pretender incluir cada pessoa nas deliberações públicas, faz menção a uma dimensão de reconhecimento do direito democraticamente produzido. Esclarece que “cada manifestação de poder que se realiza em regime de verdadeiro autogoverno evidentemente não foi pensada ou formulada por todos os cidadãos, mas deve ser reconhecida como norma que possa ter sido emana por qualquer um.” ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 25.

Constituição de 1988: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Como se vê, a norma constitucional tem sentido político eminentemente inclusivo³⁰⁰ e atribui à representação política função instrumental de realização da democracia, uma vez que a titularidade do exercício da soberania é consagrada ao povo, que mantém relação de reciprocidade político-argumentativa³⁰¹ com todos os governantes, ao lhes confiar o exercício de poderes políticos ativos, passíveis de serem reclamados e restituídos, pelo mecanismo eleitoral, caso haja quebra dessa solução de confiança.

A soberania popular é fonte de tensão endógena entre o poder institucionalizado do Estado e o poder extrainstitucionalizado da sociedade, este não impositivo, mas com certa feição negativa, capaz de parar ou de alterar substancialmente o curso de ação dos representantes eleitos por meio de mobilizações e pressões³⁰².

A legitimidade democrática passa a ser atributo de um processo de configuração da realidade política, e não uma substância ou uma qualidade de textos normativos aprioristicamente analisados. Legítimo é aquilo que deriva de um processo estruturalmente capaz de propiciar inteligibilidade a seus atos comunicativos e decisórios, adequando-se ao tipo de convívio aceitável pelo povo, numa dinâmica de reconhecimento, de circularidade³⁰³.

Se é nítido que os direitos políticos de igualdade e de participação não alcançam apenas os representantes – nem têm sua incidência normativa episodicamente restrita ao momento do voto popular³⁰⁴—é necessário que haja um mínimo de correspondência entre a

³⁰⁰ Se é certo que um sistema jurídico fundado em paradigma democrático não tolera exclusões participativas injustificadas, pois reconhece a todos como sujeitos políticos, tem-se uma zona de certeza negativa quanto à validade de decisões imediatistas e desconectadas de processos dialógicos. Alons Bora, ao defender que participação significa inclusão plena de todos nos sistemas funcionais, conclui pela intolerabilidade de soluções advindas de exclusões. BORA, Alons. Quem participa? Reflexões sobre a teoria da inclusão. Tradução: Edvaldo Moita. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v.6, n.3, 2019

³⁰¹ MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.95.

³⁰² ALMEIDA, Debora Rezende de. Representação como processo: a relação Estado/sociedade na teoria política contemporânea. *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, n. 50. 2014, p. 179.

³⁰³ MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 55.

³⁰⁴ BOHMAN, James. Representation in the Deliberative System. In: PARKINSON, John; MAINSBRIDGE, Jane. (orgs.). *Deliberative Systems: Deliberative democracy at the large scale*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 72-94.

dinâmica da representação política e os interesses dos cidadãos representados³⁰⁵ para que resulte verdadeira solução de autodeterminação coletiva do método eleitoral.

Como viabilizadora da participação da cidadania na tomada de decisões parlamentares, a representação política assume certa feição processual. Forma-se numa cadeia muito complexa e sempre contínua de atos comunicativos, que se inicia desde a exposição dos programas partidários e das propostas de cada candidato nas campanhas eleitorais, alcança os atos parlamentares praticados no exercício do mandato, para depois se reconectar em um novo ciclo eleitoral. Como não há vácuo de poder político no Estado de Direito, a representação é permanente e vai sendo continuamente recriada entre as instituições e a sociedade³⁰⁶, de forma que as questões “quem representa” e “o que está sendo representado” estão em permanente (re)construção³⁰⁷.

Hanna Pitkin, em texto seminal publicado em 1967, inventariou as diferentes descrições até então atribuídas à representação política, tendo-as distribuído em elementos essenciais que compõem seu multicitado conceito.

A representação é vista como uma combinação entre autorização (ato inicial que confere autoridade para o representante atuar em nome do representado), responsabilidade (o representante deve prestar contas ao representado), correspondência, identificação simbólica e alteridade. Pitkin sublinhou que seria incorreto reduzir o representante ao papel de um mero substituto, tutor ou subordinado dos representados, ressaltando que as várias perspectivas se mesclam, e que a proeminência de uma ou de outra varia conforme o contexto político³⁰⁸.

³⁰⁵ “Embora a democracia continue sendo a palavra legitimadora dos regimes políticos, em regra o “governo do povo” torna -se o “governo autorizado pelo povo” e a instrumentalização da cidadania e da soberania popular, nas democracias contemporâneas, faz -se pelo instituto da representação política. Esta representação, no entanto, precisa estar de acordo com o ideal moderno da igualdade e da autodeterminação”. SALGADO, Eneida Desiré. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.) *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1089-1105; YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press, 2000, p. 127.

³⁰⁶ Nadia Urbinati, examinando a representação por um viés político, qualifica-a como uma corrente comunicativa entre representados e instituições, em permanente estado de ativação, estimulando o desenvolvimento de formas extraeleitorais de ação política, inclusive por meios indiretos ou informais de participação influente, como a mídia ou ações de movimentos sociais. “A representação política não elimina o centro de gravidade da sociedade democrática (o povo), ao mesmo tempo em que despreza a idéia de que os eleitores, em vez dos cidadãos, ocupem este centro, e de que o ato de autorização seja mais importante do que o processo de autorização.” URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, v. 67, 2006, p. 202.

³⁰⁷ ALMEIDA, Debora Rezende de. Representação como processo: a relação Estado/sociedade na teoria política contemporânea. *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, n. 50. 2014, p. 181.

³⁰⁸ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*. Tradução: Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Essa formulação de Pitkin, inteligentemente fluida, permanece útil para a compreensão das relações entre o povo e os parlamentares, tendo sido refinada por John Dryzek, que a compatibilizou mais ainda ao paradigma teórico da democracia deliberativa.

Para ele, análises da representação que a tomam como relação de confiança, como um alinhamento completo entre eleitor e eleito, não dariam conta de explicar a abrangência e a complexidade do fenômeno político contemporâneo, que é dinâmico, construído a partir de interações entre sujeitos dotados de subjetividades multifacetadas, produtoras de diferentes interesses e discursos sobre os mais variados temas. Nessas circunstâncias dinâmicas, revela-se imprecisa metodologia formalista que pretenda vincular, com base no resultado eleitoral, pessoas e grupos a um determinado representante, pelo simples fato de ele ter sido por elas preferido na eleição³⁰⁹.

Dryzek, então, distingue a representação de pessoas da representação de discursos e argumentos, estabelecendo um interessante paradigma democrático, que, por levar em consideração a complexidade do indivíduo e as múltiplas possibilidades de ação política, mostra-se mais capaz de traduzir as interações entre representantes e representados³¹⁰. Para implementá-lo, o autor aposta em *accountability* discursiva, impondo aos representantes que se comuniquem em termos sempre apreensíveis, por meio dos quais suas preferências possam

³⁰⁹ Referindo-se à fluidez de posições discursivas que suplanta um papel rígido de concepção e de atuação política, assinala Dryzek quanto à representação de grupos de pessoas: "individual selves prized by liberals can, then, be quite fractured by the discourses that the individual engages. Group representation is no less problematic in this light. Group representation is normally tied to descriptive representation, where "blacks represent blacks and women represent women." There may be more than one discourse relevant to black interests or women's interests, which a unitary framing of that group's interests will not capture. Some of its advocates recognize the need to "pluralize group representation," but then face indeterminacy in how far to go in representing different subgroups. This indeterminacy can be ameliorated (although not eliminated) if we can show how the range of relevant discourses can be described." DRYZEK, John; NIEMYER, Simon. Discursive Representation. *The American Political Science Review*, vol. 102, n. 4, 2008, p. 483.

³¹⁰ A ideia de representação de discursos também se revela pertinente à luz da teoria da convergência da justificação (que concorre com as teorias do consenso, de base rawlsiana), segundo a qual as justificações públicas oferecidas devem ser aceitas por cada destinatário, com base em suas próprias razões, que podem diferir das de outros membros. Gerald Gaus, expoente desta corrente teórica, adverte sobre o risco de se formarem, em procedimentos argumentativos verticalizados, consensos meramente artificiais (consensos sobrepostos, na terminologia de Rawls), para cuja obtenção se faz necessária renúncia apriorística de princípios e razões pessoais de uma parte dos membros, com vistas a evitar o desacordo. Para Gaus, a justificação pública deve poder se ligar às razões que os membros do grupo defendem, individual e separadamente, de sorte que se compreende o porquê de uma mesma medida poder ser aceita por pessoas diferentes e com diferentes razões, desde que haja convergência quanto à aceitação. GAUSS, Gerald. *The order of public reason: a theory of freedom and morality in a diverse and bounded world*. Cambridge University Press 2011, p. 27.

ficar claras para todos os espectros de representados, possibilitando interação constante entre as diferentes audiências e assim vivificando o processo de representação³¹¹.

Vê-se, portanto, que os temas da representação política e do processo legislativo de criação de leis, embora diversos, entrelaçam-se, na medida em que a adoção de um procedimento mais transparente e funcional de criação de leis potencializa a discussão e participação mais ampla da cidadania, viabilizando que cada discurso político seja compreendido em suas particularidades, e assim possa merecer apoio ou crítica por parte daqueles cuja liberdade virá a ser afetada. Um bom processo legislativo vivifica a representação política e é uma das condições primordiais para se alcançar verdadeiro pluralismo político. À teoria da legislação, conseqüentemente, cabe propor estruturas procedimentais capazes de materializar, melhorar e atualizar esses potenciais de representatividade argumentativa, para incluir cada vez mais grupos de interesses no debate público³¹².

Fixadas essas premissas sobre as transformações na ideia de representação política e nas funções da lei, é possível aprofundar a discussão para buscar entender de que forma elas devem repercutir num processo de criação da legislação consentâneo com o papel reservado aos parlamentos nas democracias contemporâneas.

1.7 O movimento de revitalização da racionalidade no processo de criação da lei: análise a partir da contribuição de Manuel Atienza à teoria da legislação

Com o advento da concepção positivista, caracterizada pela preocupação com a racionalidade argumentativa na aplicação das normas jurídicas, o Direito passou a devotar pouco interesse ao tema do processo de formação das leis, em comparação ao volume de estudos que tratavam da interpretação e aplicação da lei em feitos adjudicatórios³¹³. Tradicionalmente compreendida como manifestação puramente política do legislador (produto da vontade humana não mediada), a legislação – sobretudo no que diz respeito a seu

³¹¹ DRYZEK, John. Rhetoric in Democracy: A Systemic Appreciation. *Political Theory*, vol. 38, n. 3, 2010, pp. 319-339.

³¹² LLANOS, Leonor Suárez. El “juicio legal” ¿Tienen razón las leyes? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, p. 123.

³¹³ VOERMAN, Wins. In the Law we trust. Some thoughts on the legislative gap in legal studies. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org). *Conceptions and misconceptions of legislation*. Springer, 2019, pp. 295-307; BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. New Ways of looking at old institutions. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (Orgs.). *The least examined branch: the role of legislatures in the Constitutional State*. Cambridge University Press, 2006, pp. 1-14.

processo de elaboração – não se revelava fórmula compatível com a lógica formalista e dedutiva em que se pautava a ideia prevalecente de razão jurídica, segundo a qual, ao Direito, competiria tão somente possibilitar a obtenção de resultados adequados a partir da aplicação de regras pré-estabelecidas no ordenamento, pouco importando sua fonte e seu processo de criação³¹⁴⁻³¹⁵.

Todavia, desde o último quarto do século XX, os estudos sobre o processo legislativo vêm progredindo em quantidade e em qualidade, por todo o mundo³¹⁶⁻³¹⁷. Mesmo nos países de língua inglesa, cujos sistemas jurídicos historicamente atribuíram ao direito criado pelos juízes o status de fonte primordial, e nos quais o ensino do Direito é tradicionalmente baseado na análise de soluções de casos julgados por tribunais, a prática jurídica passou a exigir de todos mais atenção às leis aprovadas nos parlamentos e aos regulamentos das agências governamentais, ensejando o renascimento dos estudos sobre legislação, cada vez mais frequentes nos programas universitários³¹⁸.

Já nos países em cujos sistemas jurídicos a legislação sempre preponderou como fonte do Direito, o aumento da disposição para investigar seu processo de elaboração pode ser

³¹⁴ “Este paradigma de ciencia jurídica aparece perfectamente sintetizado en la conocida clasificación de J. Austin entre ciencia de la legislación y jurisprudencia: La primera se identifica con una disciplina normativa cuyo objeto es conocer el “deber ser” del Derecho, tarea que corresponde a los filósofos y a los políticos. La jurisprudencia o ciencia jurídica, como se la denomina en el ámbito continental, es, en cambio una disciplina descriptiva del Derecho positivo, y el “auténtico feudo” de los juristas. Es verdad que la posterior crítica antiformalista al positivismo provocó el surgimiento de nuevos estudios sobre la argumentación jurídica, empeñados en reconstruir racionalmente estas operaciones, pero, sin abordarse el proceso de creación de las normas. MARCILLA, Gema. Sobre Contribución a una Teoría de la Legislación, de Manuel Atienza. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 11, 1999, pp. 177-193.

³¹⁵ “Legal science of the positivistic brand is concerned with the existence of valid law and who can make and apply it. The description and systematization of this product of the legal system is the object of legal science. Apart from who can do what it expresses little concern for how law is made.” WINTGENS, Luc. The rational legislator revisited. Bounded rationality and jurisprudence. In: WINTGENS, Luc; OLIVER-LALANA, Daniel. The rationality and justification of legislation. Springer, 2013, p.4.

³¹⁶ BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The global revival of jurisprudence: a comparative view on legislation in legal education and research. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 525-558.

³¹⁷ A China, por exemplo, país cujo parlamento tradicionalmente adotava postura de sujeição ao governo e ao comando do Partido Comunista Chinês, também vem experimentando reformas em seu processo legislativo, o que tem provocado aumento do interesse dos estudiosos. Desde o ano 2000 foram institucionalizadas as audiências públicas como instrumentos de participação das pessoas no Congresso Nacional do Povo, como aponta PALER, Laura. China’s Legislation Law and the making of a more orderly and representative legislative system. *The China Quarterly*, 2005, pp. 301-320. Um exame mais detido do processo legislativo chinês e de suas mudanças, que indicam algum incremento da transparência e da participação pode ser visto em HE, Peng. *Chinese Lawmaking: from non-communicative to communicative*. Springer, 2014.

³¹⁸ Recentemente, as escolas de Direito das Universidades de Columbia, Harvard, Georgetown, de Nova Iorque e de Michigan, dentre várias outras, instituíram obrigatoriedade de inserção em seus currículos básicos de disciplinas sobre teorias ou técnicas da legislação. Periódicos dedicados exclusivamente ao tema da legislação também têm surgido no contexto acadêmico estadunidense, como aponta BRUDNEY, James. Legislation and regulation in the core curriculum: a virtue or a necessity? *Journal of legal education*, v. 65, 2015, p. 3-45.

percebido, em grande medida, como reação da comunidade jurídica à propagandeada crise da lei no Estado Social Constitucional, ou seja, como uma tentativa de oferecer resposta à suposta incapacidade da legislação de reger adequadamente as sociedades. O diagnóstico dessa má qualidade da lei (ou mesmo da produção em excesso de leis) tornou a compreensão de seu processo de elaboração um requisito necessário para o desenho de estratégias destinadas a aprimorar segurança jurídica por meio do incremento da eficácia social e jurídica da lei³¹⁹.

Nesse contexto de resgate dos estudos sobre teoria da legislação por todo o mundo, diversos autores passam a propor (re)conexão do processo de elaboração da legislação a padrões de racionalidade da argumentação jurídica, com intuito de dotá-lo de mais funcionalidade, inteligibilidade, e assim possibilitar seu controle constitucional³²⁰⁻³²¹.

Renegar, em absoluto, a existência de um componente de racionalidade no processo legislativo ensejaria problemas metodológicos insuperáveis para a ciência do Direito sob os marcos do positivismo jurídico³²², haja vista a dificuldade de se pensar que a lei possa vir a ser racional e adequadamente aplicada pelos juízes, se ela não corresponder, antes, a uma manifestação comunicativa dotada racionalidade mínima³²³.

³¹⁹ Traçando interessante paralelo entre as diferentes circunstâncias responsáveis pelo revigoramento dos estudos sobre legislação nos países cujos sistemas jurídicos são majoritariamente tributários da tradição de common Law, em comparação com aqueles sob influência história da tradição de civil law, BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The global revival of jurisprudence: a comparative view on legislation in legal education and research. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 525-558.

³²⁰ Como trabalhos precursores desse movimento estudos sobre a racionalidade da legislação, merecem destaque a obra pioneira de NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt, 1973; bem como trabalhos de WROBLÉWSKI, Jerzy. A model of rational law-making. *Archives for philosophy of Law and social philosophy*, v. 65, n. 2, 1979, pp. 187-201; e ainda texto de LOSANO, Mario. Análisi empirica dellle procedure giuridiche. In: SCARPELLO, Umberto; TOMEO, Vincenzo (orgs.). *Studi in onore di Renato Treves*. Milan: Giuffrè, 1984, pp. 357-381; além do primeiro artigo de Manuel Atienza dedicado ao tema: ATIENZA, Manuel. Practical reason and legislation. *Ratio Juris*, v.5, n.3, 1992, pp. 269-287.

³²¹ Mais recentemente, obra-síntese do estágio atual dos estudos sobre o tema, é o livro de WINTGENS, Luc. *Legisprudence: practical reason in legislation*. Ashgate, 2012;

³²² Sobre as diversas concepções de lógica costumeiramente adotadas pela ciência jurídica e as múltiplas relações metodológicas que elas estabelecem com o processo legislativo de criação das leis, confira-se a coletânea coordenada por ARASZKIEWICZ, Michał; PLESZKA, Krzysztof (orgs.). *Logic in the theory and practice of lawmaking*. Springer, 2015, esp. cap. 10, The concept of normative consequence and legislative discourse, de autoria dos organizadores.

³²³ Manuel Atienza evidencia bem essa contradição metodológica, provocando sobre a necessidade de serem estabelecidos marcos mínimos de racionalidade para o proceso legislativo. “Dado que una de las condiciones limitantes del discurso legal (precisamente la que lo convierte en un caso especial) es, como dice Alexy, respeto por la ley, no se podría decir que sin un mínimo de racionalidad legislativa no es posible hablar de racionalidad en argumento legal? Pero, cuál sería ese mínimo? Después de todo, sería apropiado hablar de argumento legal sin incluir el argumento que tiene lugar en el proceso legislativo?” ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997, p. 41.

Nesse sentido, Luc Wiggins bem esclarece que o Direito, nos últimos séculos, contentou-se com uma pressuposição regressiva bastante falseável: da pressuposição de que a lei seria dotada de racionalidade congênita (a ser preservada, encontrada ou reconstruída pelo aplicador/juiz), presumiu-se, por derivação, que também seria racional a atividade do seu artífice, e dos trabalhos que lhe deram origem³²⁴. A racionalidade do legislador, portanto, adviria por transladação da racionalidade do produto final dos trabalhos legislativos, a lei³²⁵, diretiva metodológica essencial para a funcionalidade do positivismo jurídico³²⁶.

Mesmo quando se deu conta da imprecisão dessa presunção apriorística de racionalidade do processo de criação da lei, apercebendo-se de que diversos critérios jurídico-constitucionais se faziam aplicáveis ao processo legislativo, a ciência jurídica iniciou um movimento acrítico e pouco cuidadoso de traslado de regras do sistema jurídico para o processo legislativo, zona de fronteira entre a política e o direito. Quiçá tenha-se imaginado que uma mesma matriz de racionalidade argumentativa poderia ser integral e satisfatoriamente aplicável aos processos jurisdicional e legislativo.

Com efeito, na conhecida tese de Robert Alexy, em que a argumentação jurídica figura como caso especial do discurso prático racional kantiano (ou seja, razão informada pela experiência, porém impregnável de conteúdo moral), o que particulariza e atribui validade e aceitabilidade para qualquer decisão jurídica é a pretensão de correção de seu processo de institucionalização, capaz de emular um intercâmbio entre todos os afetados. Assim, as razões se tornam avaliáveis em face dos padrões jurídicos positivados, que as vinculam³²⁷, e o campo discursivo da moral prática se transforma no campo argumentativo especial do Direito.

³²⁴ WINTGENS, Luc. The rational legislator revisited. Bounded rationality and jurisprudence. In: WINTGENS, Luc; OLIVER-LALANA, Daniel. *The rationality and justification of legislation*. Springer, 2013, p. 08.

³²⁵ CÓRDOBA, Gema Marcilla. Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013.

³²⁶ “The concept of the rational lawmaker is best understood as a set of methodological directives that govern the process of legal analysis. These rules enable the translation of ambiguous and often inconsistent texts of legal statutes into a coherent system of unequivocal legal norms. (...) The genealogy of the concept of a rational lawmaker is a striking example of how an idea that began as being purely explanatory can develop into normative criteria.” KROTOSZYŃSKI, Michał. Legislative History, Ratio Legis, and the Concept of the Rational Legislator. In: KLAPPSTEIN, Verena; DYBOWSKI, Maciej. (orgs.). *Ratio Legis: Philosophical and Theoretical Perspectives*. Springer: 2018, p. 57.

³²⁷ Como se vê na obra de Alexy, essa sua formulação basilar não se limita a alcançar os chamados discursos de aplicação do Direito, mostrando-se aplicável também para a criação da lei: “Dada esta situación y la necesidad de decidir existente de hecho, es racional (es decir, fundamenteable en un discurso práctico) ponerse de acuerdo en un procedimiento que limite el campo de lo posible discursivamente de la manera más racional posible. Ejemplos de tal procedimiento lo son las reglas de la legislación parlamentaria en que se apoyan el principio de la mayoría y de la representación, y los distintos ordenamientos procesales.” ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução:

Alexy organiza as diretrizes do discurso prático geral (que serão imbricadas às regras e princípios específicos do discurso jurídico), separando entre regras fundamentais³²⁸, regras de razão³²⁹, regras de cargas de argumentação³³⁰, regras de fundamentação³³¹ e regras de transição. Estipula um modelo claramente dialógico para resolução de diferenças de opinião sobre uma questão teórica ou prática, dotado de inegável viés procedimental, porquanto essencialmente caracterizado por fases interligadas entre si, a saber, de abertura argumentativa, confrontação e conclusão³³².

Manuel Atienza é dos autores que se vale da base dessa concepção como suporte teórico de criação de um modelo de racionalidade argumentativa para o processo legislativo³³³. Todavia, não promove um traslado acrítico da teoria de Alexy ou da teoria de

Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017 (originariamente publicado na Alemanha em 1978), p. 438 (Edição do Scribd).

³²⁸ Das regras fundamentais, destacam-se: i) nenhum participante pode se contradizer; ii) todo e qualquer participante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo creia; iii) todo participante que aplique um predicado F a um objeto a deverá aplicar F também a qualquer outro objeto igual a a em todos os aspectos relevantes; iv) diferentes participantes não podem usar uma mesma expressão com distintos significados. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017 (originariamente publicado na Alemanha em 1978), Apêndice, p. 294 (Edição do Scribd).

³²⁹ Dentre as ditas regras da razão, sublinham-se: i) todo participante, quando instado, deve fundamentar o que afirma; ii) todos podem participar do discurso, expressar suas opiniões e introduzir ou problematizar qualquer asserção; iii) não se pode impedir nenhum participante de exercer tais direitos mediante coação interna ou externa ao discurso. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017 (originariamente publicado na Alemanha em 1978), Apêndice, p. 299 (Edição do Scribd).

³³⁰ Relativamente às chamadas regras da carga argumentativa, convém ressaltar as seguintes: i) quem pretender tratar uma pessoa A de maneira distinta de uma pessoa B está obrigado a apresentar fundamento para tanto; ii) diante de um contra-argumento, aquele que suscitou o argumento atacado fica obrigado a apresentar mais argumentos; iii) quem introduz no discurso afirmação que não sirva, como argumento, à manifestação anterior, deverá explicar a razão de ter suscitado o argumento. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017 (originariamente publicado na Alemanha em 1978), Apêndice, p. 299 (Edição do Scribd).

³³¹ Finalmente, entre as ditas regras de fundamentação, merecem destaque as seguintes: i) quem defende uma proposição normativa destinada a satisfazer interesses de outras pessoas, deverá aceitar as consequências dessa proposição, caso se encontre na situação prevista pela norma; ii) as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017 (originariamente publicado na Alemanha em 1978), Apêndice, p. 299 (Edição do Scribd).

³³² ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, p. 386.

³³³ Alexy, entretanto, já antevia dificuldades para estabelecer bases de racionalidade no processo legislativo, essencialmente político, receio que pode ser inferido no seguinte trecho da Teoria da Argumentação Jurídica do autor alemão: “La racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica presupondría la racionalidad de la legislación. Lo último tiene como condición que en la respectiva sociedad las cuestiones prácticas sean resueltas racionalmente. Para llegar a una teoría del discurso jurídico que contenga también esta condición de racionalidad habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación, y ésta hasta una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico constituiría una parte. Los fines perseguidos aquí son limitados. Lo único que cabe preguntar es qué

argumentação de Habermas, mas uma revisão provocativa de ideias, na qual importantes discordâncias e ressalvas metodológicas são apresentadas.

Em seu último trabalho dedicado ao tema, Atienza reforçou um aspecto pragmático já constante de sua teoria da legislação, sublinhando que, no debate parlamentar cotidiano, dificilmente se cumprem as regras da argumentação do discurso prático ditadas por Alexy, que mais servem como ideal regulativo do que como parâmetro normativo efetivamente aplicável aos debates parlamentares³³⁴.

O autor espanhol—convém frisar—não renega que as regras do discurso prático geral desempenhem papel no processo legislativo, identificando nos trabalhos dos parlamentos limites éticos, que não se podem transgredir. Percebe, porém, que a argumentação de um representante político ao defender uma medida legislativa não é propriamente imparcial e nem puramente racional—como exigiria a regra discursiva alexyana quanto ao núcleo da sua pretensão de correção—, porém essencialmente caracterizada por elementos ideológicos e políticos que transcendem as razões apresentadas nos debates ou nas atas das reuniões parlamentares³³⁵. Basta pensar, por exemplo, na incompatibilidade entre a regra discursiva de não contradição e a dinâmica política, em cujo curso condições de poder e posições argumentativas se alteram constantemente.

Desta maneira, ao invés de tomar a argumentação legislativa imediatamente como um caso especial do discurso prático, Atienza fala de uma relação mais branda, de conexão, mas não de perfeito acoplamento metodológico de espécie/gênero. O ponto de contato por dele identificado diz respeito, sobretudo, à inegável constatação de que as normas regentes do processo legislativo também podem ser justificadas segundo as regras do discurso

significa decidir racionalmente en el marco de un ordenamiento jurídico válido. Esta pregunta debe aclararse en la teoría de la argumentación jurídica. En una teoría tal son importantes ciertamente una serie de cuestiones que también deben ser tratadas en una teoría de la legislación y en una teoría normativa de la sociedad. Las teorías mencionadas pueden por ello distinguirse, pero no separarse estrictamente.” ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017 (originariamente publicado na Alemanha em 1978), p. 440 (Edição do Scribd).

³³⁴ “El error de Alexy es el de pretender que um único tipo de discurso pueda servir para los muy diversos ámbitos de la argumentación jurídica.(...) El resultado es una concepción que simplifica e idealiza (distorciona) la realidad y que, por lo tanto, no puede ser muy útil para entender y guiar la práctica argumentativa”. ATIENZA, Manuel. *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019, p.121.

³³⁵ ATIENZA, Manuel. *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 140.

racional, o que não seria, entretanto, suficiente para pressupor e idealizar racionalidade absoluta do cotidiano de funcionamento dos parlamentos³³⁶.

Muito embora ainda haja dissenso entre os estudiosos –havendo posições firmes em sentido contrário, a sustentar que a legislação se enquadraria por inteiro como mais um caso especial do discurso prático geral³³⁷, a ressalva feita por Atienza quanto aos cuidados metodológicos necessários para a aplicação de uma teoria da argumentação racional ao processo de criação da lei evidencia que ainda não estão completamente delineados critérios de argumentação jurídica passíveis de aplicação segura nos parlamentos, constatação que reforça o quanto ainda há para ser explorado pela teoria e pela dogmática jurídica no campo do processo legislativo.

Quais seriam, afinal, as regras basilares de argumentação legislativa? Como poderiam ser alcançados pressupostos argumentativos de uma teoria do discurso nos parlamentos, auditórios essencialmente movidos pelas lógicas estratégicas do interesse político e do antagonismo partidário? Seria possível compreender adequadamente o processo legislativo valendo-se de tipologia semelhante àquela utilizada em processos jurisdicionais, marcados por “persuasão racional” e imparcialidade dos tomadores de decisões³³⁸? Caso a resposta seja positiva, quais seriam os conceitos jurídicos transversais, capazes de estruturar normativamente procedimentos tão dispares?

Manuel Atienza, ancorado nesses pressupostos, propõe-se a construir uma ideia de racionalidade legislativa, mediante um refinado esquema de interações entre destinatários, autores, fins e valores, organizados em níveis complementares de racionalidade que interagem

³³⁶ ATIENZA, Manuel. *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 142.

³³⁷ SIEDMAN, Robert. Justifying legislation: a pragmatic, institutionalist approach to the memorandum of law, legislative theory, and practical reason. *Harvard Journal of Legislation*, v. 29, n. 1, 1992, pp.1-77; LLANOS, Leonor Suárez. El “juicio legal” ¿Tienen razón las leyes? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, pp. 109-136; CÓRDOBA, Gema Marcilla. *Racionalidad Legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2005, esp. p. 322. CÓRDOBA, Gema Marcilla. Razón Práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.47, 2013, pp. 43-83.

³³⁸ “La legislación es um caso especial más del discurso práctico general. La razón de la ley depende de su capacidade para seguir las condiciones de la razón práctica, particularizándolas a las necesidades y características especiales del ámbito político y jurídico normativo de la legislación. Por eso, las condiciones legitimadoras de la argumentación actuarían sobre la legislación, del mismo modo que actúan sobre la jurisdicción. Y por eso, también, uma de las labores centrales de la teoria de la legislación es ir adaptando y concretando las reglas generales de la teoria de la argumentación, igual que se hace en el marco jurisdiccional. Desarrollar la teoria de la legislación exige profundizar em la delimitación y concreción de essas condiciones argumentativas y de justificación crítica.” LLANOS, Leonor Suárez. El “juicio legal” ¿Tienen razón las leyes? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, p. 129.

entre si, num modelo multidimensional destinado a servir como fórmula de mensuração da aceitabilidade das leis (e de seu processo de elaboração) pelo ordenamento jurídico³³⁹.

Passa-se a descrever, em síntese, esse estatuto epistemológico da legislação, entre cujas finalidades está a de articular técnicas científicas e teorias filosóficas, aplicáveis como critérios de correção discursiva e de avaliação qualitativa do produto legislativo.

Um primeiro nível (R1) enfeixa exigências de racionalidade comunicativa, que demandam compreensibilidade e fluidez na relação entre emitente e destinatário das normas jurídicas, para evitar ambiguidades, lacunas e incoerências de linguagem³⁴⁰. O nível seguinte (R2) se refere à racionalidade jurídico-formal da lei e cuida estritamente da dogmática jurídica, pressupondo que leis novas se insiram harmonicamente no ordenamento, respeitando a integridade do direito, a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Recentemente, Atienza propôs nova nomenclatura para este segundo nível, referindo-se à racionalidade sistemática.

No nível terceiro (R3), vê-se mandamento de racionalidade pragmática – já voltado à aplicação da lei – segundo o qual a conduta dos destinatários deve se ajustar às prescrições legais³⁴¹.

O quarto nível (R4) diz respeito à racionalidade teleológica, reclamando, a partir de um ponto de vista funcional do ordenamento, que a lei, uma vez seguida pelos destinatários, alcance os fins sociais pretendidos³⁴², enquanto o quinto nível (R5) cuida da racionalidade ética, revelada nos valores subjacentes às leis, que as justificariam.

³³⁹ ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

³⁴⁰ “Una ley es racional desde el punto de vista lingüístico si ofrece un mensaje y comunica al destinatário lo que pretende. La racionalidade lingüística de la ley no supone necesariamente una ausencia de tecnificación.” CALSAMIGLIA, Albert. ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar? DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 13, 1993, p. 176.

³⁴¹ O terceiro nível se vincula à ideia de eficácia da legislação, parâmetro útil em se tratando de normas que impõem obrigações e proibições (não tão útil diante de normas chamadas antidiretivas, que estabelecem poderes, permissões e faculdades). Uma norma será considerada eficaz se a maioria das pessoas sujeitas à sua incidência não a infringem na maioria das ocasiões. Sobre o tema, confira-se: SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011; HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel, 2003, esp. pp. 139-165.

³⁴² A racionalidade dita teleológica se relaciona com o conceito de efetividade da legislação, referente aos resultados advindos do cumprimento da norma jurídica. Nesse sentido, a eficácia se revela uma pré-condição da efetividade, uma vez que, para mensurar se os efeitos pretendidos foram alcançados, pressupõe-se que a norma tenha sido adotada pelos destinatários. Tanto eficácia quanto efetividade são conceitos graduais, que admitem maior ou menor verificação, sendo muito difícil se alcançar eficácia e efetividade absolutas. Fala-se, ainda, no conceito de eficiência da lei, referindo-se a uma análise de custo-efetividade de uma política pública, tanto mais eficiente quanto puder produzir maiores resultados com menores custos monetários. Diferenciando eficácia, efetividade e eficiência da legislação, confira-se o interessante texto de BLANCO, Carolina Fernández. Normas

Cada tipo de racionalidade é correlato a uma ou várias abordagens teóricas³⁴³, o que denota a abrangência da argumentação no âmbito Legislativo³⁴⁴. Essa riqueza, contudo, converte-se em complexidade procedimental diante das dificuldades de se satisfazerem, na real dinâmica do processo de legislação e de aplicação das leis, tantas exigências advindas de diferentes noções de racionalidade. Interessantemente, Atienza aponta hipóteses nas quais se verificam conflitos entre essas várias racionalidades, esforçando-se para delinear critérios de prevalência e cenários nos quais a preponderância de um nível sob outro seja tolerável.

Refere-se, por exemplo, a casos de inconstitucionalidade, nos quais as leis se mostram satisfatoriamente racionais sob o ponto de vista linguístico, mas falham sob a perspectiva jurídico-formal (conflito entre R1 e R2). Suscita hipóteses de legislação simbólica³⁴⁵: leis que não são feitas para produzirem os objetivos nelas declarados e nem para serem estritamente cumpridas, nas quais obscuridades e baixa racionalidade linguística terminam por servir à consecução das finalidades políticas do legislador (conflito entre R1 e R3/R4).

Menciona também situações nas quais o legislador, seja em virtude de imposições políticas que cercam a tramitação da matéria (e condicionam sua aprovação), ou de prognósticos quanto às condições de aplicabilidade prática de determinada regra ou princípio

sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.42, 2019, p.268.

³⁴³ O nível linguístico é objeto, dentre outras ciências, da linguística, da informática, da legística. Já a dimensão dogmática é objeto da teoria geral do direito, da lógica jurídica, do direito constitucional, da legística. O terceiro nível se aproxima da ciência política e da sociologia, enquanto o quarto, teleológico, liga-se à análise econômica do direito, à sociologia jurídica. O nível ético é objeto da filosofia do direito. ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

³⁴⁴ Com notável poder de síntese a respeito da teoria de Atienza, Roberta Simões Nascimento bem condensa a complexidade dessas múltiplas racionalidades, encadeando-as: “a atividade de editar uma lei pressupõe a pretensão de alcançar um determinado objetivo social (razões teleológicas) que possa ser considerado justificado (razões axiológicas), para o qual se precisa formular uma série de enunciados bem construídos (razões linguísticas) cujos conteúdos se ajustem ao ordenamento jurídico (razões sistemáticas) e deem lugar a ações (razões pragmáticas) que permitam alcançar esse objetivo.” NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado em Direito. Universidad de Alicante, Universidade de Brasília, Alicante – Brasília, 2018, p. 54.

³⁴⁵ Marcelo Neves conceitua uma legislação como simbólica em função da prevalência de significados político-ideológicos latentes sobre os sentidos normativo-jurídico aparentes. Em algumas hipóteses, a complexidade do ambiente social seria tamanha, a ponto de obstar a capacidade do direito de dirigir a vida social, contexto no qual, voluntária ou involuntariamente, o significado específico do ato de produção e do texto produzido passam a não coincidir, o que pode reduzir a função instrumental da lei e revelar sua função simbólica. “Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (...)A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou “político-ideológica”. NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 29-30.

jurídico, opta pela positivação de textos cuja linguagem é aberta, com o intuito de ampliar a margem de discricionariedade do aplicador³⁴⁶ (conflito entre R1 e R5, no qual finalidades éticas de liberdade, igualdade e justiça modulam e restringem a clareza linguística).

Atienza incrementa os exemplos, ainda, com hipóteses de tensão entre os níveis R3 (pragmático) e R4 (teleológico), nas quais o cumprimento de uma lei se revela incapaz de lograr os objetivos sociais pretendidos, revelando-se falha nos prognósticos realizados pelo legislador. Ou seja, as medidas imaginadas como suficientes para alterar a realidade social se revelam ineficazes, insuficientes.

Finalmente, ressalva que o quinto nível, de acordo com o qual justificações éticas devem acompanhar as proposições, é o único a não ditar uma técnica legislativa correlata, pois o cumprimento da lei ou a realização dos objetivos sociais estabelecidos podem se dar sob múltiplos substratos éticos, o que minora a intensidade dos choques entre os níveis R5, R3 e R4.

Dos exemplos escolhidos, antevê-se que, se as múltiplas interseções entre os níveis de racionalidades se revelam conflituosas, Atienza atribui primazia aos níveis superiores de racionalidade pragmática e teleológica. Em texto recente, esboçou um sexto nível (R6), metanível que veicula critério de razoabilidade destinado a equilibrar as cinco racionalidades, esclarecendo que eventuais sacrifícios de um dos níveis devem corresponder a benefícios estipuláveis quanto aos demais, sendo reprovável lei na qual se suprimam por completo, injustificadamente, expressões de um dos parâmetros de racionalidade³⁴⁷.

Naturalmente, Atienza, não toma a obediência simultânea e simétrica a todos os referidos níveis como um padrão rígido exigível para a validade das leis, esclarecendo que, a depender do conteúdo de cada lei, será atribuída maior ou menor ênfase a uma determinada categoria. Leis de caráter eminentemente técnico, por exemplo, demandam maior preocupação com a racionalidade linguística; legislação que implemente política pública tende a suscitar, em maior grau, problemas de racionalidade teleológica; já medida legislativa que veicule componente de acentuada moralidade política, deve provocar maiores embates no plano da racionalidade ética.

³⁴⁶ Sobre o tema, conferir, MASHAW, Jerry. Prodelegation. Why administrators should make political decisions. *Journal of law economics and organizations*, v. 1, n. 1. 1985, p. 81-100.

³⁴⁷ A razoabilidade legislativa defendida pelo autor se assemelha, tão somente em sua estrutura argumentativa, ao postulado da proporcionalidade, utilizado como critério de aplicação de normas principiológicas em conflito diante do caso concreto. ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ, Aurelio (Org.). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.

A teoria dos multiníveis, certamente, não esgota os desafios teóricos de construção de uma ideia de racionalidade argumentativa factível com a natureza do processo legislativo de criação de leis. No entanto, o trabalho de Atienza revela taxonomia útil para se entender as discussões legislativas e para se conhecer os requisitos mínimos de racionalidade exigíveis pelo sistema jurídico. Por outro lado, dá ao intérprete um critério de interpretação por meio do qual se pode decompor a ação legislativa e assim investigar, com certa uniformidade e precisão, quais objetivos pretendia o legislador alcançar com cada decisão tomada. A lei, para ser racional, deve ser formulada em termos que permitam a sua avaliação, o que fica facilitado por meio da identificação desses diferentes e complementares níveis de racionalidade.

Em síntese, a atividade legiferativa pressupõe a vontade política de alcançar um determinado objetivo social (razões teleológicas) que possa se considerar justificado (razões axiológicas), para o qual é necessário formular uma série de enunciados bem construídos (razões linguísticas) que se ajustem ao ordenamento (razões sistemáticas) e deem lugar a ações que permitam alcançar esses objetivos perseguidos (razões pragmáticas)³⁴⁸. É sempre necessário identificar o problema a ser enfrentado, escolher com um mínimo de clareza os cursos de ação a serem adotados e traçar prognósticos mínimos para os resultados pretendidos.

Aplicada à prática, a teoria dos níveis de racionalidade pode funcionar, ademais, como um critério de permissividade de controle jurídico do processo legislativo. Um sinalizador, que facilita a percepção de desobediências cometidas pelo legislador, diante de casos nos quais não seja possível inferir –do texto aprovado e dos debates parlamentares a ele correlatos–, quaisquer dessas razões essenciais, subjacentes aos preceitos normativos fundamentais que exigem um grau mínimo de racionalidade da atividade legiferativa, cuja violação legitimaria tutela jurisdicional sobre a validade da lei.

Um desafio que se coloca à argumentação legislativa, portanto, é o de enfrentar e dar respostas às exigências decorrentes de cada um dos níveis de racionalidade. Porém, a dinâmica política parlamentar dificulta a elaboração ou a apreensão dessas justificações, agregando irracionalidades ao processo de legislação e o afastando do ideal de equilíbrio entre os discursos racionais. Isso ocorre, sobretudo, em virtude de serem adotadas estratégias comunicativas pautadas em negociações com setores externos ao parlamento, ou em técnicas

³⁴⁸ ATIENZA, Manuel. *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 95.

publicitárias destinadas à obtenção de apoio popular, comunicações que dispersam e distorcem os discursos públicos, dificultando o seu controle.

Cabe, por fim, reforçar ressalva já anteriormente referida: se, por um lado, apostar na hiper-racionalidade do processo legislativo se revelaria imprópria tentativa de colonização da política pelo direito, não se pode negar, por outro, que a Constituição, ao cumprir a missão primordial de regulamentar o procedimento de elaboração e aprovação das normas jurídicas, positivou mandamentos de racionalidade exigíveis do parlamento, por meio de preceitos dialogais de argumentação, destinados a salvaguardar, em última instância, o núcleo da ideia de republicanismo, infensa ao patrocínio de interesses privados nos espaços públicos³⁴⁹.

Prescindir em absoluto de racionalidade prática como uma metódica aplicável a um procedimento jurídico, ensejaria, no campo da legislação, uma porta aberta ao voluntarismo legislativo³⁵⁰, em prejuízo das exigências constitucionais pluralistas derivadas da soberania popular, anteriormente referidas.

No diagnóstico preciso de Atienza, as discussões parlamentares muitas vezes não atendem às exigências mínimas do diálogo racional. E ao Direito ainda falta desenvolver repertórios teórico e dogmático capazes de delinear uma racionalidade argumentativa condizente com as exigências de deliberação democráticas aplicáveis ao cotidiano dos parlamentos, difícil sintonia fina entre os sistemas da política e do Direito.

1.7.1 Conclusão do capítulo

Até o presente estágio da pesquisa, argumentou-se que a autoridade, a legitimidade e a funcionalidade das leis se vinculam, fortemente, às características do processo legislativo de sua criação.

³⁴⁹ “An action becomes rational if it can be explained and defended by arguments acceptable to a reasonable audience. At the end of the day, the republican project can avoid becoming kitsch only if it can specify the agreed criteria for what constitutes an acceptable – read rational– argument. SIEDMAN, Robert. Justifying legislation: a pragmatic, institutionalist approach to the memorandum of law, legislative theory, and practical reason. *Harvard Journal of Legislation*, v. 29, n. 1, 1992, pp. 10, 11.

³⁵⁰ “La naturaleza racional del procedimiento práctico discursivo es el instrumento garante de la consecución de consensos racionales, por lo que la prueba de la corrección racional de la legislación la ofrece el procedimiento de adopción de la decisión y las reglas que consiguen que la comunicación político jurídica tenga sentido.” LLANOS, Leonor Suárez. El “juicio legal” ¿Tienen razón las leyes? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, p. 115.

Tendo sido defendido que a representação política é um dos principais mecanismos de efetivação da participação popular nas decisões públicas, incursionou-se na evolução histórica moderna de uma relação entre representação e processo legislativo, concluindo que se vão abandonando, progressivamente, concepções contrafáticas, e a teoria política aponta caminhos para efetiva inclusão das pessoas nas deliberações públicas. Desde as perspectivas fundadoras contratualistas, passando pela filosofia política utilitarista, até se alcançar o marco pós-moderno de legitimação pelo discurso, vê-se essa forte gradação das exigências formais e comunicativas a serem observadas nos procedimentos legislativos, de modo que todo cidadão destinatário de normas jurídicas possa compreender de que maneira e por qual razão determinada decisão foi tomada.

O Direito, em reação à pouca importância atribuída ao tema ao longo do último século, passa a se preocupar mais com o processo de criação de leis, percebendo a imprescindibilidade de que a atuação legiferativa seja dotada de padrões de racionalidade, para que a lei seja eficaz e efetiva, e também para que aumente o contato comunicativo entre eleitores e eleitos. Contudo, muitos dos arranjos teóricos desenvolvidos pensam a legislação a partir de circunstâncias ideais de discurso, presumindo condições de igualdade deliberativa raramente verificáveis no cotidiano do sistema político.

Há que levá-las em conta para se entender corretamente a institucionalidade política, e assim esboçar procedimentos decisórios realistas, efetivamente capazes de implementar os ideais da democracia e de aumentar as condições de emancipação humana, sem desconsiderar os limites institucionais dos parlamentos. Por isso, o capítulo seguinte é dedicado a investigar, sob um enfoque eminentemente pragmático, quais são as condições reais de tomada de decisão nos parlamentos, especialmente no Brasil.

No terceiro capítulo, num esforço de propor um parâmetro jurídico de racionalidade argumentativa adequado às deliberações parlamentares, defender-se-á que o respeito ao princípio processual do contraditório se mostra capaz de articular essa demanda por racionalidade discursiva com as características estratégicas e parciais da atuação legislativa, agregando maior publicidade, funcionalidade e transparência ao processo legislativo.

2 Um olhar político-pragmático do processo legislativo. Sob quais condições os parlamentos deliberam?

2.1. Introdução

Conforme visto no capítulo primeiro, filósofos e sociólogos do Direito, além de cientistas políticos e constitucionalistas, vêm trilhando variados percursos de investigação científica, cujo cerne das preocupações diz respeito à legitimidade democrática e à funcionalidade da produção legislativa do Direito. Entretanto, a maior parte desses estudos traz análises prescritivas das funções das casas parlamentares e do processo legislativo. A partir de suas concepções preferidas de democracia e de representação, os autores se propõem a construir modelos processuais que julgam constitucionalmente adequados e passam a defender sua implementação nas casas parlamentares.

Não é comum, especialmente em textos elaborados por profissionais do Direito, encontrar abordagens metodológicas descritivas, voltadas à apreensão do processo legislativo a partir da observação das práticas parlamentares e das interações dos legisladores, fatores de índole política determinantes para as decisões parlamentares.

Tentar compreender, em sua dimensão pragmática, o funcionamento das assembleias, tomando como marco analítico o papel desempenhado por cada ator relevante no processo de elaboração da lei, parece útil à mensuração das suas características (anti)democráticas, entendida a legislação como síntese de uma cadeia dialética de atos jurídicos, cada um deles contendo determinada vontade política, manifestada com o intuito de obter o apoio da maioria para se transformar em norma jurídica e condicionar os comportamentos.

Como agem os parlamentares – individual e coletivamente – no transcurso procedimental das propostas legislativas, desde a elaboração até a votação definitiva? São politicamente independentes? Atuam no interesse do eleitorado, ou defendem grupos menores patrocinadores de interesses? Trabalham em causa própria? Caso positivo, são proibidos de fazê-lo? Seu desempenho sofre interferência relevante de outros poderes? Os mecanismos de discussão e de votação são capazes de produzir, de fato, agregações fidedignas a uma vontade coletiva majoritária?

Esses diversos aspectos parecem reveladores das vontades políticas determinantes para a mobilização congressional que marca o andamento e o resultado dos processos legislativos de criação de leis. Como sustentado no início desta pesquisa, uma das principais marcas do processo legislativo é seu papel de ponte entre os sistemas político e jurídico, característica que impõe ao pesquisador a tarefa de avaliar de que forma regras procedimentais se relacionam com o funcionamento cotidiano dos parlamentos, no intuito de compreender como essa relação repercute na qualidade democrática das normas jurídicas produzidas por via legislativa³⁵¹.

2.2 Teoria das Escolhas Públicas

Em contraposição à baixa atenção devotada pela ciência jurídica a esses aspectos políticos, a economia e a ciência política vêm produzindo, a partir de seus instrumentais metodológicos, análises a respeito das interações entre os parlamentares, o Executivo e grupos organizados de interesse, no afã de perquirir as motivações que subjazem à atuação dos congressistas.

Dentre esses estudos, destacam-se os que constituem objeto de uma matriz teórica denominada de Teoria das Escolhas Públicas³⁵², cuja proposta é analisar, segundo critérios econômicos e deduções matemáticas, as rotinas das instituições de governo. Em lugar das generosas pressuposições que costumam justificar as decisões majoritárias legislativas como traduções das preferências do povo (vontade geral, interesse público e utilitarismo coletivo), adotam-se premissas de microeconomia comportamental com o intuito de se alcançar análise mais realista do ambiente político, a partir da constatação basilar de que os ocupantes de cargos públicos eletivos não agem sempre no interesse exclusivo do eleitorado, mas são

³⁵¹ Robert Dahl, ao se referir à teoria democrática como uma teia multidimensional, ressalta que sua metodologia deve ser composta por preocupações de índole filosófica (normativa) aliadas a aspectos mais empíricos, afeitos ao estudo das instituições necessárias para viabilizar amplitude participativa. DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 11.

³⁵² A teoria das escolhas públicas tem como seus fundadores Jim Buchanan, Gordon Tullock e Kenneth Arrow, dentre outros autores. Desenvolveu-se, sobretudo, na escola de política econômica da Universidade da Virgínia, a partir da segunda metade do século passado. No Brasil, a teoria é estudada e mencionada, dentre outros, por CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113. Belo Horizonte, 2016, p. 51-99.

muitas vezes guiados por racionalidades individuais ou partidárias egoístas, pautadas na conservação ou ampliação do poder político³⁵³.

Essa metodologia de análise institucional, portanto, desconfia do republicanismo dos ocupantes de cargos públicos, enxergando-os como agentes economicamente racionais e, portanto, suscetíveis. Como em qualquer estrutura social competitiva, no mercado da política são instituídas recompensas e punições, capazes de influenciar as decisões dos agentes políticos, que também enfrentam limitações de conhecimento e de informação a respeito dos temas objeto das deliberações³⁵⁴.

Segundo a teoria das escolhas públicas, a primeira preocupação de qualquer mandatário é de ordem eleitoral, e sua atuação é sempre dirigida à conquista de votos, condição essencial para permanência no poder segundo as regras do jogo democrático³⁵⁵⁻³⁵⁶. Contudo, esses estímulos relativos à esfera de poder político de cada parlamentar e dos partidos (a seguir abordados), não são elencados pela teoria das escolhas públicas como fatores exclusivos de distorção democrática. Há também problemáticas intrínsecas ao processo deliberativo que, não raro, dificultam a verificação de simetria entre as decisões colegiadas e as preferências individuais, sejam estas da maioria do eleitorado ou mesmo da própria maioria dos representantes.

³⁵³ Robert Dahl, remetendo às lições do artigo Federalista nº 51, faz interessante alusão à democracia pluralista madisoniana como cenário político fidedigno ao realismo pretendido pela teoria das escolhas públicas. De fato, como destacamos anteriormente, Madison já alertava que a formação da vontade política era susceptível ao predomínio de motivações individuais no lugar de interesses públicos. Daí a necessidade de serem impostos controles e de ser equacionada a distribuição de poderes para evitar a emergência de grupos de interesses contrários à institucionalidade. DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, 154.

³⁵⁴ MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p.11; STEARNS, Maxwell; ZYWICKI, Todd. *Public choice concepts and applications in law*. Saint Paul: West Academy Publishing, 2009.

³⁵⁵ DOWNS, Anthony. *Uma teoria Econômica da Democracia*. Tradução: Sandra Guardini. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 50.

³⁵⁶ Antony Downs reverteu um axioma básico da ciência política, ao defender que os partidos formulariam políticas para vencerem eleições, ao invés de vencerem eleições com o intuito de proporem políticas. DOWNS, Anthony. *Uma teoria Econômica da Democracia*. Tradução: Sandra Guardini. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p.28. Em sentido parecido, Schumpeter, economista e cientista político austríaco da primeira metade do século XX (portanto, sem vinculação alguma com a escola das escolhas públicas) anotou que, muito embora a finalidade social da atividade parlamentar se destine, prioritariamente, à produção da legislação, essa função é preenchida apenas incidentalmente, no mesmo sentido segundo o qual a produção fabril é incidental ao recebimento de lucros por um industrial capitalista. SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução Ruy Jungman. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 277. Ambas as afirmações parecem exageradas

2.2.1 Ciclos de Votação e Poder de Agenda

Um desses óbices mais conhecidos foi descrito, ainda no século XVIII, pelo filósofo matemático francês Marie Jean Nicolas de Caritat, Marquês de Condorcet, e aprofundado pelo economista Kenneth Arrow no século passado. Diz respeito à distorção que pode recair sobre a aferição da vontade coletiva a partir do cômputo das preferências individuais, quando mais de duas alternativas são colocadas como elegíveis perante três ou mais votantes, e nenhuma delas derrota todas as demais em comparações de pares. Como se passa a explicar, a chamada transitividade das preferências pode não se fazer presente num cômputo agregado dos votos individuais. Um exemplo singelo ajuda a deixar o problema mais claro.

Imagine-se determinada decisão legislativa que aceite três alternativas (X, Y e Z) como possibilidades de votação, cenário bastante crível na hipótese corriqueira em que, para além do juízo binário de reprovação ou aprovação da proposição, há um destaque para votação em separado de uma emenda, por meio da qual outra solução para o problema a ser enfrentado pela legislação é apresentada.

Se determinado parlamentar prefere a alternativa X à alternativa Y, e prefere subsidiariamente a alternativa Y à alternativa Z, conclui-se que, em um confronto entre as possibilidades X e Z, opta por X. Todavia, é possível que essa transitividade lógica entre as alternativas mais e menos preferidas se desfaça em um cenário de votação coletiva, propício à formação de maiorias cíclicas, determinadas em função da ordem de votação das alternativas (em disputas dois a dois).

De volta ao exemplo, suponha-se que um quórum formado por três parlamentares, os deputados 1, 2 e 3 votarão entre as três alternativas³⁵⁷. O parlamentar 1 adota o esquema de preferência acima referido, enquanto o parlamentar 2 prefere Y às demais opções e prefere, subsidiariamente, Z a X. Por sua vez, o deputado 3 tem Z por predileção em comparação a X e Y, e, como segunda escolha, opta por X em relação a Y. Esquemáticamente, a ordem de preferência pode ser assim enunciada:

³⁵⁷ Nessa hipótese em que três votantes gozam de três alternativas distintas, há 18 (dezoito) configurações possíveis de preferências ordenáveis. Nesse arranjo simples, apenas uma entre as dezoito opções possíveis corresponde completamente à solução paradoxal de intransitividade descrita por Condorcet. Contudo, em estudo publicado ainda em 1970, Frank DeMeyer e Chales Plott, demonstram matematicamente que, quanto maior o número de possibilidades de voto e o quórum de votantes – cenários que se assemelham às votações nos parlamentos – são progressivamente maiores as chances de se configurar o ciclo decisório deflagrador da intransitividade. DEMEYER, Frank; PLOTT, Charles: The probability of a Cyclical Majority. *Econometrica*, vol. 38, n. 2, 1970, p. 345-354.

Parlamentar 1	Parlamentar 2	Parlamentar 3
$X > Y > Z$	$Y > Z > X$	$Z > X > Y$

Tabela 1: Ordem de preferência de votos na situação hipotética, onde > indica “prefere”.

Nessa situação imaginária de preferências, se a votação das alternativas se der em disputas sucessivas entre pares, nas quais a alternativa que sair vencedora do primeiro confronto enfrenta a alternativa restante, a determinação da ganhadora dependerá tanto da ordem em que as proposições são votadas quanto do cômputo das preferências individuais. Iniciando pelo confronto entre X e Y, temos que os parlamentares 1 e 3 classificam X acima de Y. Portanto, pode-se afirmar que o grupo prefere X a Y, o que torna X ganhador dessa comparação inicial. Já ao colocarmos X em contraposição a Z, temos que o parlamentar 1 elege X contra Z, enquanto os parlamentares 2 e 3 preferem Z a X, de forma que Z é o vencedor dessa disputa. Seguidamente, cotejando Y e Z, nota-se que os parlamentares 1 e 2 optam por Y, enquanto só o parlamentar 3 prefere Z, o que dá a Y a vitória. Contudo, Y perdeu a primeira comparação, em face de X, de forma que se cai em um ciclo de votação sem que nenhum resultado seja atingido³⁵⁸.

Nota-se que a votação coletiva pode revelar regime de intransitividade entre a escala de preferências individuais³⁵⁹, circunstância convenientemente manipulável quando do estabelecimento da ordem de votação por quem detenha controle da agenda parlamentar³⁶⁰, a fim de que um resultado pretendido seja alcançado³⁶¹ mediante a adoção de um viés decisório proveniente da falta de neutralidade na ordem de votação³⁶². Isso se deve à possibilidade de que o resultado da votação se altere de acordo a ordem de realização dos turnos, variando conforme a primeira disputa entre as alternativas possíveis.

³⁵⁸ “An individual with such intransitive preferences, preferring 1 to 2, 2 to 3, but 3 to 1, would probably be regarded as irrational. But the reality of aggregating individual preferences is that a set of rational individuals can create inconsistent collective results (...) If such cycling is atopped by a rule forbidding the reintroduction of defeated propositions, the the *order* of consideration essentially determines the outcome”. LEVMORE, Saul. Parliamentary Law, majority decisionmaking and the voting paradox. *Virginia Law Review*, vol. 75, n.5, 1989, p.985.

³⁵⁹ Uma eleição coletiva pode não ser capaz de manter a coerência da ordenação das preferências individuais. Sobre o tema conferir LEISTER, Ana Carolina. Controle de constitucionalidade, regras majoritárias e *median voter*: a possibilidade de um equilíbrio natural na separação dos poderes. *Revista dos Tribunais*, v. 101 n. 915, 2012, pp. 129-152.

³⁶⁰ NURMI, Hannu. *Voting procedures under uncertainty*. Springer, 2002, p. 70.

³⁶¹ MAUBERG, Arnaldo; STRACHMAN, Eduardo. A regra da maioria como agregação de preferências: questões e respostas. *Nova Economia*, n. 24. Belo Horizonte, 2014, p. 301.

³⁶² DAHL, Robert. A democracia e seus críticos. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 218

Nesse cenário, comumente se adota a estratégia comportamental denominada de voto útil pelos participantes do processo decisório³⁶³. Uma vez que é possível prognosticar que determinadas combinações nos arranjos de votação incrementam a chance de vitória da opção menos desejada dentre as possíveis, os participantes deixam de votar na sua alternativa preferida em favor da opção intermediária, com o intuito de evitar que a opção de todo indesejada vença a disputa³⁶⁴. No exemplo simplório, se o parlamentar 2 prefere a alternativa Z à alternativa X, e se a ordem de votação começa com a disputa entre Y e Z, sabendo que X ganhará ao final, ele tende a mudar seu voto para Z (apesar de preferir Y), para evitar que X possa vencer.

2.2.2 Teorema do Voto Mediano

Convém mencionar ainda, dentre vários outros problemas elencados pelos autores que cuidam do tema³⁶⁵, o chamado teorema do voto mediano, que se assemelha ao voto útil, diferenciando-se por revelar como os proponentes reagem ao prognóstico de dissenso decisório. Diante de opções de escolha antagônicas, a dinâmica das decisões majoritárias tende a converter tais opções em propostas medianas, ainda que tais alternativas difiram por completo das formulações originais e correspondam às hipóteses menos preferidas pelo público dentre as possíveis³⁶⁶.

Isso acontece em função da reação dos proponentes à competição instaurada pela votação³⁶⁷. Atuando com o intuito de atrair os votos de opositores, os postulantes vão flexibilizando simultaneamente as propostas num sentido convergente, moderando as formulações originárias até o limite oposto do que fora anunciado, para torná-las mais

³⁶³ DOWNS, Anthony. *Uma teoria Econômica da Democracia*. Tradução: Sandra Guardini. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p 69.

³⁶⁴ EPISTEIN, Isaac. O paradoxo de Condorcet e a crise da democracia representativa. *Estudos Avançados*, n. 11. Universidade de São Paulo, 1997, p. 279-291.

³⁶⁵ Um inventário das principais teorias a respeito das dificuldades intrínsecas aos processos de decisão coletiva pode ser visto em LAURELLE, Annick; VALENCIANO, Federico. *Voting and Collective Decision-Making*. Cambridge University Press, 2008, cap. 2.

³⁶⁶ DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução: Sandra Guardini. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p 69. ROWLEY, Charles. The Relevance of the Median Voter Theorem. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 140, 1984, p. 104-126.

³⁶⁷ Embora venha se atribuindo preferência ao enfoque do processo legislativo, essa lógica pode ser aplicada a processos eleitorais, nos quais os grupos de eleitores mais propensos ao voto mediano costumam ser identificados pelos candidatos, que direcionam suas campanhas para capturá-los. É o que mostram, de forma interessante, valendo-se de um estudo empírico de eleições escolares DUNNE, Stephanie; REED, Robert; WILBANKS, James. Endogenizing the median voter: Public Choice goes to school. *Public Choice*, v. 93, 1997, p. 99-118.

aceitáveis pelo público que originariamente se postou contrário. Assim, a decisão final termina por corresponder a uma posição intermediária desassemelhada das preferências majoritárias³⁶⁸.

2.2.3 Teorias das Escolhas Públicas, intenções legislativas e critério da decisão majoritária

Em cenários como esses, agrava-se a constatação de que muitos dos integrantes da maioria vencedora do processo democrático terminam obrigados a acatar resultados diferentes daqueles por eles realmente desejados, subscrevendo, em última instância, tratamento normativo que não consideram ideal, e que pode ser inclusive tido por prejudicial em relação ao regramento anteriormente vigente (apesar de benéfico em comparação à outra alternativa que se colocava em disputa). Em tais casos, a regra da maioria gera externalidade negativa para os vencidos e também para uma parcela significativa dos vencedores³⁶⁹, sem que o resultado obtido traduza, de fato, a vontade majoritária.

Consequentemente, se as maiorias de votos não são efetivamente formadas pelas predileções individuais, tem-se sinal de que não corresponderiam à real intenção da maioria dos votantes. Em verdade, refletiriam distorção do resultado que se obteria caso os participantes não tivessem de deliberar mais preocupados com o voto de seus opositores do que com seus próprios quereres, sendo plenamente contestável a conclusão que toma a adoção da regra da maioria por método justo de agregação de preferências individuais em uma única escolha coletiva³⁷⁰.

³⁶⁸ No contexto do processo legislativo brasileiro, Fabiano Santos e Acir Almeida explicam que o voto mediano é habilmente manipulado pelos cartéis parlamentares quando da escolha dos relatores das proposições nas comissões legislativas. Na condição de agentes informacionais das comissões, cuja função é coletar informações e utilizá-las estrategicamente para influenciar os demais componentes, os relatores costumam ser escolhidos a partir de uma estimativa do voto mediano da comissão. Se houver alinhamento político entre a maioria da comissão e a coalizão governamental, a incerteza informacional tende a não ser um problema, e o voto mediano tende a não acontecer, havendo pouca ou nenhuma preocupação quanto à escolha do relator e sua capacidade de produzir informação. Do contrário, verificada tendência de desalinhamento político, é preferível que se escolha relator capaz de entregar à comissão informações que extrapolem as da proposição originária, estrategicamente produzidas para estimular um voto mediano que coincida, ainda que parcialmente, com o intuito da proposta. SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. Teoria Informacional e seleção de relatores na Câmara dos Deputados. DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, vol. 48, nº4. Rio de Janeiro, 2005, pp. 693-735.

³⁶⁹ BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of the consent*. Michigan University Press, 1965. Os autores destacam que o único mecanismo de agregação de preferências efetivamente neutro quanto à externalidade seria o consenso, cujo custo de obtenção, no entanto, é insuportável, circunstância que depõe a favor à adoção da regra da maioria.

³⁷⁰ ARROW, Kenneth. *Social Choice and individual values*. New York: Jon Wiley & Sons, 1963, cap. 2.

Kenneth Arrow desenvolveu essa problemática à luz de preceitos basilares para o funcionamento da democracia representativa e encontrou respostas tão interessantes quanto preocupantes³⁷¹. Seu teorema, elaborado com o intuito de encontrar uma função coletiva de bem-estar que representasse uma noção razoável de valor social, termina por constatar a impossibilidade de um mecanismo de agregação entregar resultados plenamente democráticos diante de condições mínimas de justiça da deliberação. Ainda que sinteticamente, convém mencioná-las³⁷². São elas: a) os participantes devem poder optar livremente pela ordem de preferência, ou seja, o sistema de votação não pode restringir ou limitar possíveis combinações ou ordens; b) o resultado da votação deve corresponder a um ranking das alternativas, da melhor para a pior, a fim de se evitar o ciclo de votação; c) o resultado deve corresponder à preferência da maioria, de forma que, se todos do grupo preferirem a opção X à Y, então essa deve ser a preferência do grupo; d) não pode haver integrante capaz de determinar a preferência do grupo com base tão somente na sua própria (regra da “não ditadura”); e) cada escolha entre alternativas deve se dar de forma independente das demais possibilidades: uma decisão entre X e Y deve depender exclusivamente da comparação entre essas duas hipóteses.

Segundo o resultado obtido por Arrow, é impossível que votações majoritárias atendam simultaneamente às condições listadas, constatação que colocou em xeque determinadas vertentes da teoria democrática.

Nem sempre ocorrerão ciclos de votação, voto mediano, ou outras dessas problemáticas, mais prováveis em se tratando de proposições para cuja deliberação haja baixa coesão política ou múltiplos interesses envolvidos. Entretanto, constatada a inviabilidade de se sustentar que a formação de uma maioria legislativa implica, necessariamente, coerência da decisão coletiva em relação às motivações de cada um dos votantes, certamente é necessário pensar mais detidamente sobre um tratamento normativo das deliberações legislativas, o que repercute também nos critérios de interpretação da lei pelos juízes³⁷³.

De fato, parece implausível que exista algo próximo de uma vontade geral, ou que haja critério capaz de implementar a perspectiva política utilitarista, segundo a qual a

³⁷¹ ARROW, Kenneth. A difficulty in the concept of social welfare. *Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 58, n.4, 1950, p. 328-346.

³⁷² Análise pormenorizada de cada uma das condições pode ser vista, (afora os trabalhos de Arrow acima indicados) também em MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/arrows-theorem> > Acesso em 06/01/2020.

³⁷³ EKINS, Richard. *The nature of legislative intent*. Oxford University Press, 2012, p. 44.

representação política associada à adoção de voto majoritário produziria sempre o máximo de bem estar coletivo³⁷⁴. Algo como uma “vontade legislativa”, diante dessas limitações empírico-matemáticas e pragmáticas, revela-se mais como uma convenção estabelecida pela ciência do direito, por ser necessária à viabilização do funcionamento do sistema jurídico e à controlabilidade da aplicação e interpretação do direito justaposto, do que como uma característica, um atributo intrínseco das deliberações nas assembleias parlamentares³⁷⁵.

Põe-se em dúvida, nesse contexto, a possibilidade de ser descoberta e utilizada como critério interpretativo de aplicação da lei a real intenção legislativa subjacente a cada proposição aprovada³⁷⁶. Como dito, as razões motivadoras do voto de cada parlamentar podem ser pessoais, fundadas em aspectos distributivos ou partidários, que passam ao largo das declarações linguísticas dos enunciados das proposições ou de suas exposições de motivos. Em muitos casos, serão diferentes das razões apresentadas como justificações da proposição, e certamente será impossível pretender conhecê-las para controlá-las juridicamente³⁷⁷.

³⁷⁴ Sobre a inviabilidade prática de se adotar essas perspectivas da filosofia moral como marcos teóricos: “Se quisermos argumentar que a vontade dos cidadãos é, per si, um fator político digno de respeito, primeiro é preciso que essa vontade exista. Em outras palavras, ela tem de ser mais que um punhado indeterminado de vagos impulsos a girarem frouxamente em torno a slogans dados e a impressões equivocadas. Cada qual precisaria saber exatamente o que quer defender. Essa vontade claramente definida teria de ser implementada pela capacidade de observar e interpretar corretamente os fatos que são diretamente acessíveis a todos e de peneirar criticamente a informação sobre os fatos que não o são. Finalmente, seria necessário derivar dessa vontade claramente definida e desses fatos verificados uma conclusão nítida e rápida sobre questões particulares de acordo com as regras da inferência lógica – e, ademais, com um grau tão elevado de eficiência geral que se poderia sustentar, em absurdo flagrante, que a opinião de um homem seria aproximadamente tão boa quanto a de outro.” SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e democracia*. Tradução: Ruy Jungman. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 344.

³⁷⁵ GÓMEZ, Virgilio Zapatero. De la jurisprudencia a la legislación. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15-16, v.2, 1994, p. 781. Mais recentemente, percebendo a intenção legislativa como uma ideia inteligível, importante para a interpretação do direito, e apontando razões políticas para que as intenções venham a se formar, EKINS, Richard. *The nature of legislative intent*. Oxford University Press, 2012, esp. caps. 2, 3 e 8.

³⁷⁶ Kenneth Shepsle, em artigo seminal sobre o tema, interpreta o teorema de Arrow como prova matemática de que a intenção legislativa (se com isso se pretender referir a uma vontade da maioria dos legisladores) é internamente inconsistente e autocontraditória, uma expressão vazia de sentido. Para ele, tudo o que se pode inferir de uma decisão parlamentar majoritária é que a maioria teve a intenção de alterar o status quo nos termos da lei aprovada, ou optou por não o alterar, no caso de a proposição ter sido rejeitada. Os elementos informativos disponíveis, como o histórico de tramitação, não permitem que se conheçam as reais intenções motivadoras dos votos de cada parlamentar. SHEPSLE, Kenneth. Congress is a “They”, not an “It”: Legislative Intent as Oxymoron’. *International Review of Law and Economics*, v. 12, 1992, p. 239-256.

³⁷⁷ “Establecer cuáles son los propósitos del edictor de una norma no es siempre fácil; a veces se encuentran explícitos em las exposiciones de motivos que preceden a los textos normativos y a veces no; a veces aquellas explicaciones son honestas y a veces no; con la mayor frecuencia son parciales e ideológicas, esto es: el legislador explicita los propósitos que juzga confesables y calla los que juzga inconfesables” HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel: 2003, p.161. Alinhado a tal percepção esteve Ronald Dworkin, ao pontuar a impossibilidade de a intenção do legislador ser plenamente conhecida e constituir um elemento interpretativo em sede jurisdicional: “Se está entendido que os juízes irão aplicar uma lei obscura sempre do modo como a maioria dos congressistas prevê que ela será aplicada, como uma questão de fato

Nesse contexto, faz sentido discernir entre a vontade objetiva da norma –(*voluntas legis, ratio legis, mens legis*) revelada em sua expressão linguística, obténível a partir do conjunto formado entre o texto do dispositivo, as exposições de motivos e as justificações que acompanham as proposições – e a vontade individual dos participantes envolvidos em seu processo de formação (*mens legislatoris*)³⁷⁸⁻³⁷⁹⁻³⁸⁰.

psicológico, então um juiz deve decidir o que Smith [senadora] previu que ele faria, ou seja, o que ela previu que ele iria pensar que ela havia previsto que ele faria, e assim por diante, indefinidamente. Isto constitui um enigma para a teoria dos jogos, mas não uma técnica prática para a compreensão das leis. Os legisladores só podem ver de maneira útil como juizes vão interpretar suas leis se pensarem que os juizes estarão usando um método de interpretação das leis que independe de suas previsões.” DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3 ed. Tradução: Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 389.

³⁷⁸ Liborio Hierro, ao comentar que o uso de uma suposta vontade do legislador como critério interpretativo se enraizou na cultura jurídica da Europa continental no século XX, destaca as previsões do Código Civil alemão de 1900 (artigo 133) e do Código Civil austríaco de 1811 (artigo 6), que se referiam, textualmente, à “vontade do legislador expressa na lei” e à “intenção patente do legislador”. HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel, 2003, p.170. Mencionando a distinção entre *mens legis* e *mens legislatoris*, CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 100.

³⁷⁹ É longo o embate entre as correntes teóricas textualista e intencionalista. O textualismo, popularizado por Antonin Scalia, apregoa não haver correlação necessária entre os debates legislativos e o texto final aprovado, sob o argumento de que apenas o texto da lei (e não a intenção do legislador, os discursos ou o histórico de tramitação) é submetido à votação, constituindo a única fonte de expressão legislativa majoritária. Por outro lado, a chamada concepção “intencionalista” (defendida, dentre outros, por Joseph Raz) apregoa que a explicitação da finalidade da proposição e o registro dos debates legislativos seriam fontes preciosas para se encontrar a razão da legislação (*ratio legis*), um guia interpretativo para a correta compreensão da racionalidade legislativa e para a aplicação das normas. Sobre o debate teórico, no texto do professor polonês Michał Krotoszyński, lê-se: “According to the intentionalists, ratio legis can be discovered using the legislative record. These materials can be consulted in at least six circumstances: (1) to avoid an absurd interpretative result, (2) to fix a legislative error, (3) to understand the meaning of a specialized term, (4) to find the purpose of a certain provision, (5) to choose between several possible interpretations of a statute, or (6) to confirm the literal meaning of the law. KROTOSZYŃSKI, Michał. Legislative history, ratio legis and the concept of rational legislator. In: KLAPPSTEIN, Verena; DYBOWSKI, Maciej.(orgs.). *Ratio Legis: Philosophical and theoretical perspectives*. Springer, 2018, p. 60.

³⁸⁰ Permanece controverso se elementos informativos do processo legislativo (tais como o teor dos discursos dos parlamentares) podem ser utilizados como critérios interpretativos nos tribunais. Referindo-se aos Estados Unidos, Jacob Scott esclarece que, em dez estados, há previsão explícita que autorizando a prática, e, em sete deles, o uso deve ser limitado às informações que já estivessem disponíveis até a promulgação da lei a ser interpretada e aplicada. SCOTT, Jacob. Codified canons and the common law of interpretation. *The Georgetown Law Journal*, v. 98, 2010, pp. 378,420. Ainda sobre o direito estadunidense, conferir BELL, Bernard. Legislative History without legislative intent: the public justification approach to statutory interpretation. *Ohio State Law Journal*, v. 60, n. 1, 1999, p.1-98; DOERFLER, Ryan. Who Cares How Congress Really Works? *Duke Law Journal*, v. 66, 2017, pp. 979-1044. Também perfilando posição intermediária, aplicando a distinção entre a vontade da lei e a vontade do legislador no controle constitucional do processo legislativo, cite-se a Corte de Cassação Italiana (Sentença 3550, de 21/05/1988) e o tribunal constitucional alemão, conforme apontado por PETERSEN, Niels. The german constitutional court and legislative capture. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, 2014, pp. 650–669. No extremo, a Suprema Corte da Austrália, no caso Lacey vs. Attorney General, julgado em 2011, pronunciou-se expressamente pela impossibilidade de uma intenção do legislador (um elemento subjacente ao texto legislativo) vir a ser defendida como elemento interpretativo em sede jurisdicional. Sobre essa decisão, conferir SOUTH, Jim. Are legislative intentions real?, *Monash University Law Review*, v. 40, n. 3, pp. 853- 889. Na doutrina espanhola, opondo-se radicalmente à utilização até mesmo dos preâmbulos das leis como elementos interpretativos, sob o argumento de que seria mais eficiente estabelecer disposições gerais nos primeiros artigos das legislações, LÓPEZ, Fernando Santaolalla. Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación. *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 33, 1991, pp. 47-65.

Como criticamente ressalta Jerry Mashaw, mesmo escolhas que se mostram formalmente democráticas podem esconder custos de estabilidade insuportáveis em seus processos de elaboração³⁸¹. Submetê-las a escrutínio jurídico pode ser indispensável para preservar valores fundamentais do jogo democrático e para evitar a ocupação do ordenamento jurídico com normas resultantes de motivações privadas inconfessáveis. Por outro lado, disso poderia resultar paralisia decisória do parlamento, ou até mesmo implosão do sistema jurídico (caso fossem realmente conhecidas e valoradas todas as reais intenções dos legisladores), sendo desafiador encontrar um ponto médio de sintonia.

Diante desses problemas metodológicos envolvendo a intenção legislativa, um esboço das condições mínimas sob as quais se possa utilizá-la parece envolver, ineludivelmente, a disponibilidade pública (com antecedência à votação) de todos os materiais disponíveis para a deliberação³⁸², associada a uma dose mínima de justificação das proposições e emendas apresentadas, o que possibilita um mínimo de franqueza na ação de aderência política que marca a votação majoritária nos parlamentos³⁸³.

Essas dificuldades inerentes aos processos de votação nas sociedades contemporâneas, embora já pareçam suficientes para demonstrar que o domínio da maioria pode revelar imperfeições democráticas, são apenas premissas da abordagem crítica das teorias das escolhas públicas. Seu cerne hipotético gravita em torno do diagnóstico dos mecanismos por meio dos quais tais brechas do jogo democrático vêm sendo utilizadas por atores políticos relevantes em detrimento da maioria, potencializando disfunções.

³⁸¹ MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p.13.

³⁸² KROTOSZYŃSKI, Michał. Legislative history, ratio legis and the concept of rational legislator. In: KLAPPSTEIN, Verena; DYBOWSKI, Maciej.(orgs.). *Ratio Legis: Philosophical and theoretical perspectives*. Springer, 2018, p. 70.

³⁸³ Richard Ekins, partindo da premissa de que todos os legisladores compartilham de um entendimento sobre o que é legislar, ou seja, têm consciência da necessidade de estabelecer um trabalho conjunto de tomada de decisões (já que não existe legislatura individual), defende ser possível e necessário extrair as intenções da legislação. Para ele, as intenções entrelaçadas constituem o âmago do procedimento de decisão por maioria, dando origem à intenção permanente do grupo, que é consistente com a votação por maioria e o desacordo sobre ações específicas. A visão de Ekins parece ingênua, por pressupor essa dimensão de zelo argumentativo dos parlamentares, como fica claro da seguinte passagem: “Legislators consider and respond to legislative proposals intending the legislature to exercise rational agency, like a reasonable sole legislator. I do not suggest that each legislator consciously forms the intention ‘I intend that we legislate like a sole legislator’ (...)It follows that the standing intention of the legislature is to form an agent capable of reasoned choice, to change the law for reasons. The legislators intend each lawmaking act of the legislature to be reasoned and coherent.” EKINS, Richard. *The nature of legislative intent*. Oxford University Press, 2012, p. 222.

Longe de propor o abandono da regra da maioria como critério decisório, o instrumental teórico revela pontos que podem ser aprimorados³⁸⁴, sendo as contribuições bastante úteis para se alcançar um tratamento normativo do processo legislativo de criação de leis condizente com as circunstâncias do sistema político.

Rememorando o que se antecipou linhas atrás, supõe-se que as ações dos agentes políticos sejam prioritariamente motivadas por um desejo de manutenção e de ampliação das suas esferas de poder, contexto no qual dois grandes feixes de incentivos podem se fazer presentes no itinerário das decisões públicas, sendo um deles interno, inerente à institucionalidade pública, e outro externo, advindo de grupos privados. Na primeira hipótese, agentes tendem a se utilizar dos expedientes institucionais a fim de impulsionar seus projetos pessoais, enquanto, na segunda, defendem posições que beneficiem setores específicos, ciosos por vantagens particulares. Como bem apontado por André Cyrino, casos há em que esses incentivos internos e externos se retroalimentam, sobrepondo-se na formação da vontade legislativa³⁸⁵, porquanto a capacidade institucional é colocada à disposição das finalidades privadas.

Grupos que anteveem possíveis situações jurídicas favoráveis resultantes do processo legislativo põem-se a influenciar os parlamentares, oferecendo-lhes desde acervo informacional estrategicamente direcionado até vantagens econômicas ilícitas com vistas à aprovação das propostas³⁸⁶. No Brasil, a aparente aversão aos riscos e à competição que

³⁸⁴ HARDIN, Russel. Public Choice versus democracy. *Nomos- American Society for Political and Legal Philosophy Journal*, vol. 32. 1990, pp 184-203.

³⁸⁵ CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113. Belo Horizonte, 2016, p. 61.

³⁸⁶ Costuma-se denominar por “lobby” ações sistemáticas de grupos estruturados destinadas a apresentar pleitos e a angariar apoios para suas aprovações nos processos decisórios públicos. Apesar de a expressão ser consagrada na teoria política e no léxico cotidiano, sua amplitude semântica costuma gerar imprecisões contextuais. Isso porque lobby serve para denominar tanto interações lícitas, inerentes à liberdade de expressão e à defesa dos interesses dos representados perante seus representantes, quanto favorecimentos ilegais que se instituem nesse percurso, tais como financiamentos de campanha não contabilizados e propinas. A bibliografia a respeito do tema é vasta no Brasil e no mundo, e a maioria de autores defende que regulamentar essas atividades propiciaria transparência e controle social, consolidando o lobby como instrumento a serviço da ampliação da representação política. Entretanto, há largo dissenso a respeito de qual seria a forma mais correta de regulamentação. Um apanhado dessas tentativas no Brasil, construído a partir da análise de dezessete proposições legislativas apresentadas desde 1984 ao congresso, encontra-se em SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. Percepções sobre a Regulamentação do Lobby no Brasil: convergências e divergências. Texto para Discussão. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n. 2141, 2015. Acerca do estágio atual das discussões sobre o lobby na União Europeia, confira-se a ampla coletânea coordenada por DIALER, Doris; RICHTER, Margarethe. *Lobbying in the European Union: Strategies, dynamics and trends*. Springer, 2019. Já em relação ao cenário estadunidense, abordagem que associa as premissas de análise econômica com o resultado do lobby é adotada por GOLDSTEIN, Kenneth. *Interest groups, lobbying and participation in America*. Cambridge University Press, 1999. Finalmente, perspectiva interessante quanto ao lobby na China, destacando a crescente consolidação da prática como parte integrante das estratégias de negociação no regime

marca setores protagonistas da economia faz com que as estratégias de sucesso empresarial se voltem à obtenção de vantagens junto ao Estado, cujos agentes se mostram permissivos às contrapartidas destinadas ao incremento de seu poder político. Disso resultam intervenções estatais injustificadas, que diminuem a competitividade e ampliam as desigualdades³⁸⁷, reforçando um cenário em que aspectos patrimonialistas preponderam na dinâmica das relações sociais³⁸⁸. Como será visto adiante, esses grupos de interesses pressionam de diferentes formas o processo legislativo em busca de favorecimento monetário³⁸⁹.

Não raro, produzem-se decisões que, atendendo a interesses específicos, mostram-se coletivamente prejudiciais³⁹⁰⁻³⁹¹, porque provocam empobrecimento ou mesmo retiram, injusta e ilegitimamente, direitos das majorias como consequência do favorecimento dessa minoria capaz de interagir proximamente aos legisladores³⁹².

político unipartidário Chinês é encontrada em KENNEDY, Scott; DENG, Gousheng. Big business and industry association lobbying in China: the paradox of contrasting styles. *The China Journal*, n. 63. The Australian National University Press. Sidney: 2010, pp. 101-125.

³⁸⁷ Sobres as redes de propriedade do capitalismo brasileiro, as relações de compadrio que estabelecem politicamente com o Estado e as consequências estruturais para o mercado e para a sociedade brasileira, com enfoque nas duas últimas décadas, ver LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

³⁸⁸ Dois clássicos da biblioteca sociológica brasileira, ambos escritos por juristas, ajudam na compreensão da relação histórica entre dinheiro, Estado e poder político no Brasil. Obra-prima de impressionante fôlego historiográfico foi escrita por FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2012. Diagnóstico sobre a reprodução da lógica patrimonialista na estrutura fundiária brasileira se encontra em LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Desta obra, não obstante as transformações da estrutura social brasileira advindas da urbanização, apreende-se formulação que remanesce verdadeira no que toca à baixa qualidade republicana da elite econômica nacional: “Concebemos o “coronelismo” como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa.”

³⁸⁹ SANTOS, Manoel Leonardo. O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados. Tese de doutorado em Ciências Políticas. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011; LIMA, Marília Migliorini. Grupos de interesse e Legislativo: A atuação do empresariado na política comercial brasileira. Dissertação de Mestrado em Ciências Políticas. Universidade de São Paulo, 2011.

³⁹⁰ Dentre os muitos casos nos quais interesses econômicos distorceram a representação no parlamento brasileiro, culminando na aprovação de legislação em benefício de grupos específicos, contrariando as preferências da maioria do eleitorado, tem-se o exemplo do Código Florestal (lei 12.651/2012), como relatado por GASPARD, Murilo. Influência do poder econômico na atuação dos partidos brasileiros: uma análise a partir do caso do código florestal. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16 n. 109, 2014, pp. 373-396.

³⁹¹ “When economists describe special interest legislation as “rent-seeking,” they mean that the legislation is not justified on a cost-benefit basis: it costs the public more than it benefits the special interest, so society as a whole is worse off.” FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. *Law and public choice. A critical introduction*. University of Chicago Press, 1991, p.34.

³⁹² Comumente, às majorias falta estímulo para interagir nos processos políticos, porque o custo individual de informação e de acompanhamento supera em valor o proveito ou o malefício que podem advir das decisões para cada pessoa. Essa diluição facilita a atuação de grupos de interesses, que, além de agirem sem vigilância, convertem em benefícios enormes o somatório dessas parcelas difusas que, individualmente, mostram-se insignificantes. Sobre essa configuração de custos dispersos e benefícios concentrados, Jerry Mashaw: “Group

A influência, nesses casos, institui desequilíbrio nas interações comunicativas em cuja paridade se justifica o mecanismo da representação democrática, corroendo o sistema político e ampliando os níveis de desigualdades econômicas, sendo falsa a percepção de que as leis seriam intrinsecamente dotadas de um atributo democrático, por meio do qual refletiriam o interesse público³⁹³. Em verdade, quando acontecem desrespeitos a padrões mínimos de isonomia entre os participantes do processo legislativo, tem-se sinal de que a lei pode se dirigir ao benefício de grupos de interesses específicos, o que fica igualmente simbolizado pela desobediência a mais de um nível de racionalidade legislativa (pragmático e teleológico), referidos no fim do capítulo anterior.

Para que se consiga inferir, à luz dos alertas da teoria das escolhas públicas, quão funcional e democrática é a representação política no Brasil, parece necessário mapear o ambiente institucional das assembleias parlamentares, em cujo interior se articulam os diversos fatores políticos determinantes à formação das leis. Conforme chamam a atenção autores como Cass Sunstein e John Hart Ely, uma forma eficaz de se prevenirem assimetrias deliberativas favoráveis às facções patrocinadoras de interesses não republicanos é dotar os próprios órgãos políticos de procedimentos capazes de assegurar a competição entre as opiniões³⁹⁴. Para tanto, convém atentar para a rotina de funcionamento das instituições legislativas, à luz do que vem sendo produzido pela ciência política nas últimas décadas acerca do tema.

2.3 Neoinstitucionalismo e três modelos teóricos de organização legislativa

Chama-se “neoinstitucionalismo” o método que analisa os processos político-econômicos a partir de duas premissas centrais. Além da racionalidade dos atores, que agem com vistas à maximização das utilidades, supõe-se que as regras institucionais produzem efeitos sistemáticos sobre o comportamento dos indivíduos³⁹⁵.

cohesion is a function of small size and members' individual economic benefits from joining and supporting the group. It should be easy for the automobile manufacturers to act in concert to pursue their political interests, but hard for automobile consumers to do so.” MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 32.

³⁹³ FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. Law and public choice. A critical introduction. University of Chicago Press, 1991, p. 59.

³⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. Interest groups in American public law. Stanford Law review, vol. 38, nº 29. ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.175.

³⁹⁵ BATISTA, Cristiane. Instituições políticas brasileiras. In: Batista, Cristiane; MUÑOZ, Enara Echart. *Teoria e prática da política*. Curitiba: Appris, 2017, p.188.

Douglas North, que analisa o processo de desenvolvimento econômico a partir das instituições, conceitua-as (de forma ampla) como sendo as próprias regras estruturantes das sociedades, limitações criadas para moldar as interações, estruturando as trocas³⁹⁶. Bruno Wanderley Reis, ancorado em Talcott Parsons, descreve instituições como instâncias de acoplamento de valores sociais a rotinas de trabalho, de sorte que um procedimento qualquer estará institucionalizado quando os valores ou objetivos que a coletividade buscava realizar estiverem plasmados na rotina que a instituição impuser³⁹⁷.

Nessa ideia, as instituições são compreendidas como sistemas duráveis de incentivos, cujos processos são sempre correlatos a custos de transação, a partir dos quais são mensurados os ganhos ou prejuízos que advirão das ações desejadas³⁹⁸. Para o neoinstitucionalismo há liame que permite vincular condutas individuais aos perfis das instituições, fontes de estímulos ao crescimento da economia e ao progresso humano. Diante da compatibilidade entre essas premissas e os marcos teóricos das teorias das escolhas públicas, tem-se instrumentais analíticos complementares³⁹⁹, cuja aplicação conjunta é útil à compreensão dos ambientes nos quais se tomam decisões públicas e à apreensão da mediação entre os grupos sociais e os representantes políticos.

O neoinstitucionalismo sucedeu abordagens de índole mais sociológica, que analisavam os processos políticos com maior ênfase nas relações de pertencimento entre indivíduos e grupos sociais dotados de valores próprios, cuja reprodução no ambiente político se considerava o fator preponderante na coordenação das tomadas de decisões. Acreditava-se,

³⁹⁶ Nesse conceito amplo, instituições abrangem tudo aquilo que é compartilhado numa comunidade, como as regulamentações sobre quem participa dos processos de tomada de decisão; quais medidas podem ser adotadas e como se integram as ações individuais e as coletivas. NORTH, Douglas. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. Alguns autores fazem referência à subdivisão da teoria neoinstitucionalistas em três correntes: histórica, sociológica e da escolha racional. HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. As três versões do neo-institucionalismo. Tradução: Gabriel Cohn. *Lua Nova*, n. 58, 2003, pp.193-223.

³⁹⁷ REIS, Bruno Wanderley Pinheiro. *Modernização, Mercado e Democracia: política e economia em sociedades complexas*. Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1997, p. 68.

³⁹⁸ NORTH, Douglas. *Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance*. San Francisco: ICS Press, 1992; SHEPSLE, Keneth; WEINGAST, Barry. Positive theories of congressional institutions. In HEPSLE, Kenneth. WEINGAST, Barry (Orgs.). *Positive Theories of Congressional Institutions*. University of Michigan Press. 1995, p.5-36.

³⁹⁹ Essa impressão parece referendada por Fernando Limongi. Em um dos primeiros textos nos quais se vê compilação das abordagens neoinstitucionalistas no Brasil, lê-se que elas se propunham a superar as problemáticas levantadas por Kenneth Arrow: “Os Novos Institucionalistas mantêm a premissa de Arrow e McKelvey: as preferências individuais não permitem inferir qual a escolha social. E acrescentam: a escolha social depende diretamente da intervenção das instituições.” LIMONGI, Fernando. O novo institucionalismo e os estudos legislativos. *Boletim Informativo Bibliográfico*, nº 37, 1994, p. 10.

então, que a difusão de uma cultura cívica na sociedade seria a chave para o aprimoramento dos processos democráticos⁴⁰⁰.

No Brasil, atribui-se a Bolívar Lamourier a força inicial desse deslocamento analítico, advindo como esforço teórico preparatório do novo cenário sóciopolítico que deveria surgir da já previsível transição entre a desgastada ditadura militar e o regime democrático, finalmente reinaugurado na década de 1980⁴⁰¹. Lamourier destacou a importância de se contar com regras eleitorais adequadas para a definição do perfil da representação política no novo regime⁴⁰², pautando uma agenda de pesquisa a partir de um aspecto institucional fundamental.

No que diz respeito ao Poder Legislativo, acredita-se que a forma de organização interna dos parlamentos seja determinante para as estratégias adotadas em seus processos decisórios⁴⁰³, dos quais dependem a qualidade e a funcionalidade das leis. Embora correto, o raciocínio não pretende reduzir a complexidade do sistema político às rotinas parlamentares, sendo a metodologia permeável às interações dos parlamentos com agentes externos, seja o Poder Executivo ou o próprio eleitorado⁴⁰⁴.

Na tentativa de estruturar a divisão de trabalho nas casas legislativas, o neoinstitucionalismo descreve, a partir do funcionamento das comissões parlamentares, três modelos de organização e de atuação dos legisladores⁴⁰⁵, que também se mostram úteis para explicar as rotinas decisórias do plenário, tendo em conta as regras de proporcionalidade de

⁴⁰⁰ MARCH, James; OLSEN, Johan. Neoinstitucionalismo: fatores organizacionais na vida política. Tradução: Gustavo Rinaldi Althoff. *Revista de Sociologia e Política*, vol.16, n.31, 2008, p.121-142; LIMONGI, Fernando; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; FREITAS, Andrea. Da sociologia política ao (neo)institucionalismo: trinta anos que mudaram a ciência política no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; MILANI, Carlos; BRAGA, Maria do Socorro (orgs.). *Ciência política no Brasil: 1960-2015*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

⁴⁰¹ LIMONGI, Fernando; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; FREITAS, Andrea. Da sociologia política ao (neo)institucionalismo: trinta anos que mudaram a ciência política no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; MILANI, Carlos; BRAGA, Maria do Socorro (orgs.). *Ciência política no Brasil: 1960-2015*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

⁴⁰² LAMOUNIER, Bolívar. *Authoritarian Brazil revisitado: o impacto das eleições na abertura política brasileira, 1974-1982*. São Paulo: Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1985.

⁴⁰³ EPSTEIN, David; O'HALLORAN, Sharyn. *Delegated powers: a transaction cost politics approach to policy making under separate powers*. Cambridge University Press, 1999.

⁴⁰⁴ MÜLLER, Gustavo. Representação política: neoinstitucionalismo em perspectiva comparada. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, vol. 24, n. 69. 2009, p.117.

⁴⁰⁵ É necessário destacar que os três modelos tratados a seguir foram concebidos por autores estadunidenses, fazendo-se necessária cautela em sua transposição para sistema brasileiro, em virtude de diferenças sensíveis entre as instituições de um e de outro país. Paolo Ricci, em realce dessa necessária criticidade, chega a tomar por incorretas as análises que apontam interesses de eleitores locais como fatores determinantes para a atuação de parlamentares brasileiros. Na sua visão, a organização legislativa brasileira estimularia sempre o atendimento de demandas gerais, opinião da qual se discorda, mas que serve de alerta metodológico. RICCI, Paolo. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados- Revista de Ciências Sociais*, vol 43, n. 4, 2003, pp. 699-734.

bancadas partidárias e o compartilhamento de competências decisórias, que fazem das comissões, na maioria dos países, verdadeiros microcosmos dos plenos legislativos⁴⁰⁶.

Desde já, adianta-se a percepção de que cada linha teórica tem importância própria, parecendo insuficiente guiar a análise por um viés exclusivista, que se valha dos aportes de um só modelo para a compreensão das questões, em detrimento das contribuições dos demais. Em diferentes amplitudes, na medida de sua aplicação ao processo legislativo brasileiro, os modelos a seguir apresentados se complementam, razão pela qual se intenta compor, dentre seus conceitos, o amálgama que melhor se ajusta às premissas que guiam a presente análise.

2.3.1 Modelo Distributivo

Dentre os interesses que pautam a atuação de parlamentares, prepondera o de viabilizar, ao longo do mandato legislativo, sua reeleição no pleito seguinte e consequente manutenção no cargo. O congressista age para agradar sua base de apoio político regional, dirigindo esforços sempre para ampliar sua popularidade e aceitação, vindo assim a obter mais votos⁴⁰⁷.

Para a formação da vontade política subjacente às decisões legislativas, portanto, concorrem múltiplas motivações individuais pragmáticas⁴⁰⁸, advindas de diferentes facções partidárias e ideológicas, dirigidas a agradar, direta ou indiretamente, parcelas determinadas do eleitorado. Pode-se dizer que essa lógica comutativa é observada em todas as democracias contemporâneas, atenuada ou agudizada de acordo com o grau de participação da cidadania no processo de elaboração das leis, com o nível de impessoalidade na destinação de políticas públicas, além do teor de transparência e probidade na aplicação de recursos públicos, refletida na captação do sufrágio.

⁴⁰⁶ STRØM, Kaare. Parliamentary committees in European democracies. *The Journal of Legislative Studies*, vol. 4, n. 1, 1998, pp. 21-59.

⁴⁰⁷ “All members of Congress have a primary interest in getting re-elected. Some members have no other interest. (...) What justifies a focus on the reelection goal is the juxtaposition of its putative empirical primacy and its importance as an accountability link”. MAYHEW, David R. *Parties and Policies: How the American Government Works*. Yale University Press. New Haven, London, 2008, capítulo 1.

⁴⁰⁸ CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113. Belo Horizonte, 2016, p. 51-99.

De acordo com a perspectiva distributiva, o congresso é organizado de forma a viabilizar a manifestação dos interesses de reprodução eleitoral de seus membros no processo de tomada de decisões e de definição das políticas públicas.

Uma vez que precisam submeter suas proposições à votação colegiada e majoritária para que elas sejam aprovadas – somente assim decorrendo as vantagens eleitorais prioritariamente perseguidas – os congressistas dependem sempre de apoio dos pares para executar sua plataforma política⁴⁰⁹, sendo o processo de decisão legislativa marcado pela busca por apoio político e por demonstrações de consensualidade, reveladas nas mais variadas dinâmicas de cooperação intralegislativa, bem como nas interações entre os parlamentares e o Poder Executivo, que não raro protagoniza o processo legislativo.

Via de regra, à luz da teoria distributiva, votos a favor de políticas públicas que atingirão a base geográfica de influência eleitoral de um determinado parlamentar são trocados pela promessa de apoio deste congressista beneficiário em futuras votações que interessem aos pares que lhe devotam apoio⁴¹⁰, instaurando-se um ciclo de reciprocidade política, de troca de favores⁴¹¹. Diante das limitações procedimentais e orçamentárias – empecilhos para que as diferentes agendas políticas sejam implementadas simultaneamente – os parlamentares buscam extrair ganhos políticos particulares de cada deliberação da qual participem, através da construção dessa rede distributiva de apoios mútuos⁴¹².

O custo de manter ativo esse mecanismo de cumplicidade, contudo, é sensível a diversas variáveis⁴¹³, tais como a eventual repercussão negativa que determinada política

⁴⁰⁹ WEINGEST, Barry; MARSHALL, William. The Industrial Organization of Congress; or, Why Legislatures, Like Firms, Are Not Organized as Markets. *Journal of Political Economy*, Vol. 96, No. 1. The University of Chicago Press. 1988 pp. 132-163.

⁴¹⁰ “In the policy game in a legislature like the U.S. Congress or a state legislature, to take a prominent example, there is an attitude of live and let live. Each legislative agent seeks to obtain benefits for his constituency and, even in failure, he can claim credit for having fought the good fight. Each agent behaves essentially this way and expects all others to behave similarly.” SHEPSLE, Kenneth. Institutional Equilibrium and Equilibrium Institutions. In: WIENBERG, Herbert (org.). *Political Science: The Science of Politics*. New York: Agathon, 1986, p. 69.

⁴¹¹ A doutrina estadunidense denomina de *logrolling* essa prática institucional de troca de favores políticos. MORRIS, Fiorina. Alternative rationales for restrictive procedures. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol 3. Nº2. Oxford University Press. 1987, p.337-45.

⁴¹² “Rather, it is that, given majority voting, any configuration of pork barrel preferences has the property that there are no natural majorities for any individual policy. In other words, legislators pursue their reelection goals by attempting to provide benefits to their constituents. Acting alone, they cannot succeed.” KREHBIEL, Keith. *Information and Legislative Organization*. Michigan studies in political analysis. The University of Michigan Press. 1992, p. 36.

⁴¹³ CARNEIRO, André Corrêa de Sá. O sistema de Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados. Análise de sua composição e atuação na 54ª Legislatura. Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018, p. 38.

pública endereçada à base eleitoral de um parlamentar (idem no caso de se tratar de medida de abrangência federal) possa repercutir sob o eleitorado daquele do qual se espera apoio, porquanto não se concebe que este vote em desconformidade com sua plataforma política imediata; o tempo decorrido entre o oferecimento do apoio político inaugural e o momento de sua recompensa, sobretudo porque podem mudar as circunstâncias partidárias que alcançam os congressistas; o grau de relevância política e econômica de cada proposição, uma vez que se pode esperar recompensa e apoio político em extensão proporcional ao que fora prestado.

Outro fator relevante quanto à mensuração do custo das trocas parlamentares diz respeito à quantidade de atores envolvidos no processo decisório, ante a evidência de que o custo político de transação do processo legislativo será tanto maior, quanto maior e menos homogênea for a composição do órgão ao qual compete a deliberação, sendo mais custoso negociar se houver mais agentes com poder decisão e de veto⁴¹⁴.

Na tentativa de administrar esses fatores de instabilidade, de cuja incidência livre decorreria aumento do custo político do processo legislativo⁴¹⁵, os parlamentares terminam por construir ambientes decisórios no interior dos quais seja viável a operacionalização das trocas, sem que delas derive instabilidade suficiente para inviabilizar o processo legislativo e o programa do governo de ocasião.

O modelo distributivista enxerga as comissões legislativas como produto bem-sucedido da tentativa de institucionalização de um procedimento legislativo permeável às práticas de obtenção de ganhos políticos a partir das permutas entre parlamentares e entre estes o governo⁴¹⁶. Câmaras menores do que o plenário, cuja composição é conhecida de antemão e razoavelmente estável, dotadas de certos poderes decisórios, nas quais se reúnam integrantes com interesse político comum em área temática determinada, são cenário ideal

⁴¹⁴ TSEBELIS, George. Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism. *British Journal of Political Science*, vol. 25, n. 3, 1995, p. 294. Muito embora a decisão da comissão parlamentar possa ser recorrida e superada pelo plenário, bem como haja hipóteses em que a proposição escape da análise das comissões (pontos analisados adiante), parece acertado categorizá-las como partícipes com poder de veto no processo, pois a sua aquiescência é importante para a aprovação da proposta, e o custo político envolvido em sua superação é altíssimo. Na definição de Tsebelis, poder de veto é a capacidade de bloquear a adoção de uma política pretendida, razão pela qual o autor não restringe a categorização como *veto player* a agentes institucionais e partidários.

⁴¹⁵ CARNEIRO, André Corrêa de Sá. O sistema de Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados. Análise de sua composição e atuação na 54ª Legislatura. Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 40.

⁴¹⁶ “The endemic instability of logrolls induced members to invent institutions that embody and stabilize agreements. That institutions arise because they induce stability is intuitive”. FERREJOHN, John. Logrolling in an Institutional Context: A Case Study of food stamps legislation. In: WRIGHT, Gerald; RIESELBACH, Leroy; DODD, Lawrence. (orgs.). *Congress and Policy Change*. New York: Agathon Press. 1986, p. 310.

para que as distribuições alcancem níveis de regularidade e previsibilidade capazes de acomodar e de responder satisfatoriamente aos múltiplos interesses políticos dos diversos agentes parlamentares.

2.3.2 Modelo Partidário

Se a teoria distributiva enxerga as comissões como arranjo organizacional responsivo à necessidade de os parlamentares obterem ganhos políticos individuais ao longo do desempenho da função legislativa, o modelo partidário oferece uma alternativa diversa a respeito da canalização e do aproveitamento do proveito político, embora mantenha a premissa de análise segundo a qual o móvel principal da atuação dos congressistas gira em torno da preocupação de cada um com sua reeleição.

No modelo partidário, a estrutura organizacional dos parlamentos, ao invés de decorrer exclusivamente da atuação pessoal do parlamentar, guiada para a obtenção de benefícios em seu favor, em verdade se orienta no interesse dos partidos políticos e dos blocos partidários parlamentares, sendo estes os verdadeiros protagonistas do processo de elaboração das leis, especialmente no que toca à atuação das comissões.

Esse viés de análise é coletivo, e leva em consideração os arranjos e negociações que se orientam com base nas preferências dos partidos, além da coesão intrapartidária comumente observada nas votações. Outra premissa que guia a análise toma os partidos como principais agentes de influência na ocupação dos cargos públicos quando da montagem dos governos, além de reconhecer que a representação dos interesses governistas no parlamento costuma ser desempenhada por correligionários⁴¹⁷ do chefe do Executivo ou por integrantes de partidos da coalisão que lhe confere apoio, de sorte que os partidos são agentes coletivos centrais nas negociações entre governo e parlamento.

De fato, contam os partidos com relevantes instrumentos de controle da participação de seus parlamentares nas comissões e nos debates, além de disporem de mecanismos regimentais concentradores do poder de agenda, sobretudo em função das atribuições das lideranças partidárias, conforme será visto adiante. Por meio de tais expedientes, frequentemente concretizados por acordos pragmaticamente orientados de cima

⁴¹⁷ DAMGAARD, Erik. How Parties Control Committee Members, In: Hebert Döring (org.). *Parliaments and the majority rule in Western Europe*. Frankfurt: Campus Verlag, 1995, p. 310

para baixo (ou seja, partindo da liderança para vincular a base partidária), os partidos formam estruturas similares a cartéis legislativos⁴¹⁸, poderosos a ponto de sujeitarem o poder legiferante da casa parlamentar, ao se colocarem como agentes políticos com largo poder de veto, de cuja aquiescência e apoio dependem os trâmites legislativos. Esses incentivos organizacionais e procedimentais para que o processo político seja conduzido predominantemente pelos partidos amesquinham, na prática, os propósitos do modelo eleitoral de lista aberta⁴¹⁹, contrapondo-se, também por esse viés, ao modelo distributivo anteriormente referido.

Paralelamente ao interesse na própria reeleição, os congressistas agiram no parlamento com vistas à sua ascensão dentro dos seus respectivos partidos⁴²⁰, seja porque alcançar posições superiores dentro da hierarquia partidária lhes possibilitaria exercer maior influência sobre a base da militância⁴²¹—além de lhes proporcionar vantagens na campanha eleitoral, como benefícios de financiamento – ou mesmo em virtude do desejo de virem a ocupar os postos de liderança do partido no parlamento, função acompanhada de diversas prerrogativas que agregam notoriedade ao mandato, uma vez que as lideranças são figuras centrais na coordenação não apenas das bancadas, mas também do poder de agenda parlamentar e das negociações interpartidárias e com os vários setores do governo.

Os partidos, congregações de poder político, influenciam decisivamente o arranjo procedimental legislativo, configurando-o de forma orientada a viabilizar a maximização dos seus interesses. O regramento das prerrogativas regimentais reflete a autoridade central partidária sobre os parlamentares, ao atribuir aos líderes o controle das indicações para a composição das comissões e o poder de influenciar diretamente na formação da agenda no processo legislativo⁴²². Os parlamentares, como membros das comissões, não são agentes

⁴¹⁸ “These cartels seize the power, theoretically resident in the House, to make rules governing the structure and process of legislation. Possession of this rule-making power leads to two main consequences. First, the legislative process in general--and the committee system in particular--is stacked in favor of majority party interests. Second, because members of the majority party have all the structural advantages, the key players in most legislative deals are members of the majority party and the majority party's central agreements are facilitated by cartel rules and policed by the cartel's leadership” COX, Gary; MCCUBBINS, Mathew. *Legislative Leviathan: party government in the house*. 2 ed. Cambridge University Press, 2007. Introdução.

⁴¹⁹ MULLER, Bernardo. Comissões e Partidos Políticos na Câmara dos Deputados: Um Estudo sobre os Padrões Partidários e de Recrutamento para as Comissões Permanentes. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 1, 2005, p. 394.

⁴²⁰ DAMGAARD, Erik. How Parties Control Committee Members, In: Hebert Döring (org.). *Parliaments and the majority rule in Western Europe*. Frankfurt: Campus Verlag, 1995, p. 308.

⁴²¹ GUARNIERI, Fernando. Partidos, Seleção de Candidatos e Comportamento Político. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade de São Paulo, 2004.

⁴²² COX, Gary; McCubbins, Mathew. *Legislative Leviathan: party government in the house*. 2 ed. Cambridge University Press, 2007, p. 85. No processo legislativo americano. Compete aos líderes a escolha de quais

politicamente livres, mas delegatários de seus partidos, verdadeiros titulares das vagas, como fica claro na disposição da lei brasileira dos partidos políticos⁴²³. Caso não atuem em sintonia com as diretrizes do partido, podem ser excluídos das comissões a qualquer tempo por determinação das lideranças partidárias⁴²⁴.

2.3.3 Modelo Informacional

Afirmou-se, quando da apresentação do modelo partidário, que sua perspectiva de análise era mais coletivista se comparada àquela referente ao modelo distributivo. Pode-se dizer que essa gradação quanto à amplitude metodológica persiste quando se passa ao modelo informacional, que descreve a organização e o funcionamento legislativo a partir da demanda de todos os parlamentares por informações úteis às suas atuações e decisões.

Ao contrário das teorias já referidas, o modelo informacional assume que diversos fatores concorrem para a tomada das decisões legislativas, que não se ultimam meramente como resposta utilitarista às demandas eleitorais ou partidárias. Os legisladores também prezam pela elaboração de políticas públicas eficazes e de legislação bem feita⁴²⁵, e por isso tentam reunir acervo informacional que lhes permita optar pela melhor decisão possível em cada caso, à luz de critérios empíricos.

matérias irão à apresentação em plenário. Semelhantemente, no parlamento brasileiro, a pauta da ordem do dia é estabelecida por acordo de líderes, aos quais cabe também indicar os congressistas que farão uso da palavra na sessão do grande expediente.

⁴²³ Do art. 24 da Lei n. 9.096/95, consta: “Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto”. Além disso, os artigos 15 inciso V, 23 e 25 da referida lei, ao concretizarem a disposição do § 1º do artigo 17 da Constituição, preveem que a indisciplina partidária será passível de punição conforme cada estatuto partidário, sendo possível, em caso de recalcitrância, a expulsão do parlamentar do partido.

⁴²⁴ MULLER, Bernardo. Comissões e Partidos Políticos na Câmara dos Deputados: Um Estudo sobre os Padrões Partidários e de Recrutamento para as Comissões Permanentes. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 1, 2005, pp. 371 a 394. Após empreender análise empírica a respeito das migrações partidárias e do nível de homogeneidade das bancadas (índice de coerência ideológica), em cotejo com as indicações partidárias para as comissões, o autor apresenta como conclusão um critério de escolha para essas indicações, segundo o qual os partidos enviam para as comissões que julgam de maior importância estratégica aqueles deputados que mais se aproximem da linha ideológica da agremiação e que ostentem constância em sua trajetória partidária, no intuito de minimizar os riscos de perda de controle sobre sua bancada. A Comissão de Constituição e Justiça, ante sua importância estratégica, reunia o maior número de parlamentares que eram membros dos diretórios nacionais de partidos, à época do período da análise, a saber a 50ª Legislatura-1995/1999.

⁴²⁵ CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113. Belo Horizonte, 2016, pp. 51-99.

Essa demanda coletiva por informação qualificada se sobreporia aos interesses distributivos, constituindo o eixo central da organização parlamentar⁴²⁶, no intuito de abrandar a desigualdade informacional no processo legislativo, que se faz presente tanto entre os integrantes das casas legislativas – devido às suas diferentes qualificações pessoais e às posições que ocupem em cada votação – como também ao se comparar o legislativo com o executivo e com o judiciário, poderes que se valem da expertise de suas burocracias quanto aos temas relativamente aos quais participam do processo legislativo⁴²⁷.

De fato, a vasta estrutura burocrática do Poder Executivo produz volume de informação qualificada, que subsidia tanto as iniciativas de proposições governistas (fase pré-processual), como também os congressistas que defendem as medidas de interesse do Executivo⁴²⁸. Para que as casas parlamentares não sejam reduzidas a chancelarias, convém adotarem organização institucional capaz de estimular a geração endógena e sistemática de informação especializada⁴²⁹, possibilitando confrontação das informações advindas dos outros poderes e a superação desse déficit informacional do Poder Legislativo, do qual advém, para os parlamentares, incertezas e insegurança nos debates e nas decisões⁴³⁰.

Sem condições de conhecerem a fundo os assuntos submetidos à análise e votação, tampouco seria possível aos parlamentares estimar os efeitos das políticas públicas, e assim mensurar as vantagens e desvantagens associadas a seus votos. Por isso, em deliberações nas quais os dados importantes sejam inacessíveis, ou manipulados

⁴²⁶ “Information is a valuable commodity in Congress. Before lawmakers can act on legislation — propose an amendment, make a state ment on the floor, or cast a vote — they have to understand what they are amending, debating, or voting on, and the implications of those actions. Furthermore, information is empowering. The more members of Congress know about a bill, the more involved they can be in its development. And other members of Congress often rely on informed members for knowledge and insight.” CURRY, James. *Legislating in the dark: information and power in the house of representatives*. The University of Chicago Press, 2015, p.42.

⁴²⁷ SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 137.

⁴²⁸ WALKER, Christopher. *Legislating in the shadows*. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 165, 2017, p. 1377-1431.

⁴²⁹ ALMEIDA, Acir; SANTOS, Fabiano. Teoria Informacional e a Seleção de Relatores na Câmara dos Deputados. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Vol. 48, nº4. Rio de Janeiro, 2005, p. 693 a 735.

⁴³⁰ A incerteza decorreria da forte assimetria informacional que se apresenta aos que participam do processo legislativo, aumentando em cenários de legislaturas compostas por muitos membros e com agenda de deliberações repleta de temas diversos e complexos. “Members of the collective choice organization are typically assumed to be symmetrically informed (or uninformed) about all facets of the choice process. Yet, in many political organizations, information is unevenly distributed, thus asymmetric information is a more accurate characterization. For example, members may have private information regarding the consequences of policies on their constituents. This common phenomenon led Austen-Smith and Riker to study the properties of information transmission within a committee. Their result is that an open rule process cannot generally guarantee that collective choices utilize all available information when members are asymmetrically informed.” GILLIGAN, Thomas; KREHBIEL, Keith. *Asymmetric Information and Legislative Rules with a Heterogeneous Committee*. *American Journal of Political Science* vol. 33. 1989, p. 459-490.

estrategicamente, certamente haverá parlamentares desinformados, que tenderão a tomar um número significativo de decisões erráticas, marcadas pela incerteza, servindo o processo legislativo de palco para a desfuncionalização da representatividade⁴³¹, ante a incapacidade de os representantes identificarem sequer quais grupos sociais – e em que medida – serão afetados pela atuação do congresso.

Para além dessa insuficiência quanto à participação qualitativa dos interessados no processo – que desobedece ao paradigma democrático de produção normativa, constitucionalizado na garantia de devido processo legislativo – a assimetria informacional repercute nas negociações que animam as permutas distributivas, promovendo aumento do custo político de transação do processo legislativo.

Certamente, em cenário de assimetria informacional, os parlamentares veem diminuída sua capacidade de entendimento das proposições, e isso os intimida a interagir, diminuindo-lhes a liberdade de participação e a capacidade de decisão⁴³², cenário de suscetibilidade no qual prepondera a necessidade de tecerem redes de apoio político mútuo, associada às exigências de obediência às determinações partidárias⁴³³, impondo-se atuação às cegas quanto às consequências advindas das decisões tomadas, puramente guiadas pelas permutas distributivas ou pelos interesses partidários.

Todavia, nesse quadro em que os arranjos políticos centralizadores se constituem em fonte precípua de poder decisório, segregando a maioria dos parlamentares do poder de agenda e do cerne das decisões políticas, o custo político advindo da desinformação e da incapacidade de interação no processo legislativo pode recair, em última instância, sobre a coletividade de representantes. Além dos prejuízos políticos associados à invisibilidade midiática decorrente da pouca participação de grande parte dos membros nas decisões

⁴³¹ MAINWARING, Scott; ZOCO, Edurne. Secuencias políticas y estabilización de la competencia partidista: volatilidad electoral en viejas y nuevas democracias”. Tradução: Georgina Paolino. *América Latina Hoy*, n. 46, 2007, p. 147-171.

⁴³² SANTOS, Fabiano. O Legislativo em busca de informação: um estudo da estrutura de assessoria da câmara dos deputados. *Texto para discussão*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n. 1958, 2014, fls. 12.

⁴³³ Tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, a pauta das votações legislativas é formada nas reuniões do chamado colégio de líderes, órgão que congrega as lideranças de todos os partidos, cujas decisões devem ser preferencialmente unânimes, ou majoritárias (proporcionalmente aos tamanhos das bancadas representadas por cada líder). Sobre sua gênese e sobre as funções que desempenha na prática legislativa, consultar FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. O Colégio de Líderes: surgimento e evolução. *Revista E-Legis*, n. 8, 2012, p. 6-33. No Senado Federal, ainda hoje, subsiste o chamado voto de liderança, previsão regimental por meio da qual, em determinadas matérias, os líderes partidários podem votar representando seus correligionários. No que diz respeito à perspectiva informacional, os partidos contam com estrutura de assessoramento próprias, que seve sobretudo às lideranças.

legislativas relevantes, é possível que a insatisfação dos eleitores com a atuação do legislativo não seja canalizada para os parlamentares que contribuíram mais diretamente com a aprovação de uma medida desaprovada pela população, voltando-se contra o congresso como um todo, manifestada na ânsia por renovação dos quadros políticos.

Além disso, deve-se levar em conta a percepção dos parlamentares sobre a transitoriedade das coalisões, passíveis de descontinuidade ao longo da legislatura, ou de modificação após arranjo político advindo do pleito eleitoral seguinte. Por isso, ante o desejo de reeleição que orienta a ação dos representantes e a compreensão do risco de que não consigam integrar a coalisão majoritária na legislatura vindoura, não lhes convém institucionalizar um modelo procedimental que restrinja tão radicalmente o acesso à informação, renegando-o não só às minorias opositoras, mas a todos que não integrem o centro da coalisão, condensado nas lideranças dos partidos da base aliada ao governo.

Diante dessa lógica de impasse, parece politicamente vantajoso que se garanta aos parlamentares a possibilidade de informação e de discernimento a respeito do que se vota e do que se pretende modificar no *status quo* social⁴³⁴. A informação, com efeito, coloca-se como a matéria-prima indispensável à elaboração das leis, ativo político mais importante para a tomada de decisão legislativa⁴³⁵, constatação que serve de premissa justificadora à mobilização parlamentar em prol da adoção de um procedimento decisório prioritariamente voltado para facilitar e maximizar a aquisição de informação e o seu compartilhamento paritário entre todos os participantes.

As comissões parlamentares, à luz da teoria informacional, são fóruns especializados de discussão, cuja função é aperfeiçoar a obtenção de informação para servir ao plenário, no intuito de que todos os legisladores possam ter acesso a idêntico conteúdo

⁴³⁴ “Due to legislators' risk-aversion and the characterization of incomplete information as uncertainty about the outcomes associated with policies, informational theories have a positive-sum component in addition to the standard conflict of interest (or zero-sum) component of distributive theories. Regardless of where the realized outcome lies, all legislators benefit from the reduction of uncertainty about the relationship between policies and outcomes. That is, relative to situations in which specialization is either (a) absent or (b) present but concealed by the committee, everyone benefits from knowing a priori what outcome will emerge from an agreed upon policy.” KREHBIEL, Keith. *Information and Legislative Organization*. The University of Michigan Press. 1991, p.73.

⁴³⁵ “É nesse contexto que a teoria informacional elege como preceito basilar a utilização e as consequências da informação sobre as escolhas políticas. Dessa forma, na perspectiva informacional, o problema passa a ser o de garantir que as decisões legislativas sejam tomadas com esteio na maior quantidade possível de informação. Essa redução da incerteza quanto aos resultados da política adotada é um bem coletivo, visto que todos os legisladores têm aversão a riscos e se beneficiam de um maior nível de informação.” CARNEIRO, André Corrêa de Sá. O sistema de Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados. Análise de sua composição e atuação na 54ª Legislatura. Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018, p. 42.

relativamente a cada proposição a ser deliberada, atingindo-se contexto ideal para o uso da técnica da decisão majoritária, no qual a igualdade informacional verificada entre os votantes lhes possibilita a troca de ideias e a mensuração dos efeitos políticos que advirão de sua atuação parlamentar.

Sendo a informação um bem valioso também para o jogo político que margeia o processo legislativo, é previsível que aquele que a detenha faça dela uso estratégico⁴³⁶, sonhando-a total ou parcialmente de seus pares, conforme seja necessário à obtenção do maior proveito político possível, cenário no qual os ganhos oriundos da maior especialização dos membros, ao invés de se universalizarem, terminariam por incrementar a desigualdade de informação. Para evitar tal possibilidade, arranjos institucionais devem adotar soluções que promovam a produção e a circulação de informação, durante todas as fases do procedimento legislativo. É o que se defende no capítulo terceiro.

2.3.3.1 Estratégias institucionais para obtenção de informação: o papel da assessoria legislativa

Como estratégias institucionais para a maximização da obtenção e circulação de informação, ressaltam-se as divisões dos parlamentos em grupos de trabalho especializados na análise de temas específicos e os contatos permanentes entre os parlamentos e a sociedade civil, importantes para que porta-vozes de setores sociais diretamente afetados pelas políticas públicas possam ser ouvidos, a exemplo de membros da comunidade científica, expertos nas matérias objeto de deliberação. Além das comissões e das audiências públicas, outro mecanismo de expressiva importância é a institucionalização de corpo de funcionários especializados, cuja função é prestar informações para os parlamentares para os partidos.

Esses assessores desenvolvem funções diversas nos parlamentos, desde o exame de políticas públicas e a formulação de alternativas para a tomada de decisão⁴³⁷, até a coordenação da estruturação política dos mandatos dos parlamentares junto às bases

⁴³⁶ “Specialization, while necessary, is not a sufficient condition for informed legislative decision making because committee specialization inevitably creates opportunities for strategic use of information. (...) It may be rational for committee specialists not to make public their private knowledge about the policy-outcome relationship.” KREHBIEL, Keith. *Information and Legislative Organization*. The University of Michigan Press. 1991, p.68.

⁴³⁷ RIBAS, Antonio Neuber; SILVA, Paulo Vieira da. A natureza do assessoramento legislativo; In: *Câmara dos Deputados. 40 anos de consultoria legislativa: consultores legislativos e consultores de orçamento*. Brasília: Edições Câmara, 2011.

regionais, sem olvidar da importância da prestação de apoio material aos gabinetes no cotidiano do funcionamento congressional.

Quanto à primeira função, de índole eminentemente intelectual, o parlamento brasileiro tem sido reconhecido como bom exemplo⁴³⁸, devido à implementação da carreira pública de consultor legislativo, cujos membros são recrutados por concurso e gozam de autonomia funcional. Tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, as Consultorias Legislativas são formalmente vinculadas às Secretarias Gerais das mesas diretoras⁴³⁹ e se organizam a partir de núcleos temáticos⁴⁴⁰, colocando-se à disposição das comissões, das lideranças partidárias e dos parlamentares para auxiliá-los, quando houver solicitação⁴⁴¹, seja na coleta de informações, ou na elaboração de estudos, minutas de proposições, manifestações e pareceres de caráter técnico-legislativo⁴⁴².

Embora esse formato de carreira de assessor legislativo se revele adequado para o objetivo de levantar informações técnicas por meio de sujeitos e fontes politicamente não enviesados, não há vedação legal taxativa ao exercício da advocacia em favor de interesses particulares dos congressistas por parte dos servidores, o que facilita a ocorrência de conflito de interesses, criando-se vínculo que depõe contra a autonomia funcional necessária para que

⁴³⁸ SANTISO, Javier; WHITEHEAD, Laurence. Ulysses, the sirens and the art of navigation: political and technical rationality in Latin America. *OECD Development Centre Working Paper*; n. 256, Paris: OCDE, 2006, fls. 20.

⁴³⁹ Anderson Braga Horta aponta que o modelo organizacional adotado no Brasil é tributário do estadunidense, cuja função de assessoramento é distribuída em vários órgãos, concentrando-se a função consultiva no Congressional Research Service, vinculado à Biblioteca do Congresso, e que serve às duas Casas. HORTA, Anderson Braga. Breve Memória sobre o Assessoramento Legislativo na Câmara dos Deputados. In: *Câmara dos Deputados, 40 Anos de Consultoria Legislativa: Consultores Legislativos e Consultores de Orçamento*. Brasília, Edições Câmara, 2011, pp. 27-51.

⁴⁴⁰ Na Câmara dos Deputados, a Consultoria Legislativa é dividida em vinte e duas áreas temáticas. Sua institucionalização definitiva, no formato em que vigora até o presente, deu-se com a Resolução nº 48/1993. Já no Senado, a Consultoria existe formalmente desde 1955.

⁴⁴¹ A atuação da Consultoria Legislativa é facultativa, e só ocorre nos casos em que há demanda de parlamentar ou comissão interessados. Em estudo publicado em 2014, já referido anteriormente, Fabiano Santos apontou que a Consultoria da Câmara produziu em média vinte mil trabalhos por ano, entre 2000 e 2010, e que 91% dos deputados federais dela requereram algum tipo de informação.

⁴⁴² Ana Maria Brasileiro, em 1968, descreveu o assessoramento como ferramenta imprescindível de suporte informacional nos parlamentos e defendia que ele se fizesse presente por todas as etapas do processo legislativo. Suas impressões parecem ir de encontro ao entendimento segundo o qual deve haver algum grau de justificação da decisão legislativa, pois sustentava que a assessoria deveria atuar: a) na identificação do problema, limitando o campo de ação da política b) na identificação das alternativas que se apresentam aos legisladores, possibilitando-lhes conhecer os cursos de ação possíveis c) no exame das consequências de cada uma das alternativas factíveis, propiciando aos legisladores que antecipem cognitivamente as consequências que as escolhas podem acarretar d) na escolha da melhor alternativa, etapa em que competiria ao assessor simples influência, com base no acervo de informações coletado e) na comunicação da escolha, transmitida através de texto ou oralmente, com linguagem sintética e escoreita. BRASILEIRO, Ana Maria. *O assessoramento legislativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

as informações sejam produzidas de forma isenta, não guiadas pelas preferências políticas do parlamentar que as requisitou⁴⁴³.

Além desse núcleo profissional, também as lideranças dos partidos contam com um número significativo de assessores especializados⁴⁴⁴, que auxiliam os parlamentares no acompanhamento dos trabalhos congressuais, muito embora seu trabalho seja marcado por viés político-partidário mais acentuado, porquanto atuam para dar efetividade às diretrizes dos programas partidários, implementando-as por meio das políticas públicas patrocinadas por seus mandatários.

Esse breve panorama acerca da estrutura do assessoramento legislativo no congresso brasileiro, permite concluir que ambas as casas parlamentares contam com importante ferramenta de suporte informacional, que lhes possibilita atuar com certo rigor empírico, em sintonia com a produção científica referente aos temas objeto das deliberações congressuais⁴⁴⁵.

O baixo teor deliberativo do processo legislativo brasileiro, marcado pelo amplo predomínio do executivo e pela atuação bem-sucedida de grupos econômicos poderosos, não se deve propriamente à falta de estrutura ou de pessoal qualificado nos parlamentos, ao contrário do que poderia se pensar.

2.3.3.2 Informação, democracia e controle social das deliberações

⁴⁴³ Pensa-se ser salutar a diferenciação funcional entre os consultores legislativos e os advogados das Casas Parlamentares, aos quais cumpre atuar no patrocínio de ações judiciais que versem sobre prerrogativas institucionais do Poder Legislativo ou questões administrativas que versem sobre a independência funcional do Legislativo frente aos demais poderes. Nestes casos, parece problemático que a defesa do parlamento fique a cargo da Advocacia Geral da União. Sobre o tema, confira-se SILVA, Edvaldo Fernandes da. Representação judicial e advocacia do Senado. In: PEREIRA, Gabrielle Tatith (org.). *Poder Legislativo. Defesa institucional, representação judicial e assessoramento jurídico: 25 anos da advocacia do Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 2019, pp. 183-207. Essa coletânea

⁴⁴⁴ Fabiano Santos levantou que a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados contava com 164 cargos ocupados. Vinte e três assessores tinham título de doutorado, cinquenta e quatro de mestrado e cinquenta e nove de especialização. Já as lideranças partidárias contavam com 299 cargos. SANTOS, Fabiano. O Legislativo em busca de informação: um estudo da estrutura de assessoria da câmara dos deputados. *Texto para discussão*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2014. Informações mais atualizadas sobre as consultorias legislativas, cuja carreira também é integrada pelos consultores de orçamento e fiscalização financeira, dão conta de que, em 2019, havia na Câmara 231 cargos ocupados, contra 230 cargos ocupados no Senado.

Informações disponíveis em:
http://www.senado.leg.br/transparencia/LAI/secrh/quadro_efetivos; https://www2.camara.leg.br/transparencia/recursos humanos/servidores/quantitativos/posicaoatual/copy_of_cargos-ocupados-e-vagos-por-categoria-funcional. Acesso em 25/09/2019.

⁴⁴⁵ LAURENTIS, Lucas; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no Direito brasileiro: Teoria, vícios e análise do caso RDC. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015.

Apresentados os três modelos neoinstitucionais, parece evidente a conclusão de que as respectivas formas de interação entre os parlamentares se fazem presentes no cotidiano das deliberações congressuais de maneira conjunta e irremediável: toda decisão parlamentar reflete, em diferentes graus, aspectos distributivos, partidários e informacionais. Logo, ao procedimento que regula as interações entre os parlamentares e as deliberações legislativas cumpre avaliar quais combinações entre essas configurações são toleráveis à luz do princípio democrático e dos requisitos mínimos de racionalidade, para então delinear critérios que estimulem a preponderância do nível de participação e discussão desejado.

Como se deixou transparecer, o modelo informativo é o que tem por cerne a participação dialética dos membros da casa parlamentar no processo legislativo, ao estipular a produção e o compartilhamento de informações, e assim pautar um processo mais igualitário entre maiorias e minorias, permissivo a influências argumentativas no curso da deliberação. É a demanda por informação, convém lembrar, que promove autonomia decisória do parlamento, ao dotá-lo de condições para confrontar eventuais informações incompletas ou manipuladas, apresentadas por agentes politicamente interessados⁴⁴⁶, relevando-se indispensável para a realização do valor epistêmico da democracia deliberativa.

Como mencionado no capítulo anterior, a legitimidade de uma decisão democrática depende da aceitabilidade do seu procedimento perante destinatários, capazes de compreender as razões justificadoras do triunfo majoritário de determinada proposição, enxergando-a como a opinião democraticamente prevalente, vencedora do confronto com as demais posições defendidas, ainda que suas preferências individuais figurem dentre as opções derrotadas.

Para tanto, os sujeitos envolvidos no processo deliberativo precisam conhecer todos os aspectos relevantes para a solução da controvérsia social em debate⁴⁴⁷, como forma de superar a suspeita de parcialidade envolta na desconfiança de que a decisão é mera expressão de voluntarismo dos representantes. Cabe ao sistema institucional estimular o ingresso dos múltiplos pontos de vistas na agenda decisória, propiciando que sejam objeto de debates permeáveis às diversas posições políticas, o que se mostra mais factível quando se

⁴⁴⁶ SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. *Fundamentos Informacionais do Presidencialismo de Coalizão*. Curitiba: Appris, 2011, p. 27.

⁴⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 169. O autor adota uma postura realista, ao não pretender renegar a influência de emoções políticas e de autointeresses dos processos deliberativos, mas, sim, defender a necessidade de que tais argumentos sejam explicitamente incorporados ao processo deliberativo, explicitamente colocados e defendidos perante os demais sujeitos e grupos.

obedecem às diretrizes do modelo informacional, sob pena de se renegar a promessa de soberania popular, tornando pura ficção a capacidade do povo de conhecer, refletir e decidir sobre as questões que marcarão seu futuro⁴⁴⁸.

Finalmente, um processo legislativo de índole informativa é mais propenso ao controle social político, um dos conteúdos mínimos do princípio democrático, como destaca Ana Paula de Barcellos ao situar ao direito à informação como correlato aos deveres de publicidade e de prestação de contas impostos aos agentes públicos em geral. Facilitar o acesso e a compreensão das informações diminui sensivelmente o custo de controle social das ações públicas, possibilitando, por exemplo, que os indivíduos possam acompanhar o desempenho de candidatos que postulam a reeleição, orientando mais adequadamente seus votos, ou que tomem ciência das discussões e das políticas públicas que lhes dizem respeito⁴⁴⁹.

2.4 Relação entre o Parlamento e o Poder Executivo no processo de criação das leis

Tanto a teoria das escolhas públicas quanto as abordagens neoinstitucionalistas, ao se dedicarem à compreensão dos fenômenos relevantes para o desempenho da função legislativa, constataam inúmeras limitações deliberativas no cotidiano dos parlamentos. Em se tratando da aplicação desses estudos ao contexto político-institucional brasileiro, é necessário saber quais tipos de interações políticas se fazem presentes no itinerário das decisões legislativas, para daí se mensurar a qualidade democrática do processo de criação das leis à luz dos cânones da Constituição de 1988.

A completude dessa avaliação certamente pressuporia um leque muito vasto de análises, haja vista que o Congresso Nacional aglomera diferentes matizes da sociedade em torno de si, sujeitando-se à múltiplas influências políticas. Como não soa realizável tratar de todas essas interações, para além das que já foram anteriormente referidas, elegem-se dois tipos específicos, em virtude de suas capacidades de determinar o curso e o resultado do

⁴⁴⁸ “Al fin y a la postre, el sistema de control parlamentario descansa sobre la base de que el titular de la soberanía, el pueblo, esté verdaderamente informado, porque de otra forma su capacidad de decisión sería ficticia: la información constituye el núcleo del proceso de fiscalización y debate.” CRISTÓBAL, Rosário Serra. *Pequeñas Minorías y Control Parlamentario. Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.21, 2009, p.102.

⁴⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, 2008, pp. 77-105.

processo legislativo, a saber, os papéis do Poder Executivo e de grupos organizados de interesses coletivos privados nos parlamentos.

Como visto, uma vez que as constituições atribuem ao Executivo a missão de implementar políticas preferidas pelo eleitorado, é natural que os governos pretendam utilizar os instrumentos jurídicos necessários à consecução dessas transformações⁴⁵⁰. Todavia, o sistema de limites advindo da separação de poderes impõe que leis sejam discutidas e votadas por órgãos diversos dos que vão aplicá-las, cabendo ao Executivo, nesse arranjo, apenas apresentar seu programa político ao legislador e advogar em favor da sua viabilização.

Sendo a lei o veículo jurídico precípua de autorização das ações governamentais estruturantes, é legítimo que o Poder Executivo perceba seu processo de aprovação como etapa indispensável ao sucesso dos programas de governo⁴⁵¹, e assim pretenda influenciar o Legislativo a acolher as inovações propostas, conquistando maioria dos votos dos parlamentares. A interação entre o Executivo e o Congresso é inerente à lógica da separação dos poderes e salutar à vida democrática, porque indispensável ao funcionamento dos governos. Dá-se em todos os estados que adotem pluripartidarismo e eleições periódicas no seu desenho institucional⁴⁵².

Antes de adentrar ao caso brasileiro, convém destacar semelhanças e diferenças importantes entre os sistemas de governo presidencialista e parlamentarista, como forma de justificar metodologicamente as várias menções a trabalhos elaborados por autores inseridos em contextos de sistemas governamentais diversos⁴⁵³ e, também, de contrapor certas confusões que por muito tempo povoaram o debate.

Nos regimes parlamentaristas, como se sabe, a atribuição de chefia do governo não se associa juridicamente a um mandato eletivo atribuído pelo povo, mas, sim, a uma composição majoritária parlamentar permanente: o primeiro-ministro depende da maioria

⁴⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de formação das leis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 151.

⁴⁵¹ No sentido de que a capacidade de comando político-institucional dos instrumentos jurídicos integra a ideia de governabilidade, ARAÚJO FILHO, Valdemar Ferreira. *Presidentes fortes e presidência fraca: a expansão do poder executivo e a organização da presidência da República no Brasil (1930 – 1989)*. Curitiba: Appris, 2016, p. 27.

⁴⁵² LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução: Roberto Franco. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2019, esp. p. 107-160.

⁴⁵³ No sentido da compatibilidade entre as análises comparativas, MOGERNSTERN, Scott; NEGRI, Juan. Metas e desafios do estudo comparativo de legislativos. In: MAGNA, Inácio; Rennó, Lúcio (orgs.) *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 33-53; ARTER, David. Introduction: comparing the legislative performance of legislatures. *The journal of legislative studies*, v.12, n. 3, 2006, pp. 245-257.

congressual não apenas para viabilizar o programa de governo, mas também para se manter no cargo. Desfeita a sintonia entre a maioria parlamentar e a condução do Executivo, cai o governo, por meio de voto de desconfiança ou mesmo da convocação de novas eleições gerais⁴⁵⁴.

Assim, quando o primeiro-ministro assume o cargo, já existe o desenho de um programa governamental aprovado por uma maioria parlamentar construída em favor do gabinete executivo, de modo que a instabilidade advinda da intermitente necessidade de apoio congressional para a manutenção do governo é, de certa forma, compensada pelo fato de que algum grau de coesão política preexiste à sua formação, competindo ao chefe do executivo ter aptidão para simplesmente mantê-lo ou ampliá-lo⁴⁵⁵.

Diferentemente se passa no presidencialismo, pois o presidente é detentor de mandato conferido pelo povo, sendo o programa de governo geralmente construído pelo partido político vencedor da eleição. Dessa forma, o chefe do Executivo assume o cargo apoiado tão somente pelos parlamentares vinculados a partidos da coligação formada nas eleições, cujo número, sobretudo em sistemas multipartidários, não costuma corresponder à maioria congressional necessária para a governabilidade⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Obviamente, não se deve acreditar que a queda de um chefe de governo parlamentarista não acarrete instabilidade política imediata, ou que a reconstrução do governo parlamentar seja processo rápido e politicamente não tensionado. Diversas experiências recentes de países europeus, como Itália, Espanha e Inglaterra, demonstram o contrário. A bibliografia sobre o tema do parlamentarismo é muito vasta. No Brasil, obra recente que aborda didaticamente as diferenças entre presidencialismo e parlamentarismo a partir de enfoque histórico é o trabalho de LACERDA, Alan Daniel Freire de. *Sistemas de governo: organizando as relações entre executivo e legislativo*. Curitiba: Appris, 2016. Veja-se também, para enfoque eleitoral: NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*. 6 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2012, além de LAMOUNIER, Bolívar. Parlamentarismo, Sistema Eleitoral e Governabilidade. *Nova Economia*, vol. 2, nº 2, 1991, pp. 9-25

⁴⁵⁵ “Procurando descobrir as diferenças institucionais entre os dois sistemas que poderiam afetar os incentivos para a formação de alianças, concluímos que a distinção básica está no que resultaria da não-formação de uma aliança, isto é, no “ponto de reversão”. No parlamentarismo, o ponto de reversão é uma eleição antecipada; no presidencialismo, é uma situação em que o partido do presidente controla todas as pastas ministeriais e as políticas são estabelecidas no ponto ideal do presidente.” CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. Governos de coalizão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 45, n. 2, 2002, p.190.

⁴⁵⁶ Sistemas eleitorais majoritários com regra de dois turnos tendem a estimular a participação de um maior número de competidores no primeiro turno, enquanto sistemas eleitorais majoritários de turno único geram incentivo à formação de coligações desde o início da disputa, uma vez que o número de concorrentes dispostos a arcar com os custos da competição e com a incerteza pós-eleitoral (decidia após rodada única de votação) em caso de derrota, é menor. NICOLAU, Jairo. Os sistemas eleitorais. In. AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio. *Octávio. Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer e Editora Unesp, 3ª edição, 2015, p. 80.

No presidencialismo, muito embora a sustentação do chefe do governo não dependa de permanente apoio⁴⁵⁷, sendo menos penoso aos governos conviverem com apoio minoritário nos parlamentos, a construção de relações políticas entre os congressistas e o executivo obviamente se impõe para que se viabilize a agenda governamental⁴⁵⁸.

Pode-se, então, tomar como premissa o fato de que, em ambos os sistemas, presidencialistas e parlamentaristas, governos dependem de apoio parlamentar para a implementação de seus programas políticos e, também, para sua manutenção no poder. Embora haja variações determinantes em relação ao processo de deposição do governo, a equação para a construção da governabilidade – especialmente em países que adotam o multipartidarismo, sublinhe-se – é basicamente a mesma, e impõe ao Executivo a coordenação de sua pauta política nas casas congressuais, por meio da formação e da manutenção de uma base majoritária de legisladores⁴⁵⁹, que viabilize a consecução de previsibilidade política nesse cenário de equilíbrio instável entre os poderes.

Tais bases de suporte parlamentares são resultado de acordos firmados entre o governo (ou o partido do presidente) e os partidos com representação no parlamento, por meio dos quais as agremiações costumam abandonar parcialmente suas agendas defendidas nas eleições para encampar proposições que se revelem aceitáveis por todo o campo político

⁴⁵⁷ No presidencialismo, da ausência de coesão política entre o executivo e o legislativo não decorre o afastamento do presidente, medida que depende do cometimento de crime de responsabilidade. Sobre o instituto do impeachment, ver PIVETTA, Saulo Lindorfer. Legisladores juizes: Impeachment na Constituição de 1988. Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2017. O mecanismo do impeachment, contudo, parece destoar da lógica político-eleitoral presidencialista, na qual o chefe do Executivo é eleito diretamente pelo povo, e não pelo congresso. Assim, parece mais consentâneo à democracia atribuir ao eleitorado, e não ao parlamento, a prerrogativa de destituir o presidente eleito pelo povo. O instituto do *recall*, por meio do qual há consulta pública a respeito da manutenção do mandato do chefe do executivo, evita essa desfuncionalização da substituição do povo pelo congresso, marcada pela possibilidade de serem desfeitos os resultados eleitorais.

⁴⁵⁸ Durante a década de 1990, diversos cientistas políticos acreditavam que a associação entre parlamentos multipartidários e governos presidencialistas minoritários tornaria inviável a estabilidade política necessária à governabilidade. Dentre muitos trabalhos publicados nesse sentido, LINZ, Juan. *The Perils of Presidentialism*. *Journal of Democracy*, vol. 1, n. 1, 1990, pp.51-69; AMES, Barry. *The Deadlock of Democracy in Brazil*. University of Michigan Press, 2001. No entanto, essa visão foi sendo superada por análises que percebiam a capacidade de formação de grandes coalizões interpartidárias, ou mesmo que destacavam a sobrevivência funcionalmente adequada de governos minoritários, desacompanhados de base congressual constante. Nesse sentido: FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; CANELLO, Júlio; VIEIRA, Marcelo. Governos minoritários no presidencialismo latino-americano: determinantes institucionais e políticos. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 55, nº 4, 2012, pp. 839-875.

⁴⁵⁹ “O ponto em comum que leva as duas formas de governo a buscar coalizões é precisamente o número de partidos – no caso de sistemas multipartidários, as democracias parlamentaristas têm incentivos institucionais para a formação de governos de coalizão e, nas presidencialistas, embora essa automaticidade não seja necessária, uma vez que não há indução institucional para a composição de maioria parlamentar, essa é a melhor estratégia para a obtenção de governabilidade.” CORRÊA, Carolina; PERES, Paulo. Governabilidade e comissões: três gerações de estudos legislativos no Brasil. In: DANTAS, Humberto (Org.). *Governabilidade: para entender a política brasileira*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 72

governista⁴⁶⁰, compartilhando com o executivo uma parcela do poder de agenda congressual⁴⁶¹.

Obviamente, estabelecem-se contrapartidas políticas e eleitorais como método de atração e de manutenção do apoio desses partidos satélites. O próprio desenho institucional confere ao Executivo uma gama de prerrogativas institucionais e orçamentárias a serem manejadas como fórmulas de mobilização das bancadas parlamentares, destacando-se a possibilidade de serem ofertados cargos políticos na administração pública, além da franquia de destinação de recursos financeiros para bases eleitorais regionais dos parlamentares aliados⁴⁶². Esses e outros mecanismos institucionais (alguns a seguir tratados) por meio dos quais os governos atuam nos parlamentos são componentes da governabilidade, isto é, do instrumental à disposição dos governos para, licitamente, gerar coordenação e mobilização de atores-chave e assim produzir as decisões necessárias para a viabilização das políticas públicas pretendidas⁴⁶³.

Essas negociações políticas entre os poderes e as tensões delas decorrentes, longe de representarem uma característica essencial de um ou de outro sistema de governo, são parte intrínseca aos regimes constitucionais democráticos, necessariamente permissivos à expressão

⁴⁶⁰ LAVER, Michael; SCHOFIELD, Norman. *Multiparty Government: The Politics of Coalition in Europe*. University of Michigan Press, 1998, p. 22.

⁴⁶¹ Ao decompor o conceito de coalizão governamental, Octávio Amorim Neto resalta cinco ideias relevantes que o integram: “At a secondary level of conceptualization, five dimensions constitute a majority coalition cabinet: (1) the presence of politicians from at least two parties heading cabinet-rank portfolios; (2) a judicious distribution of patronage and pork among the parties joining the cabinet or willing to support the president (this is usually not necessary in parliamentary regimes); (3) the president’s strategic use of his or her legislative authority to set the legislative agenda and coordinate allies; (4) party leaders’ strategic use of their agenda-setting prerogatives to expedite the passing of the president’s legislative agenda; and (5) a policy agenda shared between the president and his or her coalition partners.” AMORIM NETO, Octávio. *Cabinets and coalitional presidentialism*. In: AMES, Barry. *Routledge handbook of brazilian politics*. New York, London: Taylon and Francis, 2017, p. 293- 313.

⁴⁶² Eric Raile, Carlos Pereira e Timonthy Power percebem que a manutenção da aliança política no curso dos mandatos é tão importante quanto a sua formação. Destacam que a nomeação de agentes partidários em cargos da administração inicia o vínculo na formação da aliança entre os partidos, cabendo ao governo, posteriormente, dosar a dotação orçamentária em favor dessas pastas e dos parlamentares aliados, a depender do nível de apoio verificado nas votações parlamentares. Dentre outras possibilidades institucionais, estas são componentes importantes da “caixa de ferramentas” à disposição do chefe do executivo para a consecução da governabilidade. RAILE, Eric; PEREIRA, Carlos; Power, Timonthy Carlos Pereira, & Timothy J. Power. 2011. The executive toolbox: Building legislative support in a multiparty presidential regime. *Political Research Quarterly*, v. 64, n. 2, 2011, p. 323–334.

⁴⁶³ João Paulo Viana e Vítor Oliveira distinguem governabilidade de governança, argumentando que aquela diria respeito às propriedades estruturais do sistema político, aos meios institucionais de se fazer política, enquanto a governança refletiria o nível de qualidade alcançado a partir das estratégias adotadas pelos atores políticos. Logo, um sistema político pode ser dotado de instrumentos de governabilidade ampla, e, ainda assim, sofrer com paralísias decisórias, com descoordenação política e com más escolhas. VIANA, João Paulo; OLIVEIRA, Vítor. *Governabilidade e governança no presidencialismo de coalizão*. In: DANTAS, Humberto (Org.). *Governabilidade: para entender a política brasileira*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 9-24.

das diversas correntes ideológicas e político-programáticas⁴⁶⁴, destacando-se, no jogo de poder institucional, aquelas capazes de se viabilizarem eleitoralmente e de conquistarem representação congressional, palco em que se mostram mais atrativas ao Poder Executivo.

2.4.1 A experiência brasileira de coalizões parlamentares dirigidas pelo Poder Executivo

Em se tratando da relação entre Executivo e Legislativo no Brasil, diversos fatores concorrem para que a dinâmica de coordenação, estímulo e vigilância recíproca entre governo e parlamento corra, permanentemente, risco de ser convertida em dominação da agenda legislativa pelo Executivo, hipótese na qual se atribui ao Congresso papel de mera instância reativa às iniciativas e ao controle governamental⁴⁶⁵, preponderando os elementos distributivos e partidários em detrimento da perspectiva informacional.

Um estudo muito conhecido de Sérgio Abranches, publicado em 1988 e significativamente ampliado trinta anos depois, pautou a discussão a respeito da articulação entre parlamento e Executivo no Brasil, a partir de um inventário das circunstâncias sócio-políticas brasileiras que se refletem na institucionalidade vigente e assim contribuem para a concentração de poderes na Presidência da República⁴⁶⁶.

Aspectos sociológicos, ligados à cultura patrimonialista dos segmentos detentores do poder econômico, bem como à pluralidade de facções políticas inerente à extensão populacional e às singularidades das formações demográficas regionais, são fatores determinantes para as particularidades do desenho político-institucional brasileiro (no qual o

⁴⁶⁴ Oscar Vilhena Vieira, ao destacar que as Constituições se destinam a habilitar a competição política e a institucionalizar os conflitos, assegurando que os embates possam ocorrer, ainda que de forma vigorosa, dentro do leito constitucional, ressalta que um nível permanente de tensão e de desconfiança entre os poderes, inerente às negociações e às disputas políticas que permeiam a atuação de cada um, corresponde a variável devidamente considerada na fundação teórica da teoria da separação dos poderes. Diz o autor: “Os sistemas eleitorais e partidários servem para transformar a disputa entre diferentes correntes ideológicas num pleito formalizado, no qual o eleitor determinará quem deverá prevalecer, ao menos até a próxima eleição. O sistema de separação de poderes, por sua vez, dispõe as instituições de governo de forma a que sempre se encontrem em tensão e eventualmente em conflito, como nos ensinou James Madison. Não há nada mais comum à vida de uma democracia constitucional do que o conflito entre atores políticos e institucionais e entre os diversos setores da sociedade. Esses confrontos, no entanto, devem ser mediados pela política cotidiana e pelo jogo ordinário das instituições. É para isso que as constituições servem. São inerentes à vida das constituições uma constante tensão e eventuais atritos. A ideia de que os poderes são independentes e harmônicos, inscrita em nossa Constituições, é um eufemismo, pois sua real disposição é de tensão.” VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.34.

⁴⁶⁵ SANTOS, Fabiano; ALMEIDA; Acir. Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão. Curitiba: Appris, 2011, p. 36.

⁴⁶⁶ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 28.

presidencialismo se combina ao federalismo, ao bicameralismo, ao voto proporcional para as eleições legislativas e ao multipartidarismo), modelo marcado por grande fragmentação na composição congressional, o que amplifica os antagonismos políticos e assim dificulta a obtenção de consensos⁴⁶⁷.

Ao Executivo, naturalmente, impõe-se a tarefa de acomodar essa heterogeneidade político-ideológica e partidária no ambiente congressional. Ocorre que a Constituição, ao equacionar as variáveis envolvidas nessa estratégia institucional, transferiu para o Presidente da República parcela sensível do poder de agenda legislativa. Por outro lado, o constituinte elegeu critérios preponderantemente partidários e regionais para a composição e determinação do poder político no interior do Congresso, forçando o Executivo a manter coalizões grandes, heterogêneas, marcadas pelo baixo teor de afinidade de conteúdo programático⁴⁶⁸. Esse aparente contrassenso, embora sirva para impedir que governo ou parlamento detenham poderes moderadores, na certa contribui para o empobrecimento das deliberações legislativas.

Como prevê a Constituição de 1988, o chefe do Executivo dispõe da prerrogativa exclusiva para a iniciativa de legislação em áreas de interesse econômico (tais como orçamento, alteração nas estruturas das carreiras administrativas, aspectos relevantes do sistema tributário), enquanto o Congresso tem limitado o seu poder de emenda em temas orçamentários, podendo apenas remanejar verbas alocadas nessas áreas de investimentos.

Ademais, pode o Presidente, unilateralmente, dotar de urgência a tramitação de uma proposição de sua autoria, impondo ao Legislativo apreciação prioritária, alterando a

⁴⁶⁷ Sérgio Abranches, já no famoso artigo lançado em 1988, defendeu que as especificidades do modelo presidencial brasileiro, propenso à alta fragmentação do poder político, seriam escolhas decorrentes da heterogeneidade social e regional aqui verificadas, constituindo uma forma de expressão democrática e institucional dessas disparidades, que conferiria fidedignidade entre o quadro institucional e a realidade social. ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 7.

⁴⁶⁸ PEREIRA, Carlos; MUELLES, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, p. 45-67. Carlos Santiago Nino denomina hiperpresidencialismo esse sistema político assimétrico. Analisando o caso argentino da década de 1990, anota que a ampliação dos poderes legislativos do presidente da república tem raízes nos governos autoritários militares, nos quais a produção normativa não era democrática, e os chefes do Executivo costumavam atuar à revelia do Legislativo, via decreto-lei. NINO, Carlos Santiago. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend. (org.). *Institutional design in new democracies. Eastern Europe and Latin America*. Bolder: Westview Press, 1996, p. 166. Conclusão parecida é alcançada por Argelina Cheibub e Fernando Limongi, em texto no qual são comparados os poderes legislativos do executivo nas constituições brasileiras de 1946 e de 1988, concluindo os autores que o marcante aumento das prerrogativas presidenciais equivalem a espólios da ordem jurídica do período ditatorial. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub de; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (orgs.). *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007, pp. 147-196.

programação da pauta e o rito de tramitação (comumente, não há tempo hábil para a análise das matérias nas comissões temáticas legislativas, impondo o deslocamento da discussão e da votação da proposição para o plenário). Diante da supressão do tempo disponível para deliberação ampla do projeto tido por urgente, o parlamento se depara com redução de sua capacidade de obtenção e compartilhamento de informação, e os congressistas também perdem poderes de influência na discussão, haja vista que, nas votações dessas proposições em plenário, ficam proibidos de apresentar emendas individuais⁴⁶⁹.

Detém o presidente, ainda, a prerrogativa de vetar total ou parcialmente os produtos das votações do parlamento, além de contar com poderoso instrumento capaz de virar a ordem do processo legislativo. As medidas provisórias, como se sabe, inovam na ordem jurídica desde sua edição, impondo ao Congresso os ônus políticos de reverter mudanças já estabelecidas – além dos ônus de regulamentar os efeitos produzidos – caso opte o Legislativo por sua rejeição⁴⁷⁰.

Dessa forma, uma porção de matérias importantes, associadas ao controle de determinados perfis processuais de tramitação, são submetidos ao domínio do Executivo, situação que realça a assimetria existente entre o Presidente da República e cada um dos parlamentares quanto a essas zonas de competências reservadas, bem como no que diz respeito à ativação de modalidades mais céleres de tramitação⁴⁷¹, tornando o Executivo um

⁴⁶⁹ Para propor emendas em plenário, no caso de ativação do regime de urgência, é necessário requerimento conjunto de pelo menos um quinto dos legisladores, ou de líderes partidários que representem esse número, conforme preceitua o §4º do art. 120 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Já o §3º do art. 157 dispõe que, na discussão e no encaminhamento de proposição submetida a regime de urgência, só o autor, o relator e parlamentares inscritos poderão fazer uso da palavra, e pela metade do prazo previsto para intervenções no rito ordinário. Uma análise das implicações do regime de urgência sob a perspectiva informacional, seguida de análise empírica, pode ser encontrada em SANTOS, Fabiano; ALMEIDA; Acir. Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão. Curitiba: Appris, 2011, cap.2.

⁴⁷⁰ Compreendendo as medidas provisórias como ferramentas políticas importantes, que permitem a superação de imobilismos congressuais, SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007. Merece ressalva a interpretação das regras da Constituição e do Regimento Interno da Câmara dos Deputados relativamente à definição das espécies legislativas cuja deliberação restaria obstada pela pendência de votação de Medida Provisória (o que estaria sujeito ao efeito do trancamento da pauta). Credita-se a Bruno Dantas a opinião que viria a prevalecer no parlamento e, anos mais tarde, seria confirmada no Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança 27931/2009), de que apenas ficam sobrestados projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de ser disciplinada por medida provisória, excluindo-se, por exemplo, projetos de emendas constitucionais, leis complementares, resoluções e decretos legislativos, evitando-se a paralisia completa do poder de agenda do Legislativo.

⁴⁷¹ Ressalve-se que é possível que um conjunto de parlamentares atribua urgência à determinada proposição. Caso se trate de matéria cujo mérito possa ser deliberado pelas Comissões, é necessário apoio de dois terços dos membros no âmbito do respectivo comitê. Já em se tratando de tema afeito à apreciação da Mesa, faz-se necessário contar com apoio de dois terços dos membros da Casa Legislativa. Para as demais matérias, um terço dos membros, ou líderes que representem esse número. Essas disposições encontram-se no artigo 154 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

dos mais destacados atores na composição da agenda legislativa⁴⁷². Muito embora o parlamento conte com a opção de deixar de votar as medidas provisórias, de rejeitá-las, ou até mesmo de derrubar os vetos presidenciais (encerrando, com a palavra final, a rodada de deliberação), essas faculdades lhe acarretam risco de perda do capital político, uma vez que obstam medidas cujos efeitos normativos já haviam sido implementados pelo Executivo, fato que acarreta necessidade de concertação política redobrada para que a predileção governamental venha a ser derrotada.

Além disso, certas características da estrutura do Estado brasileiro contribuem para que a barganha por cargos e por recursos financeiros junto ao Executivo federal se institucionalize como linguagem mais efetiva na articulação entre os dois Poderes. A concentração quase monopolista de prerrogativas de alocação orçamentária em favor do Executivo federal, agravada pelo centralismo fiscal que reduz a condição de investimento dos Estados, estimula os parlamentares a exercerem, prioritariamente, a função de intermediar a captação de recursos federais para as demandas dos governos de suas bases políticas⁴⁷³, gastando tempo e capacidade de trabalho que deveriam destinar às deliberações legislativas.

Paralelamente à fragmentação política, cujo sintoma mais notório é o pluripartidarismo brasileiro, o grande número de integrantes do Legislativo federal acentua a verticalização das negociações políticas no parlamento, resultando no surgimento de núcleos

⁴⁷² A tendência de domínio do Poder Executivo no processo legislativo é recorrente nas democracias contemporâneas. George Tsebelis, em compilação de estudos provenientes de diversos países constatou, há vinte e cinco anos atrás: “em mais de 50% de todos os países, os governos encaminham mais de 90% dos projetos de lei. Além disso, a probabilidade de que esses projetos sejam aprovados é muito mais alta: mais de 60% passam com uma probabilidade superior a 0,9 e mais de 85% são aprovados com uma probabilidade maior do que 0,8.” TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. Tradução: Vera Pereira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 1995, p. 89-117. No caso brasileiro, números apresentados por Argelina Cheibub e Fernando Limongi referentes ao período entre 1988 e 2007 apontam que o Executivo foi responsável, em média, pela apresentação de 83,3% das leis sancionadas. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; e LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (orgs.) *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 157. Já levantamento mais recente, de Bruno Carazza, indica que 66% das leis aprovadas de 1995 até 2017 foram propostas pelos Presidentes da República, enquanto os deputados e senadores propuseram apenas 29,6% do total. CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 147. É necessário levar em consideração, contudo, ressalva metodológica feita por Pedro Abramovay, que chama atenção para o fato de que grande parte dessas medidas propostas pelo Executivo diz respeito à matéria orçamentária, que se relaciona mais proximamente com a função fiscalizatória do que com a função legislativa propriamente dita do Congresso. ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.76. Ainda assim, descontando-se as proposições orçamentárias, parece correto o diagnóstico que vê preponderância do Executivo quanto à agenda legislativa.

⁴⁷³ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 358.

internos de poder político⁴⁷⁴. Destacam-se, sobremaneira, a presidência das casas legislativas⁴⁷⁵ e as lideranças dos partidos de maiores bancadas⁴⁷⁶, cuja relevância para a fixação das pautas legislativas e, também, para os resultados das votações⁴⁷⁷ alça os parlamentares ocupantes dessas posições à condição de canais estratégicos de comunicação e negociação para todos os interessados no processo legislativo. Tudo passa pela presidência e pelas lideranças, sem cujo endosso é praticamente impossível que uma proposição seja levada à votação e aprovada⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ SANTOS, Fabiano. Patronagem e poder de agenda na política brasileira. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 40, n. 3. Rio de Janeiro, 1997.

⁴⁷⁵ Fernando Sabóia Vieira inventariou os principais poderes e atribuições do presidente da Câmara dos Deputados previstos no Regimento Interno, destacando aqueles aptos a permitir sua intervenção no processo decisório das medidas legislativas. São absolutamente enormes os poderes dos Presidentes das Casas Legislativas, destacando-se, dentre os mais relevantes, os de i) analisar as proposições apresentadas à Casa Legislativa, podendo rejeitá-las caso as considere flagrantemente inconstitucionais ou formalmente defeituosas; ii) resolver como se dará a distribuição para as comissões, estabelecer a ordem de tramitação (fixando, pois, em qual comissão deve a proposição tramitar primeiro, e em que ordem os pareceres deverão ser emitidos, destacando-se a possibilidade de optar pela criação de Comissão Especial, em casos nos quais o tema seja pertinente a mais de três comitês legislativos) e definir se as matérias estarão sujeitas ao regime de apreciação conclusiva das comissões, ou se deverão ser remetidas para o Plenário em seguida; iii) determinar que os projetos tramitem conjuntamente, ordenando apensamento caso considere haver conexão entre eles; iv) designar relatores para atuarem no Plenário da casa, quando a proposição for incluída na ordem do dia desacompanhada de parecer, como se dá na apreciação de projetos com regime de urgência e em se tratando de medidas provisórias; v) designar a ordem do dia das sessões ordinárias e extraordinárias, resolvendo o que será colocado em votação (ressalvadas as hipóteses constitucionais de integração compulsória na ordem de votações quanto a projetos urgentes e medidas provisórias), especialmente diante da omissão do colégio de líderes em elaborar a agenda mensal de votações prevista no regimento interno; vi) nas deliberações em plenário, examinar as emendas ali apresentadas bem como os destaques de votação em separado de partes do texto, podendo recusar emendas e destaques que alterem substancialmente a proposição ou invertam seu sentido; vii) interpretar e aplicar as normas regimentais, resolvendo questões de ordem por meio das quais se suscitem dúvidas sobre a aplicação desses dispositivos, decisões contra as quais cabe recurso para a Comissão de Constituição e Justiça sem efeito suspensivo. VIEIRA, Fernando Sabóia. Poderes e atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados no processo decisório legislativo. In: *Para além das urnas: reflexões sobre a Câmara dos Deputados*. NICOLAU, Jairo; BRAGA, Ricardo de João. (orgs.). Brasília: Centro de documentação e informação da Câmara dos Deputados, 2011, p. 93-120.

⁴⁷⁶ Exemplo disso é a institucionalização do colégio de líderes, responsável pela construção da pauta legislativa, e também pelo voto de liderança no Senado, instituto que permite aos líderes votar em nome de seus correligionários em determinados casos. Ambos os tópicos são bem desenvolvidos por ESTEVES, Luís Fernando Gomes. *Processo Legislativo no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, pp. 68-84 e 128-149.

⁴⁷⁷ Embora já se tenha referido ao tema quando da exposição do modelo partidário, convém realçar que o Congresso brasileiro é marcado por altas taxas de disciplina nas votações, sendo infrequentes casos nos quais as orientações da liderança da agremiação não são seguidas pela respectiva bancada. Bruno Carazza, atualizando dados levantados por Fernando Limongi e Argelina Cheibub, aponta que, no intervalo entre 1999 e 2017, mais de 80% dos membros de todos os partidos com representação congressional seguiram as recomendações das lideranças partidárias. O universo da pesquisa foi composto por 1602 votações de proposições legislativas. CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: As engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 119.

⁴⁷⁸ Entre as atribuições das lideranças partidárias, destaca-se a de indicar e substituir, a qualquer tempo, os participantes das comissões temáticas. “Embora o ingresso dos deputados nas comissões possa expressar a adoção de diferentes critérios de seleção pelos partidos, é assegurada ao líder a prerrogativa de indicar e substituir, a qualquer tempo, os membros da bancada que irão compor as comissões, sendo esse recurso mobilizado, principalmente, em votações estratégicas. A capacidade de monitorar e sancionar o ingresso dos deputados nas comissões confere ao líder, portanto, condições relevantes para antecipar e reagir às estratégias dos deputados individuais no interior dessa instância decisória.” INÁCIO, Magna. Estrutura e Funcionamento da

Sob esse cenário institucional previsto pela Constituição e moldado pelos regimentos internos congressuais, a coordenação entre o governo e o parlamento implica a construção de uma agenda comum da coalizão⁴⁷⁹, estabelecida e viabilizada mediante acordos prévios, nos quais os partidos prometem apoio aos projetos do Executivo em troca de determinados benefícios negociados caso a caso⁴⁸⁰, fórmula que também vem sendo utilizada por grupos privados de interesses ciosos pela conquista de benefícios via Legislativo⁴⁸¹.

Estabelece-se, portanto, um sinalagma político, cujo objeto é o processo legislativo e cuja consequência precípua é a antecipação das preferências da maioria componente da respectiva coalizão. Na prática, em situações capazes de mobilizar o Executivo ou determinados grupos privados de interesses, os votos da maioria de parlamentares são definidos fora do ambiente parlamentar, previamente ao início do processo legislativo, que se revela pobre sob a perspectiva deliberativa⁴⁸².

Câmara dos Deputados. In: MELO, Carlos Ranulfo; SAEZ, Manuel Alcântara (Org.). *A Democracia brasileira – Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 212.

⁴⁷⁹ Argelina Cheibub e Fernando Limongi demonstram que, num cenário de coalizão funcional entre executivo e legislativo, as agendas do poder executivo e do poder legislativo se fundem numa agenda majoritária (ou agenda do governo), que engloba os diferentes interesses existentes na base governamental e que se impõe frente às agendas minoritárias. CHEIBUB, Argelina; LIMONGI, Fernando. Poder de agenda e políticas substantivas, In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lucio. *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

⁴⁸⁰ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 77

⁴⁸¹ Bruno Carazza, em levantamento estatístico no qual foram cruzados dados do legislativo com informações da Justiça Eleitoral, aponta que os líderes partidários recebem, em comparação com deputados e senadores não líderes, maior volume de doações eleitorais provenientes empresas interessadas nos resultados legislativos, sobretudo em medidas com repercussão tributária. O autor se refere tanto a doações lícitas quanto a aportes não contabilizados no registro eleitoral e, também, destaca vários episódios alarmantes envolvendo recebimento de propina por líderes partidários. CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: As engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 131-139.

⁴⁸² “Si la decisión política se sitúa fuera del parlamento, lo mismo ocurre con la negociación que antecede a esta decisión, es decir, el contacto con los grupos de intereses afectados por la ley. Entendido el proceso de decisión política como el conjunto de actos de naturaleza política que contribuyen de una u otra manera a dar contenido a la norma (frente a el carácter jurídico de los actos que componen el procedimiento legislativo), en la medida en que ese proceso de decisión si ha separado del procedimiento parlamentario para situarse fuera de éste, en el ámbito gubernamental, tampoco el diálogo con los grupos de presión, de interés o las organizaciones sociales tiene lugar con el diputado sino con la burocracia administrativa. El procedimiento legislativo se convierte así en elemento legitimador de decisiones adoptadas fuera de las Cámaras, que responden normalmente a los compromisos adquiridos en el programa político sometido a los ciudadanos en las anteriores elecciones. De tal forma que el contenido de la ley estará de algún modo prefijado antes de ser remitido el proyecto al Parlamento.” MÁRQUEZ. Piedad García-Escudero. *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2006, pp. 46-47. Em sentido muito semelhante, Bernad Manin, referindo-se a “democracias de partidos” e à “democracia do público”, ressalta que o Parlamento deixa de ser o fórum do debate político. “Na democracia de partido, as sessões plenárias do Parlamento não são mais um fórum de debates deliberativos. Uma rígida disciplina comanda o voto no interior de cada campo de forças. Além disso, uma vez determinada a posição do partido, os deputados não podem mudar de opinião em função dos debates. Por último, as posições de cada campo, no interior do Parlamento, são quase sempre as mesmas, qualquer que seja o assunto posto em votação. O partido da maioria sistematicamente apoia as iniciativas do governo, enquanto a minoria lhe faz oposição. Isso sugere que os deputados não avaliam

Ao invés de um grande fórum de planejamento e discussão, no qual todos são ouvidos e em que se decide com base no melhor argumento, o parlamento se transforma num teatro legal⁴⁸³, palco de um jogo de cartas marcadas⁴⁸⁴ no qual o uso da técnica da decisão majoritária não corresponde a critério ótimo de justiça democrática, por deixar de refletir neutralidade em relação aos resultados, que já são previamente conhecidos quando da troca de pontos de vista e da contagem dos votos, nesse cenário em que há incentivos muito diversos para determinados grupos de votantes⁴⁸⁵. As motivações democráticas deixam de ser apresentadas ou são escamoteadas, usadas tão somente para encobrir interesses costumeiramente não republicanos, que não seriam aprovados pela maioria caso fossem conhecidos e submetidos a debate.

Esse risco de disfuncionalidade democrática, de baixa propensão ao confronto entre ideias para o qual o processo legislativo é vocacionado, concorre – no outro extremo da indesejabilidade da relação entre Legislativo e Executivo – com um cenário de paralisia decisória, em que não se consegue construir e fazer avançar uma agenda de proposições voltadas aos desafios sociais cujo enfrentamento e solução política se impõem, gerando o risco de desestabilizar e de descapitalizar politicamente os governos. Mirando a história

as propostas em função do seu mérito, mas assentam suas decisões em considerações extrínsecas. O Parlamento não é mais um lugar onde se chega a um acordo de maioria sobre políticas específicas a partir de posições inicialmente divergentes. A posição da maioria já está fixada antes de começarem os debates. As sessões do Parlamento e as votações apenas conferem um selo de validade legal a decisões tomadas em outros lugares.” MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Tradução: Vera Pereira. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. v. 10, n. 29. São Paulo, 1995.

⁴⁸³ A expressão é utilizada, em outro contexto, por ROCHA NETO, Luiz Henrique da. *Processo Legislativo: um teatro legal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

⁴⁸⁴ Por sinal, recentemente foi lançada ferramenta de inteligência artificial que se propõe a prever o resultado das votações das proposições apresentadas ao legislativo brasileiro, calculado as probabilidades de cada projeto ser aprovado ou rejeitado, a partir de múltiplos parâmetros de análise, técnicos e políticos. Em 2019, o serviço afirma ter previsto corretamente 97,5% dos arquivamentos e 72% das conversões em lei. Sobre o tema, ver: <https://www.jota.info/legislativo/aprovometro-projetos-previsao-09012020>. Acesso em 06/01/2020.

⁴⁸⁵ Lembre-se de que esse é um dos argumentos centrais esboçados por Jeremy Waldron na defesa dos parlamentos como instâncias políticas legítimas para a utilização da regra da decisão majoritária. Na sua visão, a maioria de votos de legisladores refletiria com fidedignidade aceitável a maioria da coletividade representada: “Para os legislativos, utilizamos uma versão da DM [decisão majoritária] para escolher representantes e uma versão da DM para tomar decisões entre os representantes. A teoria é a de que, juntas, essas versões fornecem uma aproximação razoável do uso da DM como processo decisório entre a coletividade dos cidadãos como um todo (e, assim, uma aproximação razoável da aplicação dos valores subjacentes à DM à coletividade dos cidadãos como um todo).” WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. Tradução: Adauto Vilella. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alípio; GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 137. Esse raciocínio aparece com ainda mais força noutro texto, em que Waldron denuncia a incorreção democrática da resolução de casos politicamente muito controversos por minorias judiciais estreitas. Para ele, seria inclusive impreciso se referir a uma dificuldade contramajoritária do Judiciário, já que, nesse casos e em tantos outros, os tribunais também aplicam a regra da maioria como critério de decisão. Se os julgamentos colegiados são decisões da maioria de juízes, é preferível referir-se a uma dificuldade antidemocrática da jurisdição constitucional. WALDRON, Jeremy. Five to Four: Why do bare majorities rule on courts? *The Yale Law Journal*, v. 123, n. 6, 2014.

política brasileira recente, percebem-se graves dificuldades quanto à equalização produtiva e proveitosa dessa relação entre o Poder Executivo e o processo legislativo.

De toda forma, entre sucessivas crises ambientadas no Parlamento e novidades institucionais que buscam aperfeiçoar o sistema, a fórmula do presidencialismo de coalizão vai resistindo aos solavancos, e conhecê-la ainda parece necessário aos que pretendem estudar e compreender a dinâmica política nacional⁴⁸⁶.

O sistema brasileiro de formação de coalizões parlamentares – contrariando as previsões de cientistas políticos, que, desde a década de 1990, viam a alta fragmentação política como indicativo de óbice à governabilidade – demonstrou capacidade para promoção de estabilidade e para consecução de políticas públicas que vêm ajudando a melhorar condições econômico-sociais endêmicas⁴⁸⁷. Há de se reconhecer avanços sociais e econômicos importantes construídos pelo caminho da política institucional, advindos do processo legislativo.

Por outro lado, num retrospecto da vida política nacional desde o fim da ditadura militar derrotada em 1985, sobressaem-se crises políticas graves entre o Poder Executivo e o parlamento, algumas das quais se agudizaram para resultarem na aprovação de dois impeachments presidenciais num intervalo de apenas 25 anos. Como indicador de recente tendência de instabilidade, tem sido cada vez mais comum que o Poder Judiciário, instado a julgar virtuais ilicitudes a respeito do processo legislativo, desempenhe um papel político tão

⁴⁸⁶ Vicente Palermo, revisitando as instituições políticas brasileiras, chama a atenção para mudanças importantes nas últimas duas décadas. O conceito de governabilidade, por exemplo, agora deve exigir a efetivação de boas políticas públicas. Entretanto, não obstante as múltiplas diferenças elencadas, permanecem os pontos essenciais do dilema envolvido na formação de maiorias legislativas. O arranjo das coalizões, se não constitui a solução ideal, entrega a melhor resposta possível à luz das limitações pragmáticas brasileiras. “Even if the concept of coalitional presidentialism assumed a 'dialectical form' "in the sense that it can accommodate insights from both the 'pessimists' and the 'optimists' at the same time" this dialectical form would not be completely comprehensive, as pessimistics and optimistic still maintain independent positions. The coexistence of an ungovernability diagnoses with a governability one was born at the beginning of 2000s and still prevails. PALERMO, Vicente. Brazilian political institutions: an inconclusive debate. *Brazilian political Science review*, v.10, n. 2, 2016, p. 6.

⁴⁸⁷ São inúmeros os exemplos de inovações legislativas que produziram bons resultados no Brasil. Do fortalecimento de instituições à proteção de direitos das minorias, o Poder Legislativo tem sido peça importante para a inclusão social. Um inventário dos inúmeros programas relevantes nascidos da cooperação entre os poderes executivo e legislativo nas últimas décadas consta do trabalho de ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *As políticas da política: desigualdades e inclusão nos governos do PSDB e do PT*. São Paulo: Editora Unesp, 2019, e, também, do livro de ANDERSON, Perry. *Brasil à parte*. Tradução: Alexandre Barbosa de Souza. São Paulo: Boitempo, 2020. Vale mencionar, também, a bem-sucedida estratégia de combate à fome e à extrema pobreza realizada por meio do Programa Bolsa Família. THOMÉ, Débora. *O Bolsa Família e a social-democracia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

relevante quanto questionável no curso das relações institucionais entre os agentes políticos eleitos⁴⁸⁸.

Além disso, a revelação de diversos episódios de corrupção envolvendo o processo legislativo, nos quais ilícitos envolvendo pagamentos para congressistas e partidos figuraram como instrumentos precípuos de formação e manutenção das coalizões parlamentares, mantém acessa a desconfiança a respeito do preço ético de formação e manutenção das coalizões, sendo recorrente a indagação sobre se um sistema político calcado em ilicitudes seria digno de alguma coisa⁴⁸⁹.

Por sinal, o impeachment que pôs fim ao governo de Dilma Rousseff, em 2016, reacendeu dúvidas até mesmo quanto à capacidade do modelo institucional brasileiro de promover estabilidade política e governabilidade. Se a obediência ao tradicional receituário da manutenção da coalizão governista – até então assimilado como tática ideal de êxito nas votações parlamentares⁴⁹⁰ – não foi sequer capaz de gerar o terço de votos necessários para a sobrevivência do governo⁴⁹¹, parece mesmo importante questionar se não teriam implodido as bases teóricas do neoinstitucionalismo brasileiro e submeter o modelo à reavaliação completa, também em virtude das constantes modificações que vêm sofrendo as variáveis institucionais da política brasileira desde quando a fórmula das coalizões foi esboçada pelos politólogos.

⁴⁸⁸ Andrea Scoserea Katz, após analisar as características e as crises do modelo institucional brasileiro, salienta a tendência de o Poder Judiciário figurar como árbitro relevante de escolhas políticas essenciais à dinâmica política e ao processo legislativo, suscitando dúvida quanto à conveniência dessa atuação: “With Congress so weak, the judiciary has taken on a larger and larger role in the legislative process. The result is to force that process to respond to norms of transparency and rationality that are totally alien to it, from a cultural point of view, and nearly impossible to achieve, for the structural reasons already discussed.” KATZ, Andrea Scoserea. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de Informações Constitucionais*, v. 5, n. 3, p. 77-102, 2018.

⁴⁸⁹ Vicente Palermo bem percebe que a corrupção, embora possa ser percebida como um instrumento útil à viabilização de coalizões parlamentares, é, ao mesmo tempo, um fator disruptivo de crise política e de implosão da governabilidade. PALERMO, Vicente. Brazilian political institutions: an inconclusive debate. *Brazilian political Science review*, v.10, n. 2, 2016, p. 10.

⁴⁹⁰ Desde a redemocratização, iniciada no fim da década de 1980, o Brasil já experimentou, pelo menos, trinta coalizões diferentes de governo, dentre elas alianças minoritárias (ou seja, que não representavam mais de 50% das cadeiras no Legislativo) capazes de garantir a dominância do Executivo e índices de sucesso dos interesses governistas nas votações legislativas. LUZ, Joyce; AFLALO, Hannah; DUTRA, Ana Beatriz. A relação Executivo-Legislativo revisitada. In: DANTAS, Humberto (Org.). *Governabilidade: para entender a política brasileira*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 58, catalogam vinte e nove coalizões diferentes de 1980 até 2018.

⁴⁹¹ No segundo mandato presidencial de Dilma Rousseff, interrompido pelo Congresso Nacional, foi mantida a fórmula de distribuição de cargos para partidos detentores de posições no Legislativo, registrando-se pequenas variações quanto a um aumento do número de Ministérios sob o comando do partido da Presidente (PT), simultaneamente a uma tímida diminuição do número de pastas entregues ao maior partido do bloco governista, o PMDB, alterações incapazes de explicar, por si sós, o impeachment, porque desproporcionais à debandada de apoio no congresso que resultou na queda do governo.

Dentre as mudanças responsáveis por essa impressão, destaca-se o aumento no número de partidos políticos com representação no congresso nacional, crescente desde 1988⁴⁹², acarretando modificação dos perfis das bases governistas e, também, da lógica de negociação política, ante a diminuição da relevância do partido do governo como um ator decisório no parlamento. Uma vez que as bancadas das agremiações, em geral, diminuíram muito de tamanho, reduziu-se, naturalmente, seu peso na tomada das decisões legislativas. Enquanto na legislatura iniciada em 1994 era necessário o apoio das bancadas de apenas três partidos para atingir maioria de votos na Câmara dos Deputados; em 2018, a formação da maioria já dependia da convergência integral de membros de pelo menos sete agremiações⁴⁹³.

2.4.1.1 Reações institucionais ao presidencialismo de coalisção: reformas eleitorais, restrições à distribuição de cargos e orçamento impositivo.

O próprio mercado político produziu reação a essa tendência de fragmentação, valendo-se da aprovação de regras de Direito Eleitoral mais rígidas quanto à disciplina e ao financiamento partidário. Foi instituída proibição de coligações em pleitos proporcionais, bem como cláusula de desempenho eleitoral, passando a ser exigida das agremiações a obtenção de um número mínimo de votos como condição para obtenção de recursos do fundo partidário e de acesso ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão.

Nesse contexto, foi reconhecido, em favor de candidatos eleitos por agremiações que ficaram abaixo do teto, o direito de migração para partidos que atingiram o percentual mínimo sem a incidência das sanções decorrente da infidelidade partidária, o que estimula

⁴⁹² No ano eleitoral de 2018, havia trinta e cinco partidos políticos em funcionamento, além de setenta e três processos para abertura de novos partidos em andamento perante o Tribunal Superior Eleitoral.

⁴⁹³ DANTAS, Humberto; RAMOS, Lara Mesquita; TANAKA, Marcela. Governabilidade e sistema eleitoral no Brasil. In: DANTAS, Humberto (Org.). *Governabilidade: para entender a política brasileira*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p.41. Sérgio Abranches, em recente artigo dedicado a analisar o cenário político advindo da eleição de 2018, faz referência a um “fim do ciclo PT-PSDB do presidencialismo de coalizão na Terceira República, que organizara governo e oposição desde 1994.” Relativamente à dinâmica do jogo político entre o Executivo e as bancadas parlamentares, Abranches enfatiza as diferenças significativas decorrentes da diminuição das bancadas de partidos tradicionais. Dados por ele apresentados merecem atenção, destacando-se: “Um nítido desalinhamento partidário, com redução acentuada do tamanho médio das bancadas e aumento de 30% da fragmentação. Em 1994, os cinco maiores partidos controlavam 70% das cadeiras. Em 1998, atingiram o máximo de concentração da representação, com 79% das cadeiras. Em 2014, já havia caído para 51% das cadeiras e, em 2018, as cinco maiores bancadas ganharam apenas 41% das cadeiras. O tamanho médio dos cinco maiores partidos representados na Câmara caiu de 72 deputados, em 1994, e 81, em 1998, para 53 em 2014 e 43, em 2018. ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: *Democracia em risco?* : 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 13.

fusões e incorporações partidárias⁴⁹⁴, à proporção que reduz incentivos financeiros para a criação e manutenção de legendas com baixa expressão eleitoral⁴⁹⁵. Todavia, como se trata de medida a ser progressivamente implementada, é correto sustentar que o aumento no número de partidos (e a consequente redução do tamanho médio das bancadas parlamentares) continua sendo fator de dificuldade para a formação de coalizões hipermajoritárias.

Outra iniciativa legislativa que pretende amenizar efeitos deletérios da lógica das coalizões legislativas é a proibição de que congressistas, integrantes da cúpula de partidos políticos, pessoas que participaram da estruturação de campanhas eleitorais ou ainda que exerçam cargo em organização sindical assumam postos de administração ou do conselho de empresas públicas e de sociedades de economia mista, restrição veiculada na lei 13.303/2016⁴⁹⁶. A medida deve ser lida como um incentivo institucional para que o Executivo utilize com maior rigor e cuidado suas moedas de troca com o Legislativo, evitando-se, inclusive, nomeações impostas por partidos integrantes da base do governo, por meio das quais pessoas sejam recrutadas unicamente devido a seu histórico de militância, muitas vezes com desatenção às qualificações e experiências técnicas indispensáveis para o exercício de funções relevantes. Trata-se, portanto, de tentativa aparentemente bem-sucedida de amenizar a prevalência absoluta da lógica partidária anteriormente referida.

⁴⁹⁴ Por efeito da Emenda à Constituição nº 97/2017, na eleição de 2018, os partidos deveriam obter um mínimo de 1,5% dos votos válidos nacionais para deputado federal, com total igual ou maior do que 1% dos votos em pelo menos nove estados. Alternativamente, superariam a barreira caso conseguissem pelo menos de nove deputados federais em diferentes estados. Essa barreira subirá, em gradação, até o pleito de 2030, a partir de quando os partidos deverão obter um mínimo de 3% dos votos nacionais distribuídos, necessariamente, em pelo menos um terço das unidades da federação, com 2% dos votos válidos em cada uma delas; ou eleger pelo menos 15 deputados, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação. Para uma análise da evolução história da legislação partidária e de sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação à competição eleitoral, ver SALGADO, Eneida Desiree. Índice de democracia intrapartidária: uma proposta de mensuração a partir dos estatutos dos partidos políticos brasileiros. Relatório de pesquisa pós-doutoral em ciência política. Universidade Federal do Paraná, 2019, esp. cap. 1.

⁴⁹⁵ Vale ressaltar a posição defendida por Wanderley Guilherme dos Santos, no sentido de que partidos pequenos são muito importantes para o sistema político brasileiro, sobretudo pelo seu papel nas eleições municipais e estaduais, nas quais representam alternativas viáveis para a contestação e alternância do poder político local, contribuindo para a universalização da competição partidária no país. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A difusão parlamentar do sistema partidário: exposição do caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2018, p. 52.

⁴⁹⁶ A norma não alija os partidos ou sindicatos de sua natural vocação de ambientes de formação de pessoas capazes de ocupar os cargos públicos, exatamente com a finalidade de implementar as diretrizes ideológicas e programáticas da agremiação. Essa disposição apenas fica direcionada às autarquias e fundações, entidades com personalidade de direito público, em que se sobressai o caráter político de atuação em comparação às empresas pública e sociedades de economia mista, com personalidade jurídica de direito privado, cuja atuação econômica se submete mais amplamente ao regime concorrencial. O referido dispositivo da lei federal 13.303/16 foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade movida por associações de classe e entidades sindicais. Trata-se da ADI nº 5624, por meio da qual a constitucionalidade de diversos dispositivos da lei é questionada, e cujo julgamento da medida cautelar, referendado pelo plenário, não alcançou a questão aqui tratada.

Ainda na esteira de mudanças institucionais que repercutem nas relações políticas entre Executivo e Legislativo, especialmente no que diz respeito às trocas relevantes para o comportamento decisório dos parlamentares no processo legislativo, não se pode deixar de tratar de reformas constitucionais recentes que atingiram aspectos da participação do Legislativo na elaboração do orçamento público, provenientes das emendas à Constituição nº 86/2015 e nº 100/2019.

Como se sabe, compete ao Executivo apresentar a programação orçamentária do governo, sujeita à aprovação e às emendas do Congresso Nacional, havendo verdadeiro regime de coautoria dos Poderes quanto às escolhas orçamentárias. Os parlamentares, em exemplo de atuação tipicamente distributivista, apresentam emendas individuais à lei de orçamento anual, com vistas à obtenção de recursos, requeridos para serem destinados às suas bases eleitorais⁴⁹⁷. Anteriormente à vigência da emenda constitucional nº 85/2016, o Executivo detinha discricionariedade plena quanto à execução dessas despesas, de sorte que a faculdade de contingenciar tais recursos ou mesmo de negar-lhes implementação era amplamente utilizada como estratégia de obtenção de apoio parlamentar pelo Executivo⁴⁹⁸.

Embora essas barganhas políticas entre os poderes envolvendo a liberação de dotações orçamentárias pelo Executivo persistam ativas, inseriu-se na Constituição um percentual mínimo de programações orçamentárias advindas de emendas parlamentares (individuais e de bancadas) à lei orçamentária anual (tendo como referencial contábil a receita corrente líquida) cuja execução passou a ser obrigatória⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ A prática das emendas orçamentárias apresentadas individualmente por parlamentares é usual no Brasil. Tanto assim que, há mais de quinze anos, tem se incluído na lei de diretrizes orçamentárias dispositivo que institui reserva de recursos a serem exclusivamente alocados pelo Legislativo. Nesse sentido, Repensando a gestão das finanças públicas no Brasil. TOLLINI, Hélio Martins. Repensando a gestão das finanças públicas no Brasil. In: SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto (Organizadores). Finanças públicas: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016

⁴⁹⁸ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre executivo e legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. Dados: Revista de Ciências Sociais, v. 45, n.2, 2002, p. 265-301.

⁴⁹⁹ Nos termos dos parágrafos 9 e 11 do art. 166 da Constituição Federal, emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde, nos termos da alteração constante da emenda à Constituição nº 86/2015. A Constituição menciona critérios de execução equitativa, além de exigir conformidade dessas emendas à lei de diretrizes orçamentárias e ao plano plurianual. Defendendo que essa reforma constitucional não acarretou grandes mudanças na política orçamentária nacional, SANTOS, Núbia Cristina Barbosa; GASPARINI, Carlos Eduardo. Orçamento impositivo e relação entre poderes no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 31, 2020, p. 339-396. Também merece destaque a determinação constante da emenda constitucional 100/2019, que estendeu a obrigatoriedade de execução de até 1% da receita corrente líquida realizada no exercício anterior para as programações orçamentárias provenientes de emendas de bancada de parlamentares de estado ou do Distrito Federal.

Frise-se que, nos termos da Constituição, não consta que cada uma das emendas individuais tenha passado a ser mandatória, mas sim que será garantida a execução financeira do montante do percentual reservado para o gênero “emendas parlamentares”. Nesse passo, inseriu-se, no parágrafo 19 do artigo 165, cláusula que busca concretizar a previsão de execução equitativa contida no parágrafo 11 do mesmo artigo, que faz menção a critérios objetivos, imparciais e impessoais a serem adotados na liberação das dotações, no intuito de impedir que o Executivo promova discriminações pelo fato de as emendas terem sido propostas por parlamentares ou bancadas não integrantes da coalizão.

Não obstante seja razoável entender que essas alterações constitucionais foram instituídas visando a enfrentar a subserviência do Legislativo em relação ao Executivo no plano orçamentário, a prática política revela distância entre intenção e gesto. Se, por um lado, a ação do Congresso pretendeu estabelecer critérios isonômicos e assim impor limites à instrumentalização do orçamento pelo presidencialismo de coalizão, dela advieram outras implicações dignas de atenção.

Quanto à economia interna da formação e da gestão da coalizão presidencial, por exemplo, autores enxergam essas mudanças no regramento do orçamento como um gatilho para o aumento abrupto dos custos de transação da formação e da manutenção das alianças parlamentares, uma vez que essa tendência de universalização de execução das emendas parlamentares termina por fixar um patamar mais alto para o custo do apoio político, instituindo um piso mínimo de barganha⁵⁰⁰. Se todos os congressistas dispõem de uma quota orçamentária, é preciso dispor de valores que a superem para atrair os parlamentares, e assim viabilizar a formação de uma aliança política guiada pela lógica retributiva.

O fato de todos os parlamentares merecerem quotas, por sua vez, não significa que uns não possam barganhar por fatias maiores, por meio da apresentação de emendas que ultrapassem o valor correspondente a uma quota parlamentar individual, ou que o Executivo não possa condicionar a execução dessas verbas à prestação de apoio político no parlamento⁵⁰¹, de modo que a lógica distributiva não é desarmada.

⁵⁰⁰ PEREIRA, Carlos. Orçamento impositivo: fim da barganha? 2014. Disponível em: <<https://ebape.fgv.br/noticias/professor-fala-sobre-o-orcamento-impositivo-no-valor-economico>>. Acesso em 08/05/2020.

⁵⁰¹ Os parágrafos 13 e 14 do artigo 166 da Constituição tratam das hipóteses em que emendas individuais não serão obrigatoriamente executadas. Referem-se a impedimentos de ordem técnica, além de incompatibilidades com programações constantes na lei de diretrizes orçamentárias. Por sua vez, o parágrafo 17 prevê a possibilidade de essas emendas constituírem restos a pagar, ao passo que o parágrafo 18 dispõe que o percentual

Já no que diz respeito à competição eleitoral, deveras pertinente a crítica segundo a qual essa lógica de execução orçamentária de emendas parlamentares institui fortes desigualdades entre aqueles candidatos que postulam a sua reeleição e aqueles outros que concorrem para um primeiro mandato, revelando-se deletéria à luz da disciplina concorrencial das eleições⁵⁰². Com efeito, a destinação continuada de recursos em favor de circunscrições eleitorais do interesse dos parlamentares, ao longo do mandato, reverte-se em instrumento clientelista de obtenção de votos⁵⁰³, capaz de influenciar o eleitorado, tornando o processo eleitoral desequilibrado, extremamente desfavorável aos candidatos estreantes, que não contam com tais possibilidades de participarem ativamente na vida financeira dos Estados e Municípios. As campanhas dos que buscam reeleição partem sempre em larga vantagem econômica e publicitária, difícil de ser revertida.

Essa dinâmica orçamentária, longe de desmobilizar a lógica de barganha financeira que permeia a formação e manutenção de coalizões legislativas⁵⁰⁴, tende a favorecer o encarecimento das trocas que marcam as relações entre o Executivo e os Parlamentares. Tampouco faz do Legislativo um executor relevante de políticas públicas, tendo em conta o percentual ínfimo de que dispõe em cotejo com a multiplicidade de interesses dos diversos congressistas (o que torna especialmente difícil haver coordenação e continuidade na alocação dessas verbas), e ainda se associa a um custo democrático altíssimo de desequilíbrio do mercado eleitoral, mostrando-se temerária à alternância de poder no Legislativo, porquanto dificulta a ascensão de novos quadros políticos ao Parlamento.

de execução obrigatória de emendas parlamentares pode vir a ser reduzido, caso produza estimativa de não cumprimento da meta fiscal estabelecida na lei de diretrizes orçamentárias, sendo correto concluir que nem sequer o valor referente à quota parlamentar goza de garantia absoluta de implementação pelo Executivo.

⁵⁰² LIMA, Eduardo Martins; VIANA, Priscila Ramos. As relações entre o executivo e o legislativo na elaboração do orçamento brasileiro: considerações sobre a emenda constitucional 86/2015. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, v. 2, n. 2, 2016, p. 202.

⁵⁰³ Essa lógica de distribuição de recursos pelos parlamentares abre os caminhos para a instituição de alianças políticas alimentadas permanentemente por dinheiro público, por meio das quais prefeituras recebem verbas advindas do orçamento parlamentar, e os prefeitos se comprometem a obter votos em favor do congressista. Por sinal, a Emenda à Constituição nº 105/2019 passou a autorizar a transferência direta a Estados, Municípios e ao Distrito Federal de recursos de emendas parlamentares individuais ao Orçamento. Os repasses, inclusive, independem da realização de convênio.

⁵⁰⁴ Mesmo anteriormente à aprovação das emendas à Constituição acima referidas, essa opinião a respeito da baixa relevância das emendas orçamentárias parlamentares na dinâmica das coalizões legislativas e mesmo na participação do Congresso no processo orçamentário já era perfilhada por autores relevantes, tais como LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Processo orçamentário e comportamento legislativo: emendas individuais, apoio ao executivo e programas de governo. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, p. 737-776. Os autores destacavam, sobretudo, o valor inexpressivo das emendas em comparação à capacidade orçamentária à disposição do Executivo, além do fato de que as alocações dos parlamentares deveriam, necessariamente, encaixar-se na programação orçamentária de médio e longo prazo do Executivo, sob pena de terem sua execução rejeitada.

Eventuais vantagens desse arranjo orçamentário, portanto, parecem desinfluentes aos resultados do processo legislativo.

2.4.1.2 O papel das coalizões parlamentares diante de presidentes antidemocráticos

Finalmente, ainda em relação às mudanças e aos fatores supostamente capazes de refutar ou de superar a dinâmica das coalizões legislativas, é indispensável atentar para a mudança abrupta do tom das relações interinstitucionais, o que vem submetendo o Poder Legislativo a duros testes, com especial intensidade no ano de 2020⁵⁰⁵.

A coligação vencedora das eleições presidenciais de 2018 pautou a campanha por discurso que investia contra as instituições e que denunciava, especialmente, as relações políticas entre o Executivo e o Congresso como supostas causas dos fracassos dos governos, prometendo que reduziria ao máximo a interlocução política com os partidos e com o parlamento.

Essa postura de detração do presidencialismo de coalizão vem se cumprindo, porém associada a tom perigosamente autoritário, desde o início do governo, marcado pelo uso desmesurado dos mecanismos legislativos à disposição do Presidente como tentativa de minar a participação congressional nas decisões de políticas públicas. Veem-se medidas provisórias e determinações infralegais desrespeitosas dos limites da atuação normativa do executivo e também da Constituição, o que tem provocado sucessivos revezes ao governo no Parlamento⁵⁰⁶ e nos tribunais⁵⁰⁷, ante o aumento da judicialização dessas questões.

⁵⁰⁵ SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Contracorrente, 2020, esp. pp. 262-263.

⁵⁰⁶ Um caso simbólico de reação legislativa à extrapolação de poderes regulamentares por parte do Executivo se vê no Projeto de Decreto Legislativo 233/2019, aprovado no Senado Federal, por meio do qual foi derrubado o Decreto 9785/2019 do Executivo Federal, elaborado para alterar, com patente afronta à reserva de lei, diversos pontos da Lei 10.826/2003, o Estatuto do Desarmamento. Em seguida, esses Decretos do Executivo foram revogados, tendo sido encaminhado projeto de lei ao Congresso Nacional sobre o tema.

⁵⁰⁷ Como exemplos recentes de decisões legiferativas do Poder Executivo anuladas pelo Supremo Tribunal Federal, podem ser mencionadas a Medida Provisória 966/2020, que isentava agentes públicos de responsabilização diante de inobservância de critérios técnicos e científicos no contexto do surto do novo coronavírus (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421); o Decreto 9759/2019, que extinguiu órgãos colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6121); a Medida Provisória 967/2020, nas partes em que não considerava como doença ocupacional contaminações pelo novo coronavírus e em que limitava a atuação de auditores do trabalho à mera orientação (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6342); a Medida Provisória 928/2020, que autorizava o Executivo a descumprir preceitos da Lei de acesso à informação, Lei 12.527/2011 (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6351).

Ao persistir nessa estratégia de desarticulação política do Executivo com o Congresso, o Presidente abre mão de influenciar na agenda do legislativo, o que impõe dificuldades à aprovação das proposições de interesse do governo, quadro de paralisia decisória de resto agravado pela fragmentação partidária associada à indisposição do Executivo em permitir que membros de outros partidos integrem a equipe de governo, formada massivamente por integrantes das forças armadas e por neófitos no exercício de cargos públicos e de funções política e intelectualmente relevantes.

Nesse cenário propenso ao desenrolar de crises políticas entre as instituições, as tensões entre os Poderes se ampliam, e discursos perigosos, abertamente antidemocráticos, de ruptura institucional, passam a ser defendidos por integrantes e apoiadores do governo.

Ante a iminência de desestabilização política e o risco sempre presente de impedimento do presidente, o discurso eleitoral que prometia recusar as interações com partidos e parlamentares vem sendo revisto e inequivocamente desdito, sem que se vislumbre, contudo, a esperada contrapartida do advento das boas condições de governabilidade. Depois de renegados os canais comunicativos que possibilitariam a interação política com o Parlamento e com a sociedade, restou a um governo enfraquecido a formação improvisada, em pleno curso do mandato, de uma rede minoritária de apoio, uma coalizão defensiva e precária, meramente capaz de obstar um *impeachment*, e não voltada para a aprovação de proposições do interesse do Executivo.

Assiste-se ao governo recorrer às práticas distributivas mais tradicionais, mas sem conseguir alcançar número de parlamentares suficiente para o êxito do governo no processo legislativo.

Ressalvadas as diferenças insuperáveis entre os dois últimos presidentes eleitos e entre seus programas⁵⁰⁸, ambos se mostraram pouco hábeis no manejo dos instrumentos institucionais à sua disposição para a formação de maiorias congressuais, tendo seus governos

⁵⁰⁸ Sob a atual presidência, assiste-se a um movimento de deslizamento paulatino da democracia em direção ao autoritarismo, à proporção em que pautas políticas claramente antidemocráticas são defendidas por setores do governo, o que não acontecia no governo Rousseff. Adam Przeworski denomina de autoritarismo furtivo esse processo de erosão da democracia, em que movimentos antidemocráticos conseguem triunfos no campo político e, respeitando as formalidades jurídicas com o intuito de embaçar a percepção do eleitorado, passam a impor testes às instituições e a romper as leis. O autor identifica uma tendência de alargamento dos poderes do Executivo e de supressão das expressões políticas (institucionais ou não) que contrariem os governos, diagnosticando um processo incremental de enfraquecimento das condições essenciais da democracia e dos direitos sociais e políticos. PRZEWORSKI, Adam. *As crises da democracia*. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, esp. cap. 9.

sido marcados pela ausência de predominância de suas agendas políticas no parlamento⁵⁰⁹. Por diferentes razões em contextos muito díspares⁵¹⁰, remarque-se, nos dois governos a lógica das coalizões legislativas foi de certa forma rompida⁵¹¹. Não por acaso, nas duas ocasiões, enfraqueceram-se as instituições e o regime democrático.

2.5 Conclusão do capítulo

Rememorando as bases político-filosóficas enunciadas no capítulo anterior, viu-se que um processo democrático de deliberação deve expor à opinião da sociedade os interesses políticos que se pretendem transformar em políticas públicas, a fim de estimular o confronto de ideias na esfera pública. O processo legislativo deve ser instrumento discursivo de mensuração – com as limitações de fidedignidade impostas pela representação política – do nível de apoio popular de que desfrutam as proposições.

Essa estruturação processual pretensamente racional, apesar de se mostrar fundamental para dotar as rotinas legislativas de adequação democrática, não deve pretender anular o domínio da política, fator precípua e determinante da atuação parlamentar⁵¹². Se o

⁵⁰⁹ Octávio Amorim Neto, após constatar que o segundo governo de Dilma Rousseff manteve a composição ministerial heterogênea e multipartidária existente nos governos de Lula da Silva, chama atenção para o fato de que a crise política que resultou no *impeachment* nasceu anteriormente ao agravamento da crise econômica, e teve como epicentro o Parlamento, sintomatizada numa tendência de insulamento do partido da Presidente, o que se agravou com a progressiva retirada do PMDB da base do governo. O partido, ainda enquanto ocupava cargos importantes na estrutura ministerial, passou a votar contra a agenda presidencial, e a apoiar a aprovação de proposições malvistas pelo governo. Por outro lado, Amorim Neto explica que, muito embora a coalizão se fizesse presente nas nomeações para os ministérios, o conselho político da presidência, no qual as decisões importantes para o governo eram tomadas, ficou restrito a integrantes do Partido dos Trabalhadores, o que, associado à baixa disposição para o diálogo que marcou a atuação de Rousseff, teriam sido fatores de enfraquecimento do seu governo. AMORIM NETO, Octávio. *Cabinets and Coalitional Presidentialism*. In: AMES, Barry. (org.). *Routledge handbook of brazilian politics*. New York, London: Taylor & Francis, 2019, p. 293-313

⁵¹⁰ Celso Rocha de Barros percebe o *impeachment* de Rousseff como uma reação dos grandes partidos à operação Lava Jato, um movimento político realizado com o intuito de frear a operação, uma vez que o governo não vinha se mostrando propenso a fazê-lo. BARROS, Celso Rocha de. *Uma história de dois azares e um impeachment*. In: *Democracia em risco?* São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 74

⁵¹¹ Já para Cláudio Pereira de Sousa Neto, o colapso do presidencialismo de coalizão e a fragilização da democracia brasileira se devem, entre outros fatores, à mudança de rumos na condução do PMDB, partido de centro liderado por quadros de perfil fisiológico que, não obstante comumente envolvido em práticas atentatórias à moralidade pública, desempenhava a função de garantir estabilidade e prover moderação aos governos, permitindo que crises políticas e econômicas fossem enfrentadas sem que se comprometesse a estabilidade institucional. Essa postura partidária foi sendo paulatinamente abandonada, a partir da ascensão de Michel Temer à Vice-Presidência da república, ganhando força com a vitória de Eduardo Cunha na eleição de presidente da Câmara dos Deputados. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Contracorrente, 2020, pp. 75-76.

⁵¹² “Even apart from flaws in preferences, a well-structured process does not guarantee good legislation. Practical reason must play an important role in the judicial process, but its role is no less crucial in the legislative process. Well-designed institutions, like fair trial procedures, can provide a setting in which intelligent, principled

processo legislativo é instrumento de transformação política das sociedades, e se seus participantes são escolhidos em competição eleitoral, parece inexorável que negociações políticas entre os parlamentares, seus partidos e o Executivo desempenhem papel fundamental na elaboração das leis. Essas interações são características inerentes às democracias e viabilizam a participação de múltiplos agentes no jogo decisório, tornando-o apto à promoção de coordenação entre o governo e o Congresso, mediante a sintonia da agenda parlamentar com o programa político governamental. Trata-se de manifestações do sistema político, que, via de regra, não devem ser alcançadas pelo código jurídico lícito/ilícito, mas sim compreendidas para o aperfeiçoamento das instituições e de suas relações mútuas.

As características anteriormente referidas do desenho institucional brasileiro, no qual o Presidente da República atua com destacada relevância no Parlamento, não parecem, por si sós, responsáveis por desfuncionalização do processo legislativo à luz do princípio democrático contido na Constituição, mesmo porque se fazem presentes, em maior ou menor medida, na estrutura governamental de diversos países⁵¹³.

O sistema brasileiro, por meio de diversos mecanismos de diálogo interinstitucional que desestimulam a adoção de posturas políticas excessivamente centralizadoras, faz coexistirem dinamismo decisório e participação democrática, ao atribuir poder político ao Presidente e exigir, simultaneamente, a palavra final do Congresso a respeito de qualquer proposição de alteração legislativa, viabilizando a audição (muitas vezes em escala excessivamente reduzida, porém) das matizes partidárias nas deliberações legislativas, garantindo o exercício do direito de expressão por parte de membros das oposições.

Apesar de alguns eventos acima mencionados ainda não estarem suficientemente decantados do ponto de vista historiográfico, soa pouco coerente culpar o sistema presidencialista e sua dinâmica própria de processo legislativo pelos desacertos que vêm marcando a prática política brasileira nos últimos anos. Ora, se as bases do modelo

decisions can be made. Legislative structures, like trial procedures, make good decisions possible by narrowing the context of decision.” FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. *Law and public choice. A critical introduction*. University of Chicago Press, 1991, p. 60.

⁵¹³ Um panorama sobre os instrumentos legislativos à disposição do Poder Executivo em diversos países do mundo (Argentina, Rússia, Peru, Venezuela, Itália, Brasil, França e Estados Unidos) encontra-se na coletânea de artigos organizada por CAREY, John; SHUGART, Matthew (orgs.). *Executive Decree Authority*. Cambridge University Press, 1988. Já uma comparação entre o sistema estadunidense e diversos países latino-americanos, na qual se conclui que todas as constituições analisadas atribuem aos presidentes instrumentos de poder político junto ao Parlamento, vê-se em MORGENTHAU, Scott; HECIMOVICH, John; ROSENFELD, Sarah. Tall, Grande, or Venti: Presidential Powers in the United States and Latin America. *Journal of Politics in Latin America*, v. 5, n. 2, 2013, pp. 37-70

institucional são as mesmas sob as quais o Brasil experimentou progressos socioeconômicos, as justificativas para o (in)sucesso da governabilidade e do respeito aos ritos democráticos no presidencialismo brasileiro parecem estar menos relacionadas ao desenho institucional do que à prática política propriamente dita⁵¹⁴ associada a fatores político-econômicos conjunturais.⁵¹⁵

Obviamente, com isso não se está a defender que o sistema prescindia de reformas, ou que seja desnecessária a atuação de órgãos de controle para garantir a promoção da transparência, a ampliação da participação e até mesmo a probidade das negociações políticas. Tampouco convém ignorar as situações em que as práticas ilícitas convertem o funcionamento da coalizão legislativa em cortina de fumaça para a destruição da inspiração democrática do processo legislativo. Sem dúvidas, há problemas graves sobre os quais a academia deve seguir refletindo para propor soluções eficazes. Tem-se um processo legislativo de teor informacional ainda baixo, excessivamente permeável à corrupção e à captura⁵¹⁶, pouco permissivo à participação da sociedade e mesmo das minorias parlamentares, cujos direitos procedimentais garantidos na Constituição e nos regimentos

⁵¹⁴ VIANA, João Paulo; OLIVEIRA, Vítor. Governabilidade e governança no presidencialismo de coalizão. In: DANTAS, Humberto (Org.). *Governabilidade: para entender a política brasileira*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 13.

⁵¹⁵ Daniela Campello atrela o sucesso político de Presidentes de países sul-americanos (majoritariamente exportadores de bens não industrializados) às condições econômicas externas, marcadamente ao preço das commodities e às taxas de juros internacionais. Segundo a autora, o mercado de capitais, valendo-se desses marcadores, influencia diretamente tanto nas eleições presidenciais (barganhando apoio político em troca da inclusão de seus interesses econômicos em programas de governo) como também durante o decorrer dos governos, devotando-lhes apoio ou oposição, ampliando ou reduzindo as quantidades de recursos disponíveis para investimento, a depender dessas variáveis macroeconômicas. Essa correlação explicaria, por exemplo, a queda dos regimes militares na década de 1980 (quando havia alta dos juros no mercado internacional e queda do preço das commodities), as altas taxas de popularidades de presidentes latino-americanos na primeira década do século XXI (em um cenário commodities em alta e juros internacionais em baixa), bem como a emergência do retorno da agenda neoliberal a que se assiste na região. Em reforço de seu argumento, Campello destaca que até mesmo as rupturas institucionais sofrem correlação direta com esse cenário econômico externo: “Transições irregulares – golpes, impeachments e renúncias – são mais comuns na América do Sul durante cenários internacionais desfavoráveis. Nesses períodos, o baixo crescimento econômico local, aliado a uma limitação de recursos fiscais, acaba acirrando as tensões redistributivas, o que produz instabilidade política. Apenas metade dos governantes da América do Sul nos anos 1980, eleitos ou não, passaram o cargo para o sucessor na data prevista. Nos anos 2000, em contraste, mais de 80% dos governantes cumpriram seus mandatos. Chegamos a ter um período de dez anos com apenas uma interrupção (o impeachment de Fernando Lugo, no Paraguai), estabelecendo uma marca sem precedentes na região. Passado o pico do boom das commodities, no entanto, já tivemos três interrupções em quatro anos: Pedro Pablo Kuczynski (Peru), Evo Morales (Bolívia) e Dilma Rousseff (Brasil), além de protestos de rua significativos que balançaram os governos de diversos países. CAMPELLO, Daniela. Entre o capital e o voto: disciplina de mercado e eleições na América Latina. In: *Política e Mercado*. Cadernos Adenauer, XIX, n.2. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2018, pp. 9-34.

⁵¹⁶ PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas: explicando o escândalo do mensalão. MAGNA, Inácio; Rennó, Lúcio (orgs.). *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, pp. 207-234. A respeito de episódios anteriores envolvendo corrupção no legislativo brasileiro, ver PRAÇA, Sérgio. *Corrupção e reforma institucional no Brasil: 1988-2008*. São Paulo: Anablume, 2013.

internos das Casas parlamentares são costumeiramente desrespeitados em deliberações insuficientemente transparentes.

Sob um ponto de vista de organização procedimental e de aproveitamento de trabalho, os índices de produtividade também soam problemáticos. Como mostrou levantamento recente, menos de 1% das proposições apresentadas desde 1943 foram convertidas em norma jurídica⁵¹⁷, o que denota tanto a disfuncionalidade do procedimento como mecanismo capaz de garantir a apreciação das matérias num prazo razoável, como também chama atenção para a hipótese de haver desperdício de parcela significativa da força de trabalho à disposição do Parlamento, gasta na tramitação de projetos inúteis ou cuja inviabilidade política é manifesta.

Entretanto, não soa crível que haja um defeito institucional de origem, cuja mera superação seria capaz de redimir os vícios do sistema político brasileiro. No capítulo seguinte, defender-se-á que uma possibilidade de promoção da difícil sintonia entre funcionalidade e participação, que deve caracterizar o devido processo legislativo, advém do respeito ao princípio do contraditório, capaz de ampliar os níveis de transparência, participação, isonomia e justificação no processo legislativo.

Passa-se a defender que essa leitura é consentânea às disposições da Constituição de 1988 e que já existem, tanto no texto constitucional quanto nos regimentos internos, institutos que concretizam o princípio, esboçando-se, em seguida, fórmulas que viabilizariam sua implementação, além de se destacarem situações nas quais esses comandos constitucionais e regimentais são desobedecidos, situações que podem ensejar a atuação do Poder Judiciário como garantidor das regras do jogo democrático.

3 Um olhar dogmático do processo legislativo. O princípio do contraditório no devido processo legislativo de criação das leis.

⁵¹⁷ Dados apresentados por MARCELINO, Daniel; HELFSTEIN, Lucas. Disponível em: <<https://www.jota.info/dados/congresso-projetos-leis-12092019>>. Acesso em 04/01/2020. Segundo esse levantamento, de 1943 até 2019, foram apresentadas cerca de 143 mil proposições legislativas.

3.1 As normas de produção jurídica e o processo legislativo

Embora as diretrizes de participação democrática e de funcionalidade decisória pareçam reclamar modelos procedimentais antípodas, voltados para fins opostos, elas podem e devem ser equalizadas na ambiência parlamentar. De fato, seria improdutivo garantir chances ilimitadas de participação, pois as leis tardariam em demasia a ingressar na ordem jurídica e se revelariam ineficazes, além do que dificilmente se cumpririam os programas governamentais, dependentes, em larga medida, de aprovação congressual. Por outro lado, se as maiorias parlamentares pudessem atuar exclusivamente conforme suas vontades, pressupostos mínimos dos ideais de republicanismo e de democracia seriam colocados em xeque⁵¹⁸.

Como foi visto, o processo de formação da lei, sob a égide de Constituições democráticas que conciliam os cânones da soberania popular e dos direitos fundamentais, deve corresponder a um fórum racionalizado no qual os poderes Executivo e Legislativo se conectem no exercício das funções de governo, garantindo que a expressão de maiorias democraticamente legitimadas ocorra integrada pela participação das oposições⁵¹⁹. Rememorando as lições de Manuel Atienza, diferentes atores interagem no processo de legislação a fim de que seja promovida complementariedade entre racionalidades linguísticas, jurídico-formais, pragmáticas, teleológicas e éticas.

No sentido de harmonizar essas perspectivas aparentemente conflitantes, salvaguardando, simultaneamente, o núcleo rígido essencial do ordenamento jurídico e potencializando a efetividade da Constituição, é que o Direito se ocupa de regular a sua própria criação e aplicação, preservando o fechamento operacional do sistema jurídico, ao

⁵¹⁸ LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *Por un nuevo procedimiento legislativo*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 19-26. Cristiano Viveiros de Carvalho chama atenção para o papel de proteção das minorias legislativas desempenhado pelas normas jurídicas que regulam o processo legislativo. “Diante dos incômodos que poderia interpor à realização de sua vontade uma minoria parlamentar competente e combativa, escudada em instrumentos regimentais que lhe permitissem esticar indefinidamente os debates, procurasse a maioria tomar medidas para esterilizar as oportunidades de participação da minoria no processo legislativo. Tal intento seria tanto mais factível quanto menor o grau de obrigatoriedade das normas que regem os procedimentos de elaboração legislativa.” CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 118.

⁵¹⁹ DICKMAN, Renzo; RINELLA, Angelo. *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei: Studi e ricerche di scienze della regolazione*. Roma: Carocci, 2011, Introdução, p. IV.

desautorizar que manifestações provenientes de outros sistemas linguísticos (ou metafísicos) alterem, sem a mediação do código jurídico, o direito positivado⁵²⁰.

De fato, não se promoveria segurança e estabilidade se as próprias normas jurídicas, instrumentos de consecução desses ideais, pudessem ser alteradas de repente, ou se fossem desconformes, substancial e politicamente, ao restante do ordenamento, integrando-se a ele de forma assistemática, conflitante ou contraditória⁵²¹.

Tampouco um sistema jurídico estático, que não permitisse a inserção de novos elementos nem a retirada de partes obsoletas ou inadequadas de seu conjunto, daria conta de se conectar adequadamente com os demais sistemas sociais. Nesse sentido, Hans Kelsen, ao diferenciar nomoestática de nomodinâmica, ressaltava que ambas as categorias se combinam em normas que tratam da criação do Direito, reguladoras de seus processos de produção e de aplicação⁵²².

Para evitar esses riscos de disfunção e também como forma de perseguir a realização do programa constitucional, é que o Direito se autorregula, e as condutas que produzem enunciados normativos⁵²³ se sujeitam a parâmetros de juridicidade previstos no

⁵²⁰ “A criação de enunciado não jurídico pode ser identificada com a sua mera formulação, independentemente de uma outra linguagem que regule o seu processo de formação. A enunciação não normativa é empírica. Criar um enunciado empiricamente significa o mesmo que formulá-lo. Já a criação do enunciado normativo não se contenta com a mera formulação. É dependente das normas sobre produção jurídica. Sem norma de produção jurídica não há enunciação, nem enunciado normativo. A produção jurídica, portanto, se trata de uma realidade tecida pelo direito positivo.” IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 39.

⁵²¹ Conhecida visão que se preocupa com a sistematicidade do Direito, apostando na obediência a princípios jurídicos como forma de manter íntegro o ordenamento, é vista em DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3. ed. Tradução: Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, esp. p. 216.

⁵²² Kelsen já percebia o teor de criatividade presente em toda aplicação do Direito, pois, se normas jurídicas só podem ser criadas conforme outras normas jurídicas, criação e aplicação do direito necessariamente se combinam. Sobre a relação entre nomoestática e nomodinâmica, os seguintes trechos são elucidativos: “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental (...) O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legislativa e esta mesma autoridade ou uma outra por ele instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais – como o particular do geral – podem ser deduzidas novas normas por meio de uma operação lógica” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, pp. 219-220

⁵²³ Emprega-se, neste texto, norma jurídica num sentido abrangente. Embora se trate de distinção conceitual já solidificada, convém esclarecer que, por norma jurídica, deve-se entender o produto da interpretação de um enunciado jurídico por um sujeito; enquanto, por enunciado normativo, entende-se o significante de direito positivo ainda não interpretado. Nesse sentido, confira-se GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25. No presente trabalho, quando não parecer possível, pelo contexto, realizar essa diferenciação, ela será explicitada.

ordenamento jurídico, veiculados por meio de metanormas, cujo objeto é a regulação da atividade de produção de outras normas jurídicas⁵²⁴.

Embora haja dimensões estritamente políticas do processo de criação do Direito, há outras passíveis de controle jurídico, que se realiza, essencialmente, por meio de três eixos estratégicos, quais sejam: atribuição de competências para criação de normas a determinados órgãos ou pessoas; determinação de procedimentos a serem seguidos para essa finalidade; estabelecimento de limites materiais (geralmente dispostos na Constituição) a serem respeitados quando da criação do Direito.

Eis os três tipos essenciais de normas de estrutura⁵²⁵, prescrições que se valem da estipulação de mandatos e proibições para determinarem quem pode e como deve se realizar determinado ato de inserção de novas normas no ordenamento⁵²⁶, atribuindo, por meio de uma relação de conformidade hierárquica, validade e legitimidade às novas normas criadas⁵²⁷.

⁵²⁴ Lourival Vilanova, tratando da dimensão linguística dessas normas que regulam a produção de outras normas, anotou que “Há, irrecusavelmente, normas-de-normas, e se as normas se expressam mediante linguagem, existe, então, no interior do sistema jurídico positivo, linguagem-sobre-linguagem”. VILANOVA, Lourival. Norma jurídica – proposição jurídica. *Revista de direito público*, n. 61, 1982, p. 20. Discriminando entre os tipos de normas que formam a complexidade do sistema jurídico, Herbert Hart se refere a normas primárias e a normas secundárias: “As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados.” HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 105.

⁵²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. Tradução: Ari Solon. São Paulo: Edipro, 2019, p. 47.

⁵²⁶ Riccardo Guastini subdivide essa categoria de normas sobre produção jurídica em subclasses, valendo mencionar as metanormas formais, ou metanormas em sentido estrito (que estabelecem qual órgão é competente para criar e revogar normas e qual procedimento deve reger o exercício dessa competência) e metanormas materiais ou em sentido amplo (que limitam ou predeterminam o conteúdo da regulação futura). GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho*. Tradução: César Moreno More, Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel ediciones, 2016, p. 101. Na categoria das metanormas Tárek Moysés Moussallem se refere, ainda, a normas de revisão sistêmica, cujo escopo principal é a modificação ou extinção de outra norma jurídica, como pode acontecer nas hipóteses em que uma sentença declare a inexistência de uma relação jurídica, um acórdão de uma ação rescisória rescinda um julgado, um acórdão do Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de outra norma, mediante a retificação de lançamento tributário pela autoridade fazendária, dentre outras hipóteses. MOUSSALLEM, Tarék Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 79.

⁵²⁷ “Legal validity derives from conformity with hierarchically higher norms. These norms confer the power to issue new norms, and as long as the power holder acts in accordance with these power-conferring norms the ensuing norms are valid. Power-conferring norms confer upon—as well as limit the competence of—the power holder which makes his power a legal power. Any norm-creating act within the competence of the power holder results in a norm that is both valid and legitimate. More specically, norms created on the basis of hierarchically higher norms are formally valid and internally legitimate, while the legal system composed of these norms is itself externally legitimate. WINTGENS, Luc. The rational legislator revisited. Bounded rationality and jurisprudence. In: WINTGENS, Luc; OLIVER-LALANA, Daniel (orgs.). *The rationality and justification of legislation: essays in jurisprudence*. Springer, 2013, p.2.

Dirigem-se essas metanormas às condutas interpessoais, mas seus objetos, como foi dito, são comportamentos relacionados à produção normativa⁵²⁸.

As normas de produção jurídica atributivas de competência, por exemplo, ao outorgarem poderes específicos para que seja criada determinada espécie normativa, ou melhor, para que seja criado um determinado veículo indutor de normas⁵²⁹, circunscrevem esses poderes ao órgão escolhido, ao mesmo tempo em que contribuem para definir o conceito jurídico da fonte normativa em questão⁵³⁰. Conforme exemplifica Riccardo Guastini, ao outorgar competência para o Parlamento e o chefe do Poder Executivo criarem a lei, o ordenamento impede que outros órgãos o façam, definindo, assim, uma parte do significado de lei, como ato normativo proveniente da ação do Congresso consorciado ao Executivo⁵³¹.

Essa duplicidade de funções também é verificável nas metanormas procedimentais⁵³², que disciplinam o modo de exercício do poder normativo conferido por meio das atribuições de competência. Ao prescreverem determinados procedimentos correlatos à criação de espécies normativas específicas, essas normas terminam ajudando a construir o conceito desses tipos normativos, além de estipularem consequências de nulificação caso o percurso procedimental seja desobedecido⁵³³. No conceito de lei complementar, por exemplo, sobressai o procedimento previsto na norma de produção jurídica que autoriza e regula a criação dessa espécie normativa, restando prescrita a nulidade do direito nascente em caso de desobediência procedimental durante a tramitação.

As metanormas que regulam o procedimento de produção do direito legislado são especialmente caras ao objeto deste trabalho, e, por isso, é adequado realçar questões relevantes a seu respeito. Gabriel Ivo, ao se referir à conformação linguística dessas normas,

⁵²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136.

⁵²⁹ “A competência atribuída não é propriamente para produzir normas, mas para produzir um específico instrumento introdutor de normas. Produzido o instrumento, a partir da interpretação dos seus enunciados é que poderão ser construídas as normas. Assim, a atribuição recai, rigorosamente, sobre o instrumento introdutor, não propriamente sobre as normas, que tanto pode ser instrumento primário ou secundário.” IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 15.

⁵³⁰ “As normas de organização (e de competência) e as normas do ‘processo legislativo’, constitucionalmente postas, incidem sobre fatos e os fatos tornam-se jurídicos. O que denominamos ‘fontes do direito’ são fatos jurídicos criadores de normas: fatos sobre os quais incidem hipóteses fáticas, dando em resultado normas de certa hierarquia.” VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 21.

⁵³¹ GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho*. Tradução: César Moreno More, Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel ediciones, 2016, p. 65-72.

⁵³² GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho*. Tradução: César Moreno More, Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel ediciones, 2016, p. 80.

⁵³³ BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 33.

destaca que sua estrutura é semelhante à generalidade das prescrições jurídicas, pois seu antecedente descreve o exercício da competência, enquanto o seu consequente estabelece o procedimento a ser observado para a criação do instrumento indutor de normas, contendo, assim, indicações de uma relação jurídica cujo objeto é a possibilidade de legislar sobre uma matéria específica dentro do desenho traçado pela Constituição⁵³⁴, e cujos sujeitos são, de um lado, a pessoa/órgão que recebe a competência (o sujeito ativo) e, de outro, o conjunto de pessoas submetidas à regulação advinda da norma criada.

Dessa forma, diz Ivo que entre os legisladores e os destinatários das leis há espaço para incidência do Direito, o que dá àqueles o direito subjetivo de legislar sobre certos assuntos, e garante a estes que suas condutas não serão juridicizadas em desobediência às garantias constitucionais⁵³⁵.

Em se tratando de processo legislativo, o vínculo entre o ordenamento e a decisão é eminentemente procedimental, havendo verdadeiro direito atribuído à coletividade de pessoas pelas normas de produção jurídica. Direito difuso (já que seus destinatários não são individualizáveis⁵³⁶) à criação adequada do direito pelo legislador, em conformidade aos preceitos normativos que asseguram transparência, inteligibilidade e participação, veiculados em normas de produção jurídica situadas tanto na Constituição quanto em diversos diplomas infraconstitucionais, tais como a Lei Complementar 95/1998⁵³⁷, o Decreto Federal 9191/2017⁵³⁸ e as resoluções nº17/1989 da Câmara de Deputados, nº 93/1970 do Senado Federal e nº1/1970 do Congresso Nacional, estas duas últimas instituidoras dos regimentos internos das casas parlamentares e do Congresso.

⁵³⁴ “Uma relação jurídica se estrutura em torno de dois sujeitos e um objeto. Na norma de produção normativa, o objeto da relação jurídica consiste na faculdade de produzir normas jurídicas prescrevendo como deve ser uma determinada conduta. Ou seja, o objeto dessa relação jurídica é a possibilidade de se criar enunciados prescritivos sobre determinado assunto. O assunto objeto da regulação está delineado pelo conjunto de normas que brotam dos enunciados constitucionais que marcam o campo da significação material.” IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p.39.

⁵³⁵ Em trecho no qual as ideias aparecem sintetizadas, assim discorre o autor: “A norma de produção normativa em sentido amplo teria a seguinte estrutura: O antecedente: dado o fato de o sujeito competente exercer sua competência conforme o procedimento em circunstância de tempo e espaço. Consequente: deve ser a permissão para emitir norma jurídica pelo sujeito ativo, e o dever de respeitar as disposições veiculadas pela norma jurídica por parte dos sujeitos passivos.” IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, pp.29-30.

⁵³⁶ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Estado de Direito, democracia e devido processo legislativo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. (orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 608.

⁵³⁷ Lei Complementar 95/1998 regula fase pré-legislativa, ao dispor sobre a redação de projetos de lei.

⁵³⁸ O Decreto Federal 9191/2017 estabelece normas e diretrizes para a elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de projetos de atos normativos de competência do executivo federal ao Presidente da República, trazendo diversas regras para dotar a proposta de precisão legística ainda no plano administrativo, anteriormente à sua proposição.

Não se almeja, neste trabalho, realizar uma análise minudente de todos os dispositivos que regem o processo legislativo de criação de leis. Pretende-se, isso sim, estudar o seu cerne dogmático, núcleo axiomático a partir do qual se estruturam as interações entre os congressistas e entre o Parlamento e a cidadania.

Como mencionado nos capítulos anteriores, aposta-se em leitura da Constituição a partir da qual o processo legislativo possa ser compreendido como instrumento de reverberação dos debates na esfera pública, de viabilização das representações dos discursos, de promoção da transparência na tomada de decisões legislativas e de integração das minorias parlamentares ao processo deliberativo: uma fórmula institucional capaz de contrabalancear a perspectiva informacional às tendências de partidarização e de retributividade que tendem a se instaurar nos parlamentos como consequência da lógica antagonística da política, potencializáveis pela atuação de grupos de interesses e pela concentração de poderes do Executivo.

Tal leitura constitucional do processo de criação das leis, apesar de ambiciosa, não é utópica. Como se passa a demonstrar, ela decorre de compreensão sistemática da Constituição, sobretudo da confluência das previsões de soberania popular, de democracia representativa e de devido processo legal, sobre a qual se deterá no tópico seguinte. Mais adiante, defender-se-á que o princípio constitucional do contraditório é a ferramenta que permite a articulação dessas múltiplas e complementares perspectivas num processo participativo, racional e transparente de criação de leis.

3.2 A cláusula geral de devido processo legal e suas repercussões no processo legislativo de criação das leis

A Constituição brasileira de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). O enunciado tem grande amplitude semântica, já que dele fazem parte significantes abstratos, como o substantivo “liberdade” e o qualificador “devido”, que aparecem desacompanhados de termos capazes de restringir, suficientemente, o alcance de seus sentidos.

Como há indeterminação da linguagem legislativa tanto no antecedente como no consequente do enunciado normativo, esse texto jurídico se caracteriza como cláusula

geral⁵³⁹, na qual são condensados diversos princípios⁵⁴⁰ e regras essenciais para a estruturação dos processos jurídicos no Estado brasileiro, tais como o princípio do contraditório, o princípio do juiz natural e a regra que exige motivação para as decisões judiciais⁵⁴¹.

Apesar de a enunciação normativa da cláusula de devido processo legal ter essa amplitude semântica notável, do seu texto é possível extrair, sem grandes dificuldades, a conclusão de que a Constituição estabeleceu uma metodologia procedimental mínima⁵⁴² a ser seguida como condição de validade de atos jurídicos dos quais decorram intrusões nos direitos subjetivos de liberdade e de propriedade. Trata-se, portanto, de norma de produção jurídica que prescreve um dever de adequação instrumental⁵⁴³: para ser capaz de interferir nas liberdades e nos bens, o direito deve ser criado em conformidade a parâmetros constitucionais e democráticos, que não aparecem descritos na enunciação da cláusula geral, mas que constam de seus corolários, espalhados pelo ordenamento.

Embora esteja topologicamente ladeada por enunciados que consagram direitos fundamentais a serem exercidos em processos jurisdicionais (art. 5º, LIII e LV), não parece correta uma interpretação legal que restrinja o âmbito de incidência da cláusula do devido processo legal aos processos adjudicatórios (judiciais e administrativos), deixando de alcançar o processo legislativo de criação de leis⁵⁴⁴.

⁵³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7.

⁵⁴⁰ Enquanto norma jurídica, Humberto Ávila toma o devido processo legal por princípio, ou melhor, sobreprincípio, haja vista que prescreve múltiplos estados ideais de coisas sem prever os comportamentos cuja adoção contribuirá para promovê-los. ÁVILA, Humberto. O que é “Devido Processo Legal”? *Revista de Processo*, v. 163, 2008, p. 50-59.

⁵⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*, n. 12, 2010, p. 123.

⁵⁴² O devido processo legal é visto como uma estrutura normativa metodológica por DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 171.

⁵⁴³ ÁVILA, Humberto. O que é “Devido Processo Legal”? *Revista de Processo*, v. 163, 2008, p. 50-59.

⁵⁴⁴ Ana Paula de Barcellos defende o direito ao devido procedimento na elaboração normativa, e salienta que sua concretização depende da apresentação de justificativas sobre o objetivo das proposições e de suas condições econômicas de implementação. Destaca a necessidade de se incluir o processo de elaboração normativa na categoria de atos do Poder Público, que recebem a incidência de cláusulas constitucionais do Estado de Direito e do devido processo legal. Diz a autora: “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 são 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.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa: devido processo na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp.118-119.

Ao estipular sanções para determinados comportamentos ou impor condutas determinadas, é nítido que a lei, produto essencial do processo legislativo, reduz direitos de liberdade⁵⁴⁵, perfazendo-se a hipótese do antecedente normativo da cláusula geral de devido processo legal, o que determina a submissão da atividade legiferante do Estado ao parâmetro de juridicidade procedimental estabelecido na Constituição⁵⁴⁶.

Aliás, concluir em sentido contrário resultaria em contrassenso sistêmico à luz da tutela jurídica das liberdades. Normas jurídicas com menor abrangência de eficácia do que as leis (tais como contratos⁵⁴⁷, decisões assembleares privadas⁵⁴⁸, sentenças judiciais e decisões administrativas⁵⁴⁹) teriam sua produção condicionada à observância do paradigma

⁵⁴⁵ HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e de economia política*. Tradução: Maria Luísa Borges. São Paulo: Visão, 1985. Apesar de a relação entre legislação e liberdade aparecer enfaticamente explorada, convém ressaltar que não se pode concordar com a concepção ultraliberal de Hayek acerca do Direito, visto como uma ordem formada espontaneamente, na qual a obediência à lei se deveria, sobretudo, à constatação idílica de que pessoas que submeteriam suas condutas a ordens disciplinadas tenderiam a prosperar economicamente. Parece muito mais realista perceber o Direito como fenômeno cultural e político, relacionado a esferas de interesse e de poder social, criado pelo homem e guiado por suas predileções ideológicas e políticas. Nesse sentido, dentre outros, PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. (orgs.). *Ensaio e Artigos*. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 363. (Coleção Obras de J.J Calmon de Passos). Uma interessante crítica recente à concepção político-econômica ultraliberal de Hayek pode ser lida em BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão das políticas antidemocráticas no ocidente*. Tradução: Mario Antunes Marino. São Paulo: Editora Politéia, 2019.

⁵⁴⁶ Piero Calamandrei, ao defender que a ideia de legalidade alcança, necessariamente, o processo legislativo, destacava a relação entre um procedimento legiferante devido (democraticamente adequado) e a tutela jurídica das liberdades civis e políticas. “Perché um regime si possa dire liberale non basta che esso sai ordinato secondo il principio di legalità, ma occorre qualcosa di più: occorre che la libertà individuale sai assicurata anche contro le leggi ed anche nel período di formazione dele leggi. (...) La libertà, intesa come insopprimibile dignità di ogni persona in sé considerata come uguale alle altre, significa, necessariamente diritto di partecipare ala formazione dele leggi in regime di libertà: libertà di ogni cittadino di contribuire colla própria libera personalità a quella delimitazione dela libertà che è la legge.” CALAMANDREI, Piero. *Non c’è libertà senza legalità*. Roma-Bari: Laterza, 2013, pp. 27-31.

⁵⁴⁷ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do Devido Processo Legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodvm, 2009; MACIEL Junior, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo, Saraiva, 2009.

⁵⁴⁸ Basta que se pense no rito necessário para a exclusão de membros de associações civis (art. 57 do Código Civil), para a expulsão de integrantes de partidos políticos, ou na garantia de participação dos sócios nas deliberações das em sociedades anônimas. Quanto a este último exemplo, um enfoque que se coaduna aos marcos da democracia deliberativa adotados no presente trabalho se encontra em ROBERT, Bruno. Exercício do direito de voto nas assembleias das companhias brasileiras, pedidos públicos de procuração, voto e participação à distância. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2014. Sobre a necessidade de se observar o direito ao contraditório nos partidos políticos, há precedentes sedimentados no Tribunal Superior Eleitoral. Dentre muito, confira-se o acórdão proferido no Recurso Especial Eleitoral n. 23.913, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, publicado em 26/10/2004.

⁵⁴⁹ A respeito da garantia de influência do administrado na constituição da vontade estatal, por meio da incidência do princípio do contraditório no processo administrativo, conferir dentre outros, MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais, a lei 9784/99 e o Código de Processo Civil /2015*. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 225-245. Até mesmo nos procedimentos de inquérito, geralmente investigativos, preparatórios de outros procedimentos, nos quais ocorrerá efetivamente a produção de norma jurídica, devem ser obedecidos os paradigmas procedimentais constitucionais, largamente traduzidos no princípio do contraditório. ZANETI Júnior, Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Inquérito Civil, contraditório e

procedimental constitucional, enquanto normas gerais, propensas a atingir a universalidade de sujeitos e a limitar, massivamente, as liberdades⁵⁵⁰, não dependeriam, em absoluto, de um processo de produção devido para serem válidas⁵⁵¹.

Se o enunciado constitucional não limita sua aplicação a uma espécie determinada de processo jurídico, parece mais lógico pensar que há relação de proporcionalidade entre o grau de amplitude de eficácia da norma produzida e o nível de preocupação com a correção procedimental relativo à sua criação. Esse entendimento, inclusive, coaduna-se com o sentido da elaboração pioneira da garantia do devido processo legal, historicamente concebida como uma cláusula de proteção contra a tirania do Estado⁵⁵², como um instrumento de prevenção da cidadania contra a usurpação injustificada do poder político⁵⁵³.

A redação do inciso LIV do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, como se sabe, teve nítida inspiração no texto das emendas quinta⁵⁵⁴ e décima quarta⁵⁵⁵ da Constituição estadunidense. Contudo, nesse sistema jurídico de língua inglesa, desenvolveu-se concepção bastante abrangente da garantia do devido processo legal, de acordo com a qual nela se

improbidade administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das cortes supremas brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 17, n. 2, 2016.

⁵⁵⁰ KIRCHHOF, Gregor. The generality of the law. In MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel. (orgs.). *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Springer, 2016, esp. p. 110.

⁵⁵¹ Sobre o tema da amplitude do devido procedimento de elaboração de normas, que se espalha e alcança a atuação de todos os Poderes públicos, diz Ana Paula de Barcellos: “Um critério que se poderia cogitar para distinguir os atos normativos das decisões judiciais e dos atos administrativos concretos seria a circunstância de que estes últimos produzem de forma certa e razoavelmente imediata efeitos sobre a esfera jurídica de seus destinatários. As normas, por seu turno, podem ou não produzir efeitos sobre determinadas pessoas – já que eventualmente alguém jamais terá contato, por exemplo, com uma norma penal – e esses efeitos, mesmo quando se verificarem, não são necessariamente imediatos. A distinção resumida é em alguma medida real, mas não é relevante para o que se discute aqui. A simples possibilidade potencial que toda norma carrega de afetar a vida das pessoas já é suficiente para que o indivíduo tenha o direito a receber explicações sobre ela como decorrência do direito a ser tratado com respeito como pessoa dotada de dignidade.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98.

⁵⁵² A maior parte dos autores identifica como primeira manifestação histórica do devido processo legal em um texto jurídico a Magna Carta inglesa do rei João Sem Terra, de 1215. Fredie Didier Júnior, porém, chama atenção para origem germânica da garantia: “A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Federal Alemão de 1037 d. C.), em que pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às “leis do Império”. Esse decreto inspirou a Magna Carta de 1215, pacto entre o Rei João e os barões, que consagrava a submissão do rei inglês a *law of the land*, expressão equivalente a *due process law*, conforme conhecida lição de Sir Edward Coke.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v.1. p. 46; FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 83-104.

⁵⁵³ KLATT, Mathias. Argumentação Jurídica e Devido Processo Legal. Tradução: Luísa Borges. In: Toledo, Cláudia. (org.). *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 59.

⁵⁵⁴ “... [ninguém] será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.”

⁵⁵⁵ “... Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal.”

reuniriam salvaguardas não apenas procedimentais, mas também materiais da cidadania em face do Estado e dos demais particulares⁵⁵⁶.

Na tradição americana, a cláusula do devido processo legal revela feição substancial, pois incorpora direitos fundamentais não enumerados no texto da Constituição, para além daqueles situados na Declaração de Direitos⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸. Entende-se que esses direitos integrariam o conceito de liberdade assegurado na enunciação do devido processo, de forma que, para restringi-los, seria indispensável a atribuição de razões juridicamente invencíveis, tudo isso a reforçar a amplitude da atividade interpretativa acerca do significado da Constituição à luz dos diferentes contextos socioculturais⁵⁵⁹.

A tutela dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, por seu turno, estruturou-se diversamente. Na Constituição de 1988, positivou-se um rol extenso de garantias primordiais materiais, além de haver cláusula aberta no §2º do art. 5º (semelhante à nona emenda estadunidense acima transcrita), segundo a qual essa solução de enumeração de direitos fundamentais constitucionais não pode ser interpretada para fins de restringir outros direitos que decorram do regime político e dos princípios adotados pelo constituinte⁵⁶⁰. Por isso, não há necessidade de se pensar na garantia do devido processo legal como fonte de

⁵⁵⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988, *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. (orgs.). *Princípios e temas gerais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 228-243. (Coleção Doutrinas Essenciais. Processo Civil, v.1).

⁵⁵⁷ A nona emenda à Constituição dos Estados Unidos prevê que: “ (...) a enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negação ou restrição de outros direitos inerentes ao povo”.

⁵⁵⁸ Um itinerário minudente da garantia do devido processo legal no direito dos Estados Unidos, desde sua gênese, passando pelo aumento de sua importância e aplicação durante a era Lochner da Suprema Corte, alcançando uma nova emergência, observada a partir da década de noventa, quando começou a “*revivificação do economic substantive due process*” é encontrado em MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, (Edição do Kindle) esp. cap. 1, 2 e 3. Outra pesquisa minudente e de grande qualidade sobre o tema, incluindo referência ao devido processo legal nos sistemas de *civil law* é desenvolvida por LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019 pp. 128-168. Vitorelli menciona que, no sistema estadunidense, a garantia do processo devido condiciona a atuação legislativa, tanto material quanto procedimentalmente. Nos Estados Unidos, Nathan Chapman e Michael McConnell, em estudo no qual é reconstruída a gênese política do princípio do devido processo, defendem que sua aplicação não se restringe aos tribunais, incidindo também no parlamento e no Poder Executivo, situando o devido processo como preceito importante na articulação das zonas de atuação dos poderes. CHAPMAN, Nathan; MCCONEEL, Nathan. *Due Process as separation of powers*. *Yale Law Journal*, v. 121, 2012, pp. 1672-1807.

⁵⁵⁹ Luís Roberto Barroso, referindo-se ao contexto jurídico estadunidense, explica que a dimensão substancial do devido processo legal serviu de fundamento decisório para decisões emblemáticas da Suprema Corte em variados temas de direitos fundamentais, tais como direito ao aborto, ao casamento, à morte, à orientação sexual e à privacidade. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp 40-54.

⁵⁶⁰ Sobre a prescrição do §2º do art. 5º e sua importância para a entronização de direitos fundamentais advindos de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, conferir DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

direitos materiais no Brasil nem mesmo como fonte dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, decorrentes dos princípios de igualdade e de liberdade positivados noutras enunciações constitucionais⁵⁶¹.

Nesse passo, Humberto Ávila, ao ressaltar que a adoção de um processo adequado é consequência normativa da proteção de direitos – os quais só podem ser adequadamente reconhecidos e tutelados mediante um processo devido – conclui que o dispositivo relativo ao devido processo legal deve ser entendido, no sistema brasileiro, como um princípio unicamente procedimental, cujo significante linguístico poderia até ser obtido por derivação lógica de outros enunciados explícitos do texto constitucional⁵⁶².

Não obstante, parece certo que a inscrição do princípio do devido processo legal na Constituição de 1988 não deve ser vista como positivação supletiva, pois o constituinte estabeleceu sobreprincípio como norma jurídica de produção procedimental, tornando-a aplicável a qualquer processo jurídico do qual possa advir intrusão nas liberdades e propriedades.

José Joaquim Calmon de Passos, referindo-se às transformações que marcaram o percurso histórico da democracia liberal à democracia representativa, já destacava que esta forma de organização social reclama, essencialmente, acesso a informações públicas, participação nas tomadas de decisões e controle de suas execuções. Tais desígnios (que coincidem com os marcos de racionalidade do processo legislativo), absorvidos pela ciência processual e contidos nos escopos essenciais da cláusula geral de devido processo legal, transmutam o processo em instrumento político de participação e de atuação do povo, que dele deve se valer para formular e para realizar seus direitos⁵⁶³. A processualidade, como

⁵⁶¹ MARINONI; Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 860.

⁵⁶² ÁVILA, Humberto. O que é “Devido Processo Legal”? *Revista de Processo*, v. 163, 2008, p. 50-59.

⁵⁶³ Calmon de Passos enxergou o processo como instrumento democrático apto a promover maior contato e participação do povo com as instituições do Estado, visão de todo parecida à adotada nesse trabalho. As seguintes passagens são emblemáticas: “Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes. (...) A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. (...) Cuida-se, portanto, de um problema de ordem política, não de algo que encontrará solução no campo da dogmática jurídica. Trata-se de definir a organização e as instituições que asseguram a democratização da sociedade, e isso é que informará a filosofia do novo processo jurisdicional, não o repensar-se o conceito de legitimação, de coisa julgada e outros afins. Essa mudança de enfoque se põe como um desafio aos processualistas, chamados a recuperar, para o jurista, a condição de cientistas políticos, sob pena de fazerem um discurso sem ouvintes e exercitarem uma ciência sem objeto. PASSOS, José Joaquim Calmon de.

metodologia de decisão e também como instrumento de emancipação da cidadania, não se restringe aos fenômenos jurisdicionais, abrangendo o *locus* precípua da deliberação política nas sociedades desde a modernidade – o parlamento – conforme também já defendia Carnelutti em 1958⁵⁶⁴.

Em sede de processo de elaboração de normas gerais e abstratas, uma decorrência essencial da cláusula do processo devido é a obrigatoriedade imposta ao legislador de que a cadeia de atos que culminou na sua decisão seja transparente, devendo o conhecimento de cada ato estar acessível a todos aqueles que poderão vir a ser alcançados pela norma produzida. Com isso, torna-se possível entender como o legislador procedeu na descoberta de fatos, na realização de suas escolhas e no prognóstico das mudanças que espera alcançar em decorrência dos efeitos de suas normas⁵⁶⁵.

A dimensão semântica da cláusula de devido processo legal, portanto, recomenda e torna viável a aplicação de seus corolários ao processo legislativo, sendo o princípio do contraditório o mais importante deles para articular esses ideais de transparência, e assim conferir racionalidade, funcionalidade e a adequação democrática aos trabalhos parlamentares.

Antes, porém, de examinar mais detidamente as formas de incidência do princípio do contraditório no processo legislativo e as implicações daí decorrentes, convém, com o intuito de alcançar maior precisão metodológica, abrir um excursus para destacar as principais diferenças entre os processos jurisdicionais e legislativos, fixando as premissas que balizarão as constatações seguidamente defendidas.

Democracia, participação e processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. (orgs.). *Ensaio e Artigos*. Salvador: Juspodvm, 2016, pp. 370-371. (Coleção Obras de J.J Calmon de Passos).

⁵⁶⁴ Carnelutti já alertava para a pouca atenção devotada pelos processualistas ao processo legislativo de criação de leis, tema ‘pertencente ao domínio da ciência do direito constitucional’, e vaticinava que a estrutura subjetiva do processo legislativo, restrito à participação dos representantes políticos eleitos, terminaria por ser restaurada e ampliada, sob o influxo de técnicas processuais mais adequadas à produção de normas de efeitos gerais, tais como as que, à época, regiam a jurisdição constitucional ou os processos coletivos. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Moranó Editore, 1958, esp. pp. 27, 31. O vaticínio do processualista italiano – inobstante os avanços doutrinários marcantes experimentados na teoria processual quanto aos processos coletivos aos processos abstratos – ainda não aconteceu. O processo legislativo permanece tema estranho às escolas de Direito Processual, sendo raríssimos os estudos de processualistas a respeito da produção da lei.

⁵⁶⁵ WINTGENS, Luc. The rational legislator revisited. Bounded rationality and jurisprudence. In: WINTGENS, Luc; OLIVER-LALANA, Daniel (orgs.). *The rationality and justification of legislation: essays in jurisprudence*. Springer, 2013, p. 26.

3.3 Diferenças entre os processos legislativo e jurisdicional de criação de normas jurídicas, que não implicam incidência exclusiva do princípio do contraditório no processo jurisdicional

Uma ressalva se faz necessária. Embora não tenha sido abandonada a premissa central do ideário organizacional de separação dos poderes, a progressiva estruturação do Estado em função dos direitos fundamentais elencados nas Constituições, acompanhada do aumento da complexidade das relações sociais, vem tornando mais porosas as fronteiras de atuação dos Poderes, numa tentativa de que as diferentes capacidades institucionais sejam aproveitadas, coordenadas em prol da observância e da efetividade da Constituição⁵⁶⁶.

Na formulação clássica, o princípio da separação dos poderes combina diferentes reservas absolutas de competências, outorgando atribuições para um órgão determinado e assim proibindo que outros órgãos exerçam tais funções reservadas. Ao Legislativo, por exemplo, compete elaborar as leis, sendo vedada aos juízes a formulação de determinações gerais e abstratas, bem como a tomada de decisões não fundamentadas em normas aprovadas pelo legislador⁵⁶⁷.

Não obstante as diretrizes básicas dessas reservas de competência sigam demarcando as fronteiras entre o direito e a política, a implementação em absoluto de tal arranjo teórico, pressuporia compreender a legislação como atividade puramente criativa de normas, como se o Parlamento não devesse respeito às normas constitucionais ou à aplicação de outras normas de produção jurídica preexistentes⁵⁶⁸. Por sua vez, a atividade do juiz não

⁵⁶⁶ Sobre a ideia de que as diferentes capacidades institucionais justificam coordenação na atuação dos poderes, confira-se SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003; KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. University of Chicago Press, 1997; CAPANO, Fernando. A leitura contemporânea da separação de poderes: desafio para a melhor efetivação das políticas públicas concretizadoras da Constituição. In: Smanio, Gianpaolo Poggio e Bertolin, Patrícia Tuma Martins (orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 63-82. Já para uma crítica do emprego da ideia de capacidade institucional (e de diálogo interinstitucional) como critério de decisão em sede de jurisdição constitucional, confira-se LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6-50, 2011; LEAL, Fernando. Três desafios à aplicação da metáfora dos “diálogos institucionais” para a legitimação da jurisdição constitucional. In: LEAL, Fernando (org.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 65-78.

⁵⁶⁷ Em contrapartida, uma reserva de jurisdição impede o Poder Legislativo de interferir nos julgamentos em curso perante o Poder Judiciário, seja aprovando leis concretas (destinadas a resolver uma controvérsia específica), concebidas para alcançar processos judiciais que já estejam em andamento, o que violaria, além da ideia de segurança jurídica, o princípio da igualdade. GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Tradução: Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 383-386.

⁵⁶⁸ Conforme se lê na Teoria Pura do Direito, Kelsen distinguia entre legislação e jurisdição, caracterizando aquela como forma de criação de normas gerais por meio da aplicação da constituição, e esta como forma de

poderia ser minimamente criativa, cabendo meramente a ele aplicar normas anteriormente positivadas. Nesse cenário imaginam-se inexistentes lacunas ou casos difíceis, para os quais falta parâmetro exato de subsunção⁵⁶⁹, bem como deixa de ser considerar que toda norma é, necessariamente, produto de interpretação criativa.

À luz de tantas objeções, não é difícil perceber que a definição oitocentista de separação dos poderes já não é capaz de abarcar a totalidade do repertório de fenômenos jurídicos cuja ocorrência se tornou cotidiana. Os Poderes, independentes entre si e incumbidos de vigiarem uns aos outros, convivem em equilíbrio dinâmico, e as relações entre eles não podem ser vistas como decorrências de atribuições expressas, pré-definidas e impermeáveis⁵⁷⁰, passando a traduzir a composição de um ambiente de diálogo⁵⁷¹, no qual a integridade do sistema jurídico é construída e preservada por meio de ações concertadas de agentes públicos e cidadãos⁵⁷².

Nesse contexto em que as rotinas institucionais dos órgãos do Estado se modernizam, atividades cujo exercício antes era atribuído a um determinado poder com exclusividade, passam a ser executadas, em diferentes graus, pelos demais poderes⁵⁷³⁻⁵⁷⁴⁻⁵⁷⁵.

criação de normas individuais mediante aplicação da lei. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito* 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Tradução: Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 376.

⁵⁷⁰ ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de poderes e medida provisória*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.36.

⁵⁷¹ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton University Press, 1988, p. 84.

⁵⁷² No constitucionalismo estadunidense, essa visão mais recente de separação de poderes se reflete nas teorias funcionalistas de interpretação da Constituição, as quais, em contraposição ao método formalista, atribuem maior espaço para atuação atípica dos Poderes. A esse respeito, também tratando da jurisdição constitucional, confira-se McCUTCHEN, Peter. Mistakes, Precedent and the Rise of the administrative State: toward a constitutional theory of the second best. *Cornell Law Review*, n. 80, v.1, 1994, pp. 1-42.

⁵⁷³ Legisladores, por exemplo, conduzem investigações em comissões de inquérito, julgam crimes de responsabilidade cometidos por autoridades do Poder Executivo, delegam poder normativo em favor de órgãos da administração pública, criam normas legais de efeitos concretos. Nesse sentido, Francisco Berlín Valenzuela elenca múltiplas funções do Parlamento na contemporaneidade, por ele divididas da seguinte forma: função representativa; deliberativa; financeira; legislativa; de controle; de orientação política; de investigação; jurisdicional; eleitoral; administrativa; de comunicação e de educação. VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho Parlamentario*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 129-197.

⁵⁷⁴ Já o Poder Judiciário, seja em sede de jurisdição constitucional, a cargo do Supremo Tribunal Federal, ou por ocasião da elaboração de súmula vinculante, ou da fixação de precedente vinculante, pode produzir decisões e enunciados que, em alguma medida, inovam na ordem jurídica e contam com capacidade de vinculação normativa, não se restringindo sua atividade, nessas e em outras hipóteses, a pura aplicação de normas legisladas a casos concretos. Nos chamados processos estruturantes, por sua vez, o Poder Judiciário determina a implementação adequada de políticas públicas que deixaram de ser adotadas, (ou que o foram de modo insuficiente), como forma de reestruturar uma instituição ou de concretizar um direito fundamental, impondo à administração pública ou aos particulares a adoção de medidas com repercussão orçamentária diferentes daquelas contidas nos programas governamentais elaborados pelos agentes políticos. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, 2017, p. 49. Pode-se referir, ainda, à atividade de criação de normas processuais

Tratar com minudência de todas as hipóteses nas quais essas funções “atípicas” são executadas pelos três poderes do Estado foge aos objetivos deste trabalho. Todavia, é importante ressaltar que as diferenças a seguir apresentadas entre os processos jurídicos desenvolvidos no Poder Legislativo e no Poder Judiciário não parecem ser absolutas no que dizem respeito às formas de atuação de juízes e de legisladores, ante essa tendência de estreitamento e até de compartilhamento de estratégias de ação tradicionalmente identificáveis a um determinado poder.

A jurisdição, nesse passo, já não pode ser definida como atividade estatal meramente declaratória, em que o Estado-juiz age de forma necessariamente heterocompositiva, substituindo a atividade de sujeitos litigantes. Tal formulação conceitual se revela insuficiente para abranger a multiplicidade de características das atividades jurisdicionais hoje desenvolvidas⁵⁷⁶, não mais limitadas à tutela puramente subsuntiva e retrospectiva dos casos concretos. Progressivamente, surgem soluções jurisdicionais que pautam condutas futuras, incentivam comportamentos pretendidos⁵⁷⁷, que se preocupam tanto

(dotadas de generalidade) pelos tribunais, quando da elaboração de seus regimentos internos. Defendendo que essas normas devem ser aplicadas por todos os juízes vinculados aos respectivos tribunais editores, OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Regimentos Internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Juspodvm, 2020, esp. cap. 7, p. 77.

⁵⁷⁵ O Poder Executivo, além de dispor de prerrogativas importantes que dizem respeito à ativação, ao regime de tramitação e ao resultado final do processo legislativo, conta com capacidade legiferativa própria, uma vez que pode editar normas transformadoras da ordem jurídica desde a sua publicação. Além disso, é cada vez mais forte a tendência de que os processos administrativos, produtores de normas que são, organizem-se, à semelhança dos processos judiciais, de modo a serem observadas as garantias processuais basilares. MEDUAR, Odete. *O Direito Administrativo moderno*. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 122; MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9784/99*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵⁷⁶ Sobre a impropriedade de se entender o conceito jurídico fundamental de jurisdição a partir da ideia de que, necessariamente, um juiz estatal resolva pretensões formuladas por um autor-credor em face de um réu-devedor, confira-se, amplamente, GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos Paradigmas da Jurisdição: conceitos, princípios, funções*. Tese de doutorado em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019, esp. parte 3, p. 460; Também destacando essas insuficiências do conceito antigo de jurisdição, CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), v. 18, n. 35, 2015. Cabral enxerga, por exemplo, na tutela mandamental uma hipótese em que o provimento jurisdicional opera *pro futuro*, diferindo, portanto, de uma ordem de condenação, retrospectiva. Refere-se, também, ao procedimento de produção antecipada de prova como caso em que a atividade jurisdicional se limita a certificar um fato, sem aplicar um parâmetro decisório de direito material positivado.

⁵⁷⁷ Antonio do Passo Cabral também menciona casos em que o Poder Judiciário, prezando pela resolução ótima do caso, atua de forma não adjudicatória, ou mesmo sem solucionar o caso que lhe é submetido, exortando os sujeitos processuais à ação, como ocorre em determinadas hipóteses envolvendo o Mandado de Injunção, no ordenamento brasileiro, e em casos com alto grau de repercussão política e relevância social apreciados pelas supremas cortes do Canadá e da África do Sul. Refere-se, ainda, às hipóteses de atuação consultiva como mostras da variedade de atuação da função jurisdicional na contemporaneidade. CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), v. 18, n. 35, 2015; CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada para o concurso de provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017; SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ou mais com as soluções de casos futuros do que com a tutela do caso juridicizados, objeto do julgamento.

A atividade legiferativa, por sua vez, nem sempre é construída a partir do tradicional esquema de norma geral e abstrata voltada para o futuro. Além de ser cada vez mais frequente a edição de leis dotadas efeitos concretos, sobretudo em se tratando de temas de maior complexidade técnica, há também hipóteses nas quais, por um imperativo de segurança das relações jurídicas, leis retroagem para atingir fatos anteriores à sua edição, ou são adotadas soluções para abrandar mudanças regulatórias abruptas decorrentes da incidência de uma nova legislação e que alteram conclusões há muito consolidadas, tudo com vistas a preservar a segurança jurídica e as expectativas legitimamente formadas⁵⁷⁸.

Dessa forma, as diferenças a seguir exploradas entre decisões judiciais e legislativas não se mostram absolutas sob uma perspectiva conceitual normativa, e devem ser lidas sempre com um grão de sal⁵⁷⁹, pois dizem respeito, essencialmente, ao exercício das formas ordinárias de criação de normas por partes desses Poderes estatais: a elaboração de legislação abstrata e genérica e o julgamento de casos concretos mediante aplicação do Direito positivado.

Apesar de serem modos essencialmente distintos de criação do direito positivo, legislação e jurisdição são instâncias de argumentação jurídica, atividades que se utilizam da linguagem como veículo e que pretendem oferecer soluções normativas e vinculantes a problemas predeterminados⁵⁸⁰. Conforme se sustenta neste trabalho, juízes e legisladores devem observância ao princípio do contraditório, cuja incidência opera como condição de

⁵⁷⁸ Antonio do Passo Cabral tem produzido interessantes estudos, com distintos enfoques, a respeito da tutela da segurança jurídica em cenários de mutabilidade de normas jurídicas. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 302; CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, n. 221, 2013, pp. 13-48; CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo. Salvador: Juspodvm, 2020, esp. cap. 2.

⁵⁷⁹ Manuel Atienza chama atenção para o cuidado necessário quando de uma tentativa de categorização das diferenças entre as funções legislativa e jurisdicional. “La diferencia entre el papel de juez y de legislador no tiene siempre perfiles completamente nítidos, pues los jueces – o algunos jueces y en ciertas ocasiones – realizan también una función que es la que parece caracterizar a los legisladores: la de establecer normas generales y abstractas que vinculan en el futuro a los otros órganos judiciales y, hasta cierto punto, también a ellos mismos. Esto es incuestionablemente cierto, pero – como también se advertía entonces – no debe llevarnos a pensar que entre una y otra función no hay diferencias relevantes.” ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia: Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999, p. 190.

⁵⁸⁰ CÓRDOBA, Gema Marcilla. Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, p. 73.

legitimação constitucional e democrática da produção normativa, e também como método eficaz para se alcançar um nível desejado de racionalidade.

Feitas essas ressalvas, passa-se a destacar diferenças entre as atividades de jurisdição e legiferação, as quais servem de premissas para ulteriores conclusões a respeito da metodologia da incidência do contraditório na instância legislativa. Um marco metodológico interessante para se começar a perceber as dessemelhanças quanto à aplicação do princípio em realidades procedimentalmente tão díspares pode ser estabelecido a partir da compreensão dos papéis desempenhados pelos sujeitos que participam diretamente das deliberações legislativas ou jurisdicionais.

Juízes devem ser passivos sob a perspectiva da inauguração da relação jurídica processual. Precisam conduzir e julgar as causas com imparcialidade, demonstrando independência em relação às pressões externas (sobretudo a fatores políticos), sendo-lhes vedado decidir controvérsias que envolvam seus interesses próprios, porquanto devem tributar indiferença, neutralidade à vitória de um ou de outro sujeito processual⁵⁸¹. Já os legisladores atuam nos parlamentos desempenhando, conjuntamente, os papéis que caberiam a advogados e a juízes em num processo jurisdicional⁵⁸². Consequentemente, têm a parcialidade política como elemento fisiológico de seus poderes, uma vez que agem inspirados, exatamente, por vontade política, com vistas a conquistar apoio dos eleitores que lhes podem conferir sustentação⁵⁸³.

⁵⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, vol.1, p. 99-124.

⁵⁸² A noção de imparcialidade, contudo, não é de todo estranha ao processo legislativo de edição de leis. Atente-se, por exemplo, para a impossibilidade de o autor de uma proposição (ou de uma emenda substitutiva) figurar como seu relator, nas comissões ou no plenário. Com ainda mais veemência quanto à adoção de uma medida de imparcialidade nas deliberações parlamentares, o § 6º do art. 180 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados prescreve, expressamente, que o deputado deverá se declarar impedido em votações que tratem de causas próprias ou assuntos do seu interesse pessoal. Há dispositivo praticamente idêntico no Regimento Interno do Senado Federal, no artigo 306.

⁵⁸³ Mauro Cappelletti sustenta que um traço distintivo entre a criação do direito por juízes e por legisladores não se encontra no plano substancial, mas diz respeito à passividade dos magistrados quanto ao plano processual, revelada nas “virtudes passivas” que devem guiar o desenvolvimento da função jurisdicional. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Calos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 73-81. Anote-se que o argumento segundo o qual Cortes de Justiça devem observar “virtudes passivas” em sua atuação costuma ser utilizado nos estudos da jurisdição constitucional, como uma fórmula preventiva da atuação política de Cortes Constitucionais. Nesse contexto, confira-se BICKEL, Alexander. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, vol. 75, p. 49; BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Nova Iorque: Bobbs-Merrill, 1962, pp. 16-18; MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

No processo jurisdicional, os fatos juridicizados são pretéritos em relação ao momento da atividade cognitiva do juiz. A partir de atividade instrutória diagnóstica, o julgador conhece de resultados produzidos em decorrência dos atos das partes e os encaixa em normas jurídicas pré-existentes, valendo-se de raciocínio dedutivo. Já no processo legislativo os fatos se apresentam em abstrato ao conhecimento dos legisladores, que realizam prognósticos a respeito das consequências cuja incidência julgam, hipoteticamente mais adequadas para cada hipótese⁵⁸⁴. Trata-se de processo mais voltado para o futuro, cuja lógica argumentativa é de indução, já que nele se parte de hipótese para se construir um padrão regulatório abstratamente aplicável⁵⁸⁵.

Enquanto a atuação do juiz se destina a resolver problemas por meio da resposta correta resultante da aplicação das normas de direito positivo ao caso, o legislador goza de mais legitimidade democrática, dispondo de possibilidades decisórias bastantes mais amplas, sendo sua função inegavelmente mais criativa, condizente com sua finalidade de realizar objetivos políticos⁵⁸⁶⁻⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ “While the statute, as a precaution, looks to the future and seeks to mesh with it, the judge has in front of him events and actions which are already part of the past, and which are individualized in accordance with persons, place, time and other circumstances. Because directed to the future, the statute anticipates classes of factual possibilities and contains conditional and abstract legal percepts. The judge, on the other hand, is always occupied with isolated concrete facts and has to find his legal orders unconditionally. In short, the statutory legal determination extends much more widely and operates more generally than the judicial. BÜLOW, Oskar. Statutory law and the judicial function. Tradução: James Herget, Ingrid Wade. In: DIDIER, Fredie (org.). *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodvm, vol.2, 2010, p. 707.

⁵⁸⁵ Essas distinções epistemológicas se encontram bem trabalhadas por Chritian Waldoff: “The legislative process is, however, not the same as the judicial process. The legislature does not subsume facts under pre-existing rules of law, but anticipates facts of life to establish rules of law. The legislature thereby proves to be the branch of government that is genuinely orientated towards the future. From these particular characteristics of the legislative process certain epistemological consequences follow. Legislation appears as a process that not so much seeks to depict an object of reality, but rather constructs an abstract, but consensual new object out of multiple real phenomena. From this epistemological point of view, legislation is an inter-subjective process of constructing notions. The legislative process, therefore, operates inductively and can be distinguished from the generally deductive proceedings of the other two branches of government. Legislating, on the one hand, and applying the law through the judicial or administrative processes, on the other hand, rest on fundamentally different epistemological footings. Legislation is no cognitive act, but rather determines the “cognitive principles” that are relevant for a particular area of life. Legislating is “a volitional function, not a cognitive one”; a means “to voluntarily and willfully shape the social order”. Legislation thus ultimately thwarts any rational justification: the legislative process cannot be reformulated and reinterpreted as a cognitive process of deducing norms from superior norms. WALDHOFF, Christian. On constitutional duties to give reasons on legislative acts. In MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel. (orgs). *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Springer, 2016, p.141. Apesar de ser interessante a análise quanto às distinções entre legislação e jurisdição, não se concorda com a afirmação de que a atividade de criação da lei não seria cognitiva. Ora, o fato de os legisladores realizarem prognósticos ao decidirem não significa inexistência de cognição. São conhecidos, intelectualmente, fatos em abstrato, e com base neles, realizados prognósticos de tratamento jurídico.

⁵⁸⁶ “A um juez le preocupa el sentido que ha de darse a una disposición normativa, por qué estimar ciertos enunciados sobre hechos probados, etc. Em cambio, las preguntas centrales del legislador son si merece la pena o no legislar sobre um assunto, y qué tipo de ley es mejor para lograr los propósitos perseguidos. Precisamente

A margem argumentativa do legislador quanto aos parâmetros materiais para a tomada de decisão é mais ampla, pois, cada lei, como dito anteriormente, só conhece dos limites previstos na Constituição e em determinados tratados internacionais⁵⁸⁹, sendo possível ao legislador decidir com base em critérios ético-políticos e pragmáticos⁵⁹⁰. Já no processo jurisdicional, encontrando-se o juiz vinculado à Constituição, à legislação e aos precedentes, são mais extensos os padrões normativos observáveis, o que torna a atividade decisória mais complexa numa perspectiva de análise quantitativa do discurso, pois há mais argumentos a

porque las preguntas son distintas, los criterios de corrección de las respuestas vienen dados, en el caso del juez, fundamentalmente por la teoría y la dogmática del Derecho. En cambio, los criterios de corrección de las respuestas legislativas se nutren de las ciencias sociales (política, economía, psicología, sociología, etc.)”. CORDOBA, Gema Marcilla. Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, p.75.

⁵⁸⁷ Jan Sieckmann defende que a tomada de decisão legislativa sempre envolverá uma ponderação de razões, seja para definir os objetivos a serem realizados por meio da lei, ou para definir os meios de alcançá-los. Interessantemente, chama atenção para o erro da ciência jurídica, que costuma tratar a proporcionalidade como forma de argumentação no processo judicial, desprezando sua aplicação no processo legislativo, em que a ponderação é mais aberta, porquanto não confinada a princípios jurídicos. SIECKMANN, Jan. Rational lawmaking, proportionality and balancing.: In MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALLANA, Daniel. (orgs). *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Springer, 2016, pp. 349-372. No mesmo sentido, diz Gema Marcilla Córdoba que o critério de proporcionalidade opera sob um esquema argumentativo consequencialista, que se faz essencialmente presente nas decisões legislativas, por meio das quais sempre se escolhem entre opções possíveis segundo uma lógica utilitarista CORDOBA, Gema Marcilla. La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del Derecho. In: OLIVER-LALLANA, Daniel (org). *La legislación en serio: estudios sobre Derecho y legisprudencia*. Valecia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 302-342. Também com a mesma tônica argumentativa sobre a aplicabilidade da proporcionalidade para a legislação, e destacando casos submetidos à Corte de Strasburgo, POPELIER, Patricia; HEYNING, Catherine van de. Procedural Rationality: giving teeth to the proportionality analysis. *European Constitutional Law Review*, v. 9, 2013, pp. 230-262; CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 2016.

⁵⁸⁸ CICONETTI, Stefano Maria. *Diritto Parlamentare*. 3 ed. Turim: Giappichelli Editore, 2019, p. 147; “Um legislador democrático que quer defender a constituição ou a lei que criou não afirma que tal constituição ou lei era a única possibilidade jurídica, mas antes que, dentre as várias possibilidades jurídicas, ele escolheu aquela que mais se ajusta à vontade popular, considerando razões ético-políticas e pragmáticas aplicáveis à matéria. Esse é o lugar da política. A discricionariedade legislativa garante, como afirma Alexy, a possibilidade da democracia.” TRIVISONNO. Alexandre Travessoni Gomes. A distinção entre discricionariedade legislativa e judicial: uma proposta a partir das teorias de Kelsen e de Alexy. In: Toledo, Cláudia. (org.). *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 110.

⁵⁸⁹ Kelsen já se referia a uma diferença de grau quantitativo entre a discricionariedade de legisladores e de juizes, advertindo que, com base em uma mesma lei, poderiam ser tomadas diferentes decisões pelos juizes. Todavia, ressaltava que os legisladores não se vinculariam à legislação, o que ampliaria sua margem de liberdade em relação aos juizes. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁹⁰ “A legislação ordinária pertence tanto ao âmbito do direito quanto ao âmbito da política. Trata-se de uma atividade de aplicação do direito, pois se aplica a constituição. Nessa medida, ela constitui uma atividade jurídica. Mas ela é uma atividade parcialmente indeterminada pelo direito (discricionariedade estrutural), e, nessa medida, política. A jurisdição é uma atividade jurídica; não faz sentido se falar em um juiz que transforma em direito razões ético-políticas e pragmáticas; esse papel pertence ao legislador. (...)”. TRIVISONNO. Alexandre Travessoni Gomes. A distinção entre discricionariedade legislativa e judicial: uma proposta a partir das teorias de Kelsen e de Alexy. In: Toledo, Cláudia. (org.). *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 107.

serem necessariamente enfrentados como requisitos de correção decisória, embora seja mais forte a limitação argumentativa em comparação com a atividade legislativa⁵⁹¹.

Da Teoria do Direito também se colhe critério de distinção entre os discursos jurídicos dos quais se utilizam legisladores e juízes para produzirem normas jurídicas. Klaus Günther, por exemplo, vale-se de uma separação lógica para distinguir entre discursos de justificação e discursos de aplicação, sustentando que cada um corresponde a momentos diversos do percurso de vida da norma jurídica. O primeiro se refere à fundamentação (guarda relação mais direta com o âmbito de validade de norma e com padrões de moralidade), enquanto o outro é relativo à sua aplicação adequada, em momento subsequente⁵⁹².

No discurso de justificação, identificável com o processo legislativo de criação das leis, vale-se de um teste de universalização para pressupor a validade de uma norma a ser posteriormente aplicável *prima facie*. Prescrevem-se normas de condutas em abstrato a partir de avaliações em torno da universalidade de normas morais⁵⁹³.

Entretanto, como não se dispõe do conhecimento e nem do tempo necessário para que seja tomada a decisão perfeita, capaz de englobar todas as hipóteses circunstanciais possíveis, os discursos de justificação, por si, revelam-se insuficientes para regulamentar adequadamente as situações. Faz-se necessário conectá-los a um mecanismo de mensuração, em concreto, das características de cada situação específica, etapa na qual se devem levar em consideração a multiplicidade de normas que, virtualmente, possam ser aplicadas. Realiza-se, assim, reconstrução interpretativa, por meio da qual todas as possibilidades semânticas normativas devem poder se entrecruzar, dialeticamente, com os elementos fáticos do caso, que vão sendo adequados ao direito positivo⁵⁹⁴⁻⁵⁹⁵. Nesse discurso de aplicação, pretende-se

⁵⁹¹ “Entre legislación y jurisdicción existe una diferencia de grado: la ley no es simplemente um acto de producción de Derecho, sino que, pese al extenso margen de decisión que corresponde al legislador, em certo modo la ley desarrolla preceptos constitucionales. Así, del mismo modo que la teoría de la argumentación jurídica há tratado de introducir racionalidade en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho, debería interesarse por la racionalidade de la producción de normas.” CÓRDOBA, Gema Marcilla. La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del Derecho. In: OLIVER-LALLANA, Daniel (org). *La legislación en serio: estudios sobre Derecho y jurisprudencia*. Valecia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 322.

⁵⁹² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação*. 2 ed. Tradução: Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵⁹³ Em Günther, cabe fundamentalmente à moralidade a tarefa de fundamentar as normas de conduta, havendo dependência normativa do Direito em relação à moral.

⁵⁹⁴ “No caso de se interpretá-la [o significado da pretensão de validade de uma norma] no sentido da versão forte de “U”, esta pretensão teria de ser compreendida de modo a envolver a adequação de uma norma em uma única situação, obrigando-nos, por isso, a considerar, em cada situação de aplicação, todos os sinais característicos. Somente dessa forma é que ocorre um entrecruzamento “dialético” entre validade geral e contextos concretos. Discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do

encontrar, a partir de um universo de normas válidas, aquela que seja adequada à singularidade do caso concreto, capaz de fornecer justificção para um imperativo singular, determinando uma maneira de agir, sustentada por uma pretensão de validade referente à correção normativa⁵⁹⁶.

Da repartição de tarefas entre juízes e legisladores advinda das diferenças entre esses discursos, no entanto, não decorre que o discurso de fundamentação, comumente associado às atividades típicas do Poder Legislativo, prescindia do respeito ao princípio do contraditório, intimamente associado à lógica democrática, por possibilitar a participação e a contraposição de posições divergentes. O próprio Klaus Günter, aliás, condiciona a validade de qualquer norma jurídica a um conhecimento, por parte de todos os destinatários-participantes, das razões que podem ser alegadas como justificção da decisão adotada, de modo que cada um possa julgar adequada a observância da escolha feita em face de todas as circunstâncias de aplicabilidade⁵⁹⁷. O discurso de fundamentação deve ser construído a partir das múltiplas visões morais e políticas concorrentes na sociedade, enquanto o discurso de aplicação possibilita o aporte de interpretações jurídicas divergentes acerca da situação concreta⁵⁹⁸. Em ambos, portanto, é salutar e necessária a incidência do princípio do contraditório.

qual, em dada situação, uma norma é aplicada. Eles “recontextualizam” a norma, extraída do seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo. Desse modo, emerge uma dinâmica que a cada circunstância acrescenta uma surpreendente quantidade de aspectos, nuances ou mudanças imprevistas ao conteúdo semântico de diversas normas aplicáveis, obrigando a modificações, restrições ou deslocamento de pesos, a fim de, por aproximação, fazer jus à pretensão de uma consideração adequada de todos os sinais característicos. Discursos de fundamentação devem fazer essa dinâmica parar e, em disposição hipotética, para além da situação concreta, generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento, com a finalidade de examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto e sem coação. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificção e aplicação*. 2 ed. Tradução: Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

⁵⁹⁵ “O discurso de aplicação se caracteriza pela tentativa de considerar todas as características de uma situação em relação a todas as normas que possam remeter-se a elas. Esse desiderato é alcançado mediante o conceito de coerência e tem por finalidade a constituição de um sentido de imparcialidade à aplicação.” GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. *A Constituição como Simulacro*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.39.

⁵⁹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günter: a distinção entre discursos de justificção e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 48, 2008, p. 187-201.

⁵⁹⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificção e aplicação*. 2 ed. Tradução: Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 35.

⁵⁹⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificção e aplicação*. 2 ed. Tradução: Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 288.

Estando mais bem estabelecidos os contornos do objeto da presente pesquisa, pode-se avançar para tratar, com exclusividade, dos papéis do princípio do contraditório no processo legislativo de criação de leis.

3.4 O princípio do contraditório no processo legislativo de criação de leis

A Constituição Federal brasileira de 1988, afora os princípios norteadores de todos os processos jurídicos, limitou-se a trazer regras basilares a respeito do processo legislativo, atribuindo competência para que cada casa congressual elabore seu regimento de normas procedimentais. Essas disposições constitucionais, entretanto, não são propriamente lacônicas e situam o direito de participação como eixo de estruturação de todo o processo legislativo, qualificando-o, portanto, como um processo de deliberação, em que as decisões são tomadas politicamente a partir de trocas de ideias.

Nesse sentido, pode-se fazer referência aos enunciados do inciso I do §2º do art. 58; do §2º do art. 60; do caput do art. 64; do caput do art. 65; do caput do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias. Todos fazem menção expressa à necessidade de que haja discussão dos projetos de lei previamente à votação. Por sua vez, os enunciados constitucionais dos §§ 3º e 7º do art. 57 referem-se, expressamente, à atividade de deliberação congressual, enquanto o §1º do art. 58 veicula importante regra sobre a proporcionalidade partidária a ser observada na composição das comissões parlamentares e das Mesas do Congresso (consideradas comissões diretoras), assegurando vagas para partidos cujas bancadas são pequenas, a fim de garantir a participação das minorias legislativas nos trabalhos⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ No texto da Constituição, há expressão adverbial de proporcionalidade “tanto quanto possível”, a determinar que o tamanho das bancadas partidárias sejam replicadas nas comissões, cuja composição deve refletir a dimensão de cada partido ou bloco parlamentar na Casa Legislativa. No Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 23, vê-se regra segundo a qual, em toda Comissão, terá direito à vaga um membro da minoria, ainda que pela proporcionalidade não lhe caiba lugar. Essa disposição regimental revela preocupação com o equilíbrio das deliberações nas comissões, ao garantir a presença das oposições nos debates, conforme destacado por FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Comentário ao artigo 58º, parágrafo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2075. No cotidiano da Câmara de Deputados e do Senado Federal, contudo, essa importante diretriz constitucional encontra dificuldades de aplicação. Por um lado, são muitas as comissões permanentes instaladas, de sorte que parte delas é composta por poucos membros, dificultando a existência de vagas para os partidos minoritários à luz desse critério de proporcionalidade, que melhor funcionaria com menos comissões permanentes e mais subcomissões. Por outro lado, acordos entre lideranças costumam ter por objeto as vagas reservadas para cada bancada, implementando-se trocas entre os partidos conforme suas predileções políticas e temáticas, o que não raro gera sobre-representação das majorias e sub-representação das minorias nas

Como não poderia deixar de ser em um sistema político guiado pelo princípio democrático – que adota a regra da maioria como critério de resolução de divergências, mas cuja efetividade depende também da proteção dos direitos de participação das minorias e da garantia de publicidade⁶⁰⁰ – as decisões parlamentares devem ser precedidas de discussões nas quais sejam apresentados argumentos e contra-argumentos pelas distintas correntes político-partidárias, dialética essencial para que a posição vencedora possa se credenciar como legítima⁶⁰¹.

Para estruturar esse tipo de deliberação pautada pelo confronto de orientações políticas merecedoras de igual consideração, é essencial articulá-las de forma que seja viabilizada compreensão das iniciativas de leis pelos parlamentares e oportunizada interação discursiva entre eles, o que depende de certa dilação temporal entre a propositura e o momento de votação das proposições, reclamando, assim, etapas de tramitação sucessivas e interligadas por nexo de causalidade.

Com efeito, as deliberações parlamentares adotam a forma de um processo jurídico, sequência de atos coligados em cadeia causal ordenada e progressiva, destinada à formação de um ato final, cuja validade guarda relação com a regularidade de cada um dos atos que compõem a série temporal⁶⁰²⁻⁶⁰³.

No processo legislativo, essa estruturação procedimental em que a conclusão de uma determinada fase constitui pressuposto para o desenrolar da fase seguinte pode ser percebida com facilidade ao se atentar para as etapas de tramitação das diferentes espécies normativas do art. 59 da Constituição, descritas com mais minudência nas disposições

comissões, como aponta PACHECO, Luciana Botelho. O procedimento de feitura de leis por comissões parlamentares. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2014, p. 95.

⁶⁰⁰ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 119.

⁶⁰¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56.

⁶⁰² As variações conceituais dos conceitos de processo e de procedimento encontram-se exploradas em BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência no Direito Processual brasileiro. Salvador: Juspodvm, 2015, cap. 2.

⁶⁰³ O conceito é apresentado com minudência analítica por Cândido Dinamarco: “E a dialética processual se explicaria por uma sucessão de atos e posições (ou situações), afinal: com fundamento em uma posição jurídica (de poder, dever etc.) é praticado um ato processual, da prática desse ato nasce sempre uma nova posição jurídica, com base na qual se pratica um novo ato, nascendo nova posição, e assim sucessivamente. O processo se dá através de uma progressão de posições jurídicas que se substituem gradativamente, graças à ocorrência de atos ou fatos processuais praticados com obediência a determinados requisitos legais, guardando entre si determinada ordem lógica. O processo seria síntese da relação jurídica processual progressiva e da série de fatos que determinam sua progressão.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, pp. 23-24.

regimentais. A deliberação acerca de um projeto de lei, por exemplo, não pode se ultimar validamente se a proposição não houver sido apresentada por um sujeito dotado da competência legislativa, ou sem que estejam terminadas a fase instrutória e as discussões, nas Comissões legislativas ou no Plenário (a depender do regime de tramitação). Igualmente, não pode o Presidente da República sancionar um projeto sem que ele tenha sido aprovado, em definitivo, pelas duas Casas congressuais.

Embora do término de uma fase não decorra, automaticamente, obrigação jurídica de que seja iniciada a fase subsequente – uma vez que cada ato se submete a vontades políticas das maiorias parlamentares ou de determinados atores processuais, muitas delas impassíveis de controle jurídico⁶⁰⁴⁻⁶⁰⁵ – esses exemplos básicos reforçam a constatação de que a noção teórica de processo jurídico ordena os atos envolvidos na formação da lei.

Tampouco resta dúvida de que o processo legislativo constitua um instrumento de exercício do poder político do Estado, já que as escolhas dos legisladores ficam positivadas em atos jurídicos normativos de efeitos gerais e abstratos que disciplinam as diferentes situações jurídicas, fazendo-se, assim, imperativos⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Stefano Cicconetti, após demonstrar a estrutura procedimental do processo legislativo, aponta para características importantes que derivam da feição política dos atos que o compõem: “Si è altresì aggiunto, a maggiore specificazione del concetto di procedimento, che gli atti che lo compogono devono essere legati tra di loro da un nesso d’implicazione non soltanto “necessaria” ma anche “necessitante”, nel senso che il compimento di ciascun atto della sequenza, oltre che porsi come condizione indispensabile per il compimento dell’atto successivo, determina anche un obbligo in tal senso. La trasposizione dei concetti fin qui illustrati nei confronti del procedimento di formazione della legge è possibile soltanto in parte, sia perché non tutti gli elementi che caratterizzerebbero i procedimenti giuridici si ritrovano nel procedimento legislativo, sia perché quest’ultimo presenta taluni aspetti peculiar. (...) La conclusione di una fase non determina alcun obbligo giuridico a procedere alla fase successiva poiché tanto l’inizio del l’esame di un progetto di legge quanto il suo seguito dipendono interamente dalle scelte politiche delle maggioranze parlamentari, libere di “insabbiare” il progetto lasciandolo iscritto all’ordine del giorno senza discuterlo, oppure di arrivare alla sua votazione finale” CICCONETTI, Stefano Maria. *Diritto Parlamentare*. 3 ed. Turim: Giappichelli Editore, 2019, p. 146.

⁶⁰⁵ No processo legislativo, percebe-se, nitidamente, que o desenrolar do procedimento, assim como as condutas decisórias, são largamente influenciadas por omissões, por meio das quais se atua politicamente no processo, especialmente em casos de atos processuais facultativos. O fato de um projeto de lei deixar de ser pautado pelo Presidente da Casa legislativa e pelo colégio de líderes determina o curso e o resultado do processo. Outro exemplo de omissão relevante diz respeito à supressão estratégica de informações capazes de influenciar os parlamentares a decidirem no sentido contrário ao esperado pelo detentor da informação. Sobre o condicionamento de condutas processuais por meio de omissões, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.116, pp.151-153.

⁶⁰⁶ Cândido Rangel Dinamarco conceitua o poder, numa acepção ampla, como a “capacidade de produzir efeitos pretendidos (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas.” Percebe o processualista que todas as instituições sociais, econômicas e políticas constituem moléculas, polos nos quais se encontra disseminado o poder, razão pela qual cada instituição é fonte dessa parcela de poder social que concentra. Para ele, então, poder é elemento central de toda a teoria processual, sendo o processo concebido axiologicamente, como único instrumento viabilizador da legitimação de seu exercício. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 72-88, p. 171.

Por culminar com manifestação de poder advinda de escolha dialeticamente realizada a partir de alternativas conflitantes, o processo legislativo se desenvolve em obediência ao princípio do contraditório⁶⁰⁷, ordenação procedimental basilar que aposta, simultaneamente, na autonomia dos sujeitos – capazes de compreender os parâmetros normativos em conjunto com as informações relevantes para as tomadas de decisões⁶⁰⁸ – e na simetria de suas posições ao longo do intercâmbio dialético de construção decisória como peças-chave para a consecução de legitimidade democrática, de segurança jurídica e para a contenção do poder, sujeitando-o à participação e freando o seu abuso⁶⁰⁹.

Aliás, Elio Fazzalari, ao conceituar o processo como espécie de procedimento realizado em contraditório, no qual há participação dos interessados na atividade de preparação dos provimentos que, normativamente, alcançar-lhes-ão, não restringe o fenômeno processual à função estatal jurisdicional⁶¹⁰, prestando assim um contributo a uma teoria geral do processo⁶¹¹⁻⁶¹², ao esboçar uma fórmula passível de ser aplicada aos diversos procedimentos e ordenamentos jurídicos.

⁶⁰⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, esp. p. 113; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 204. LAGES, Cintia Garabini. *Devido Processo Legislativo: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma procedimental de estado*. Tese de doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010; LINDE, Hans. *Due Process of Lawmaking*. *Nebraska Law Review*, v. 55, n. 2. 1975, pp. 197-255, esp. p. 241.

⁶⁰⁸ Referindo-se a um conceito comunitário de pessoa adequado à teoria do discurso, Antonio do Passo Cabral compreende o participante da democracia “como um ser capaz de assumir posturas críticas em relação a condutas e manifestações, tanto próprias como alheias. Trata-se da capacidade de assimilar comportamentos e saber conduzir-se criticamente, tomando condutas motivadas, tanto em relação aos demais membros da coletividade como também de maneira autocrítica, a respeito dos próprios atos.” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

⁶⁰⁹ Dinamarco, situando o princípio do contraditório como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, menciona uma vertente de garantia política do princípio, porquanto assegurador da participação dos cidadãos em todos os níveis da vida do Estado. Assim, chama a atenção para o fato de que a participação não é exatamente do titular do poder, mas sim das pessoas sobre o quem o poder é exercido. Diz ele: “No Estado-de-direito tem-se por indispensável fator legitimante das decisões *in fieri* a participação dos seus futuros destinatários, a quem se assegura a observância do procedimento adequado e capaz de oferecer-lhes reais oportunidades de influir efetivamente e de modo equilibrado no teor do ato imperativo que virá. Tal é o primeiro significado da exigência democrática do *contraditório*; e trata-se de postulado que invade todo e qualquer processo, por força da suprema garantia constitucional (não somente o de jurisdição).” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110, p. 136.

⁶¹⁰ A concepção de Fazzalari, que toma processo por uma espécie de procedimento desenvolvido em contraditório, pretendeu superar o conceito de processo como relação jurídica, e foi, em alguma medida, inspirada pelo princípio da audição do cidadão interessado (Parteiengehör), advindo do direito administrativo austriaco. Fazzalari prefere trabalhar com a ideia de módulos processuais, nos quais o contraditório é observado, àquela de relação processual. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 111.

⁶¹¹ É oportuno fazer menção à objeção metodológica feita por Fredie Didier Júnior ao conceito de processo desenvolvido por Elio Fazzalari. Para o processualista brasileiro, o contraditório é um requisito de validade do

A necessidade de se respeitar a simetria de posições entre os participantes, ressalta Fazzalari, não decorre do fato de a competência para decidir caber a terceiro não contraditor, como se dá no processo jurisdicional, mas sim da posição de igualdade que todas as pessoas ostentam perante o Direito. Nesse passo, a cumulação de papéis subjetivos de contraditor e de responsável pela tomada da decisão objeto do debate (como ocorre com os legisladores) não descaracteriza o processo como procedimento desenvolvido em contraditório, ante a verificação da possibilidade de a atuação dos sujeitos, em tais hipóteses, desenvolver-se de forma paritária até o momento em que seja proferido o ato final decisório⁶¹³.

O núcleo do processo legislativo, ainda segundo Fazzalari, diz respeito a uma estratégia de coordenação dos embates de opiniões dos representantes eleitos pelo povo. Por

processo (uma predileção política de conformação de ordenamentos democráticos), e não, propriamente, um elemento essencial indispensável para a existência de um processo jurídico, não se afigurando, portanto, como um conceito lógico-jurídico, ou conceito fundamental. Um processo desobediente ao contraditório certamente é inválido, mas não deixa de ostentar natureza de processo, merecendo assim reconhecimento conceitual. Na formulação dos elementos integrantes de seu conceito, Didier se restringe à natureza do processo (ato jurídico complexo), e à sua finalidade (de produção de norma jurídica). No que diz respeito ao tema do presente estudo, vale ressaltar que a proposta de organização teórica de Didier não nega que o processo legislativo integre uma Teoria Geral do Processo Jurídico, decomponível em diferentes teorias gerais aplicáveis aos diversos núcleos conceituais essenciais dos procedimentos nela englobados. Assim, essa Teoria Geral do Processo Jurídico albergaria uma Teoria Geral do Processo Legislativo, uma Teoria Geral do Processo Administrativo e uma Teoria Geral do Processo Judicial. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 4 ed. Salvador: Juspodvm, 2017, esp. p. 87.

⁶¹² Outra visão alternativa digna de nota, que propõe o estudo do processo como um fenômeno geral, não enclausurado em torno do processo judicial no que diz respeito à sua teoria geral (incluindo, necessariamente, o processo legislativo como objeto teórico) é defendida por Carlos Alberto de Salles, para quem, a definição fazzalariana pecaria por “desconhecer outros valores além do contraditório que podem estar, e, normalmente, estão, expressos na disciplina normativa do procedimento”. Adiante, em conclusão que poderia ser encampada à luz das premissas defendidas anteriormente neste trabalho, diz o autor que “O atributo que dá ao procedimento natureza de processo e determina o interesse jurídico é, portanto, a presença de uma racionalidade normativa à qual a decisão deve estar condicionada. Essa racionalidade diz respeito à presença de determinadas normas (...) representativas de valores vazados na regulação procedimental do processo. Assim, considerando seus aspectos funcionais, o processo pode ser conceituado como o *procedimento decisório dotado de normatividade*, pelo qual se expressa uma racionalidade jurídica determinada, significativa dos valores aos quais a decisão, a ser produzida, deve estar condicionada.” SALLES, Carlos Alberto de. *Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 201-217.

⁶¹³ “A qualidade de contraditor, onde quer que ela concorra com a do autor do ato, importa, por outro lado, uma consequência essencial: mesmo quando se trate de um órgão público, munido de imérito, o autor é colocado, durante a fase preparatória do ato, em pé de simétrica paridade em relação ao outro ou aos outros contraditores. E, nesse diapasão, a posição do autor do ato final e a posição do interessado colocado em contraditório continuam a se distinguir mesmo quando pertençam à mesma pessoa: a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca no órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final. (...) Considerações análogas são desenvolvidas para a hipótese na qual o contraditório se dê entre os componentes de um órgão (público ou privado) em vista da emanação do ato final: pensa-se nos membros de um parlamento, nos sócios de uma sociedade de capitais. Como portadores de posições contrastantes, eles desenvolvem, em um momento anterior ao ato final (a lei, a deliberação assemblear) e em pé de paridade entre eles, o debate sobre a situação na qual atuar e sobre as escolhas a fazer. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.124.

isso, a aplicabilidade da fórmula processual a esse jogo democrático de criação das leis, confirma a sua essência de estrutura voltada para assegurar as liberdades. No processo legislativo, o contraditório é celebrado como método que propicia a organização dos elementos necessários para as deliberações parlamentares, respeitadas as condições basilares da democracia⁶¹⁴.

Com efeito, não há incompatibilidade entre as características institucionais das legislaturas e as exigências deliberativas positivadas no princípio do contraditório, cuja aplicação anima um dissenso pluralista, ao possibilitar a delimitação do problema objeto da deliberação e a identificação das razões dos opositores, reduzindo as complexidades discursivas, constringendo os participantes ao diálogo e amplificando o debate para além do parlamento, em decorrência da transparência imposta pela necessidade de exposição dos argumentos intrínseca à lógica procedimental dialética⁶¹⁵.

Se a função do processo legislativo é dotar a comunidade de uma instância capaz de tutelar as divergências por meio de decisões que alcançarão a todos, e se os componentes das legislaturas devem refletir essa multiplicidade de identidades e de interesses políticos, parece indispensável a adoção de arranjos de deliberação que viabilizem não apenas a expressão dessas diferentes concepções de mundo, mas também a sua interação argumentativa⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Fazzalari, em breve capítulo no qual trata do processo legislativo, compreende as limitações participativas da representação política, ao destacar: “Os membros do parlamento, por um lado compõem o órgão legislativo, de outro, em virtude da ligação com os respectivos eleitores – ligação que não é uma relação verdadeira e própria representação, e nem mesmo um mandato em sentido estrito, mas que certamente subsiste pelo fato que o ordenamento faz ressaltar a sua investidura da vontade manifestada pelos eleitores – representam-lhes os interesses. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 542.

⁶¹⁵ Para garantir e aprofundar o respeito ao contraditório – cuja eficácia não se restringe aos parlamentares, mas se revela importante para manter ativa a comunicação entre o povo e o Parlamento, nutrindo a representatividade política – é essencial que as legislaturas institucionalizem a prática de registro e transmissão audiovisual de todos os atos em tempo real, facilitando o acompanhamento do desempenho dos parlamentares e o entendimento dos trâmites e das decisões. Nesse sentido, confira-se CAREY, John. *Legislative voting and accountability*. Cambridge University Press, 2009, esp. pp. 43-65.

⁶¹⁶ “Com base na soberania legiferante do povo, nos direitos fundamentais e no seu exercício que se dá o constante aperfeiçoamento do Direito. Esse processo de aperfeiçoamento se mostra por meio de regras procedimentais e pela participação popular. A fim de favorecer a racionalidade, no sentido de previsibilidade do trâmite procedimental e universalidade da lei, as demandas circunscrevem-se a um procedimento legislativo com regras previamente definidas segundo a sua especificidade da demanda e, por seu turno, o processo legislativo abre-se à participação livre e em igualdade de oportunidade, mediante regras de quórum, regras de participação e representação, equilíbrio entre entes federativos etc.” GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. *A Constituição como Simulacro*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.35.

O princípio do contraditório, como dito, ao positivar valores democráticos e instituir ferramentas metódicas essenciais para sua efetivação⁶¹⁷ – ou, ao menos, suficientes para salvaguardar um conteúdo mínimo desses valores, mediante a identificação e proscrição de condutas atentatórias –, opera como um critério de racionalidade do processo⁶¹⁸ e também do poder político, apto a tornar verificável a realização dos distintos níveis de racionalidade legislativa anteriormente referidos. Atende-se à observação de Manuel Atienza, para quem as regras regentes da deliberação legislativa devem permitir que se atinja um meio-termo entre um discurso puramente racional e um discurso puramente estratégico, permitindo crítica racional e controle jurídico aos políticos e ao que acontece nos parlamentos, sem supor um processo político engessado ou hiper-racionalizado⁶¹⁹.

Certamente, deve-se reconhecer, não há garantia de que uma lei será eficaz, ou de que por meio dela se veiculará uma política pública adequada, em razão da mera exaustividade dos debates que precederam sua aprovação, ou da minudência das justificações apresentadas quando da apresentação das proposições ou dos votos. Uma má decisão pode ser tomada obedecendo ao máximo de rigor procedimental, e tudo que caberá aos opositores será tentar impedir o desfecho majoritário, ou trabalhar para revertê-lo na sessão legislativa seguinte.

Por outro lado, é inegável que, quanto mais ampla a participação, maiores as chances de que a solução mais adequada possível entre no radar dos parlamentares e venha a ser adotada. A observância do princípio do contraditório no processo legislativo, portanto, além de legitimar a decisão majoritária, serve de importante estímulo para enriquecer a deliberação, concretizando as vantagens epistêmicas da tomada de decisão coletiva, para a qual, contrariamente ao que ocorre nas deliberações monocráticas, múltiplas inteligências e capacidades cognitivas podem e devem concorrer, somando forças⁶²⁰.

⁶¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros, São Paulo, 2016, p. 88.

⁶¹⁸ SOMMAGGIO, Paolo. Il contraddittorio come critério de razionalità del processo. In: MANZIN, Maurizio; PUPPO, Federico. (orgs.). *Audiat et altera pars: Il contraddittorio fra principio e regola*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 208. Embora se referindo ao processo jurisdicional, pontua que “Invece di trasformarsi in una vivace rappresentazione, un gioco delle parti, è invece rimerso, in tutta la sua portata, il luogo del processo come momento ineliminabile del fenomeno giuridico, nel quale si svolge il contraddittorio che è un metodo di conoscenza epistemologicamente fondato, e non un’occasione nella quale chi sfoggia la propria abilità nel parlare molto senza sire nulla (ossia senza argomentare) è votato al successo.”

⁶¹⁹ ATIENZA, Manuel. *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 39.

⁶²⁰ LANDEMORE, Hélène. *Democratic Reason: Politics, collective intelligence and the rule of the many*. Princeton University Press, 2013.

No mesmo sentido, parece também irrefutável que, quanto mais precisa for a justificação da proposição e maior for seu reflexo no texto do enunciado normativo, mais fácil será sua compreensão, bem como o monitoramento da política pública, uma vez que se pode conhecer com precisão quais resultados pretendidos e monitorar a eficácia e a efetividade da legislação⁶²¹. Ademais, a transparência, consubstanciada na apresentação de justificação de proposições e de respostas às objeções advindas do debate legislativo, facilita o diagnóstico da captura do legislador, uma vez que a viabilização do patrocínio de fins particulares costuma depender da sonegação ou da dissimulação das finalidades subjacentes à proposição⁶²².

O contraditório, portanto, coloca-se como instrumento de efetivação de valores democráticos, por meio do qual as leis podem alcançar dimensões de racionalidade e de estabilidade que decorrem da observância de condições de comunicação realizadoras do exercício do direito de participação no processo de criação normativa⁶²³⁻⁶²⁴. Um procedimento adequado e democrático, embora não garanta a obtenção do melhor resultado possível, estimula a seriedade na tarefa de elaboração normativa, ampliando as chances de sucesso e tornando os fracassos atribuíveis às limitações cognitivas humanas ou a opções políticas, e não a displicências ou falhas de desenho institucional⁶²⁵.

Bem vistas as coisas, conclui-se que a composição das legislaturas, a multiplicidade de membros e de visões políticas nelas reunidas, reclama um procedimento que tome as divergências entre os participantes como ponto de partida das decisões, e que garanta

⁶²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 104.

⁶²² MEßERSCHMIDT, Klaus. Special interest legislation and legislative capture. In: OLIVER-LALANA, Daniel. (org.). *Conceptions and Misconceptions of Legislation*. Springer, 2019, pp. 243-272.

⁶²³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56. Em outra passagem (p. 185), Zaneti correlaciona muito bem democracia, racionalidade decisória e princípio do contraditório, chamando atenção para a aplicação do módulo processual também ao processo legislativo. Diz que “A relação entre a racionalidade prática procedimental (dialética, discursiva e tópica) e o contraditório revela-se, dessarte, biunívoca: para que seja possível a aplicação da racionalidade prática procedimental, é preciso que se atue em contraditório (relação dialética) e, para que seja possível a aplicação do contraditório, faz-se necessária a lógica procedimental. Esse “módulo processual”, constituído de “contraditores” é comum a todos os ramos do direito, e não unicamente ao processo jurisdicional, pois ocorre também nos processos administrativo e legislativo.”

⁶²⁴ Também Ada Pellegrini Grinover, quando esboçou uma teoria geral do processo mais ampla e moderna, destacou, com toda razão, que “a processualidade abarca também o processo legislativo, que é procedimento em contraditório (de natureza política) embora não esteja ligado ao acesso à justiça (jurisdição). Mas também visa à solução de conflitos, como escolha e regulação normativa para reger controvérsias.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.7.

⁶²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.104.

condições para que as estratégias de comunicação possam se desenvolver. Entre as características das legislaturas e a ideia de contraditório como princípio jurídico democrático, portanto, estabelece-se uma relação de sinergia⁶²⁶, na qual ambos concorrem para a democratização do direito⁶²⁷.

Consequentemente, para que esse ideal participativo possa ser alcançado em uma democracia representativa, é necessário que o princípio do contraditório manifeste sua incidência em suas múltiplas feições durante o processo legislativo, assegurando-se aos parlamentares não apenas o direito de obterem informação acerca das proposições legislativas, mas também o de manterem efetiva interação com os demais representantes e com o público. Nessa dimensão mais moderna, como é sabido, o princípio do contraditório assegura aos participantes do processo não só a voz, mas a influência no debate, plurissubjetivizando a decisão⁶²⁸.

Delineada a compatibilidade conceitual entre o princípio do contraditório e as atividades estruturantes do processo legislativo de criação de leis, passa-se a investigar como se dá a aplicação dessa importante norma de produção jurídica.

3.4.1 O princípio do contraditório como direito de influência e dever de debate no processo legislativo de criação de leis

Como se procurou demonstrar até aqui, a dinâmica do processo legislativo de criação das leis se lastreia nos vínculos mutuamente estabelecidos entre os parlamentares, seus partidos, o Executivo e outros grupos de interesses que buscam vantagens advindas da legislação. Os parlamentares agem ou permanecem estáticos conforme as múltiplas influências que recebem, sendo a dimensão comunicativa inerente à atuação política, que vai

⁶²⁶ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 98.

⁶²⁷ Fundados em premissas inteiramente diversas das adotadas neste trabalho, confirmam-se COIMBRA, José Geraldo. O contraditório no processo legislativo. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006; LAGES, Cintia Garabini. O caráter democrático do processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 191, p. 17-26.

⁶²⁸ Referindo-se ao *status activus* processualis, um direito fundamental subjetivo de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, que garante a influência na formação de normas jurídicas vinculativas: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 105,109. Mais, adiante, nessa mesma obra (p. 122), atribui-se ao princípio do contraditório a operacionalização da abertura democrática dos procedimentos estatais, “transformados em palcos dialógicos inclusivos e pluralistas. A participação em contraditório assegura que as escolhas de conduta dos sujeitos processuais sejam resultado da influência dos atos dos demais, devidamente levados em consideração”.

se construindo por meio do oferecimento e da recepção de diferentes estímulos (informativos/argumentativos, partidários, eleitorais, financeiros) dirigidos a convencer os parlamentares a adotarem os comportamentos desejados no jogo político parlamentar.

Haja vista que o cerne da atividade legiferativa – ao contrário da função jurisdicional – não diz respeito à aplicação de normas jurídicas, mas, sim, à construção de discursos normativos conformes às regras de produção do Direito, aqueles que participam da tomada de decisão legislativa contam com ampla margem argumentativa de persuasão sobre os demais e devem se valer da dialeticidade do procedimento para convencer a maioria dos legisladores a aprovar as proposições defendidas. O processo legislativo é construído, fundamentalmente, a partir desses contínuos exercícios de influência retro-operante, em que os comportamentos são resultantes de intercâmbios de propostas e de respostas, de ataques, contra-ataques e de defesas⁶²⁹, mutuamente implicados na forma de uma competição pública pela tomada de decisão política.

Para ser democrática e obter resultados proveitosos, a criação de leis depende dessa interação fluida, constante e recíproca entre os sujeitos participantes, a partir da qual todos os que integram o ambiente assemblear podem trabalhar pelo êxito de seus pleitos. Se as condições de igualdade de influência dos parlamentares sobre o processo legislativo forem barradas, as decisões produzidas não obedecerão aos critérios democráticos de produção do direito. Corresponderão, antes, a vontades políticas monologicamente impostas por meio de instituições parlamentares mais assemelhadas a um legislador unipessoal do que a uma legislatura⁶³⁰, que não respeitam os direitos procedimentais dos demais membros, sobretudo dos integrantes das minorias parlamentares⁶³¹.

⁶²⁹ “É a partir do controle de racionalidade operado pelo contraditório que se efetiva, na prática, o condicionamento resultante dessa comunicação: a influência chega até seu receptor e o emissor da mensagem sabe que foi compreendido e que realmente participou como sujeito condicionante.” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 122, 141.

⁶³⁰ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 99. John Hart Ely considera que, caso o direito de participação das minorias não seja assegurado, toda a lógica da representação parlamentar perde suas credenciais democráticas, e o processo legislativo deixa de ser confiável. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 106.

⁶³¹ Ainda em tempo, cumpre esclarecer que, ao se referir à expressão “minorias parlamentares”, não se pretende designar um conjunto único e estático de parlamentares. Trata-se, a rigor, de conceito circunstancial, casuístico, uma vez que a obtenção de apoios e a formação de maiorias parlamentares (em número suficiente para fazer valer sua vontade) varia conforme os interesses que permeiam cada deliberação. Nesse sentido, CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 63.

É justamente como consequência do desrespeito ao contraditório que as dinâmicas de funcionamento das legislaturas se revelam excessivamente partidárias ou distributivas, pobres sob a perspectiva informacional e sob o ponto de vista democrático, vale remarcar.

A manifestação desse direito de influência, associado a um dever de debate, concretiza-se no processo legislativo por meio de diversos atos e em distintas fases processuais, tais como a apresentação das proposições e de emendas, a requisição de destaques para votação em separado (o que aprofunda os debates em torno da questão destacada), as intervenções orais nos debates⁶³², ou ainda mediante a adoção da postura de obstrução por partidos ou blocos partidários⁶³³ (esta um exemplo de influência por omissão), todos instrumentos procedimentais de perfectibilização dos atos legislativos, relevantes para salvaguardar as minorias parlamentares, cuja expressão tende a ser dificultada na lógica política das coalizões governamentais, tendente a privilegiar a ação das majorias⁶³⁴⁻⁶³⁵⁻⁶³⁶.

⁶³² Interessante análise sobre a gestão do tempo nas manifestações orais feitas no decorrer do processo legislativo se encontra em HERNÁNDEZ, Antonio; URRUTIA, Juan Manuel; ROMERO, Samantha Requena. La gestión del tiempo en el discurso parlamentario. *Discurso & Sociedad*, v. 6, 2012, p. 49-78.

⁶³³ Em sentido amplo, obstrução parlamentar engloba todas as condutas procedimentais capazes de impedir ou de adiar votações. Estritamente, nos termos dos regimentos das Casas parlamentares brasileiras, refere-se à postura de partidos ou de blocos partidários que se retiram, simbolicamente, das comissões ou do plenário durante os processos de votação. Diante da obstrução da bancada, o número de parlamentares considerados presentes na sessão diminui, de forma que o quórum necessário para a abertura da votação pode vir a ser desfeito, provocando a retirada de pauta da proposição. A propósito, sublinhe-se que essa tática costuma ser utilizada conjuntamente a pedido de verificação da votação, o qual converte votações simbólicas em nominais, exigindo que os parlamentares se façam presentes no momento da tomada dos votos. Sobre essa e outras estratégias de obstrução e suas relações com o manejo das coalizões parlamentares, conferir RENNO, Lúcio; HIROI, Taeko. Obstrução e Processo Decisório na Câmara dos Deputados: 1991 a 2010. *Texto para Discussão*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília-Rio de Janeiro, 2014. O tema das obstruções suscita controvérsias no contexto estadunidense, ante a ausência de limitações regimentais às intervenções orais dos senadores, por exemplo. Há divergência na bibliografia sobre a constitucionalidade de tais comportamentos dilatórios e também sobre a possibilidade de serem judicializados, conforme anota KOGER, Gregory. *Filibustering: A political history of obstruction in the House and Senate*. The University of Chicago Press, 2010.

⁶³⁴ Um percurso histórico até o reconhecimento dos direitos das minorias parlamentares se encontra em GROFMAN, Bernard; HANDLEY, Lisa; NIEMI, Richard. *Minority representation and the quest for voting equality*. Cambridge University Press, 1992, esp. cap. 1. Percebendo a necessidade de regras procedimentais que instituam certas vantagens em favor das minorias nos parlamentos, BINDER, Sarah. *Minority rights, majority rule: Partisanship and the development of Congress*. Cambridge University Press, 1997.

⁶³⁵ Um instrumento utilizado em diversos ordenamentos a fim de equacionar a desvantagem das minorias parlamentares e de preservar o direito de influência de seus integrantes, aprofundando o direito ao contraditório, consiste na remessa das emendas derrotadas nas Comissões para o Plenário, acompanhadas de suas justificações, em anexo ao conteúdo da proposição aprovada nos comitês. São os chamados relatórios das minorias (minority reports), que reforçam a perspectiva informacional do processo legislativo, possibilitando aos membros do plenário conhecer mais facilmente dos argumentos que acompanharam cada proposição. Sobre o tema, contendo uma lista de países que adotam o mecanismo, conferir STRØM, Kaare; MATTSØN, Ingvar. *Parliamentary Committes*. In: DÖRING, Hebert. (org.). *Parliaments and majority rule in western Europe*. Frankfurt: Campus Verlag, 1995, pp. 274-281.

⁶³⁶ Não se supõe, por óbvio, que a participação das minorias parlamentares seja uma panaceia, a partir de cuja observância se fariam de pronto resolvidos os desafios da democracia deliberativa, anteriormente apontados. Como anota Daniel Capecchi Nunes, há pessoas e grupos sociais sujeitos a relações de tamanha opressão e dominação, que não conseguem ser ouvidos ou se fazer representados nem sequer pelos setores minoritários do

A doutrina processual, embora reconheça a incidência do contraditório no processo legislativo, pouco se aprofunda sobre o tema. São escassos os trabalhos que apontem como se dá a sua concretização no intercurso de tramitação das proposições e que identifiquem práticas procedimentais atentatórias, capazes de contaminar o procedimento e de nulificar a deliberação parlamentar⁶³⁷. Na tentativa de pôr essas questões em destaque, passa-se a apontar algumas condutas processualmente relevantes para a verificação da obediência do contraditório no processo legislativo, destacando-se a correlação entre situações politicamente nevrálgicas, especialmente atentatórias às minorias parlamentares, e o desrespeito às diretrizes procedimentais basilares emanadas do princípio.

3.4.1.1 O ônus de apresentar justificações às proposições legislativas como concretização do direito ao devido processo de elaboração normativa e manifestação do princípio da cooperação no processo legislativo

É certo que o exercício da iniciativa – consubstanciado no ato processual da proposição – é o momento inaugural do processo legislativo, por meio do qual se converte uma demanda política em ato processual, que será objeto de análise e deliberação legislativa⁶³⁸. A proposição representa a mais importante baliza discursiva e temática para todo o debate, servindo também como primeira oportunidade para que o proponente influencie os legisladores acerca das qualidades do texto encaminhado e da conveniência de

parlamento. São politicamente e socialmente invisíveis essas minorias sociais. NUNES, Daniel Capecechi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 24. Diante da existência desses setores subrepresentados, o desafio primeiro é incluí-los politicamente, o que pode justificar a adoção de medidas facilitadoras da representação democrática de minorias particularmente pequenas e dispersas nos parlamentos, tais como reserva de assentos, rebaixamento de quociente eleitoral em determinados distritos ou segmentos, redução das filiações necessárias para registro de um partido, financiamento privilegiado a partidos dessas minorias. Além dessas sugestões, podem vir a ser adotados privilégios procedimentais já no curso do processo legislativo, como direito de veto em questões diretamente relacionadas à minoria. Todas essas possibilidades são inventariadas por FROWEIN, Jochen; BANK, Ronald. A participação das minorias nos processos de tomada de decisões. Tradução: Fábio Cesar dos Santos Oliveira. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 77-109.

⁶³⁷ Monografia que segue pautando as discussões acerca do tema das nulidades processuais no processo legislativo foi escrita por CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁶³⁸ Por meio da iniciativa, manifesta-se um direito subjetivo de aspecto processual, titularizado por aqueles constitucionalmente legitimados, e cujo exercício implica um dever para o Parlamento, a saber, de processar e examinar a proposição. DICKMANN, Renzo. *L'organizzazione del processo legislativo*. Napoli: Jovene Editore, 2006, pp.30-32.

sua aprovação⁶³⁹, demonstrando os motivos pelos quais determinado tema deve ser regulamentado sob a forma pretendida⁶⁴⁰.

Não obstante, desde a fase pré-processual, momento anterior à iniciativa, no qual se dá a elaboração do teor do projeto de lei, já incide o princípio do contraditório, em forma de ônus argumentativos impostos à atividade de elaboração de proposições⁶⁴¹. Como se passa a demonstrar, tais ônus também decorrem do princípio da cooperação, corolário do contraditório, que estrutura o procedimento desde o seu início⁶⁴², garantindo condições isonômicas e democráticas de interação e de tomada de decisão.

Refere-se, especialmente, à necessidade de que toda proposição se faça acompanhada de justificativa pública, capaz de diagnosticar, com o máximo de informação possível, o problema a ser enfrentado pela iniciativa legislativa, de estimar os objetivos e os impactos que se esperam como efeitos da medida proposta e de prever os custos financeiros correlatos ao seu implemento⁶⁴³.

Ana Paula de Barcellos, que identifica essas três exigências argumentativas à proposição legislativa como o conteúdo mínimo do direito difuso ao devido procedimento de elaboração normativa, ressalva que tais requisitos procedimentais, longe de instituírem parâmetros substantivos de controle prévio de validade das leis, servem para melhorar as condições do debate democrático, para ampliar e qualificar as interações no espaço público.

⁶³⁹ Ana Paula de Barcellos percebe essa feição de influência no ato pelo qual se manifesta o poder de iniciativa. São palavras da autora: “O poder de iniciativa confere também a quem o recebe não apenas a possibilidade de colocar no topo do debate público determinado tema, mas de influenciar desde logo esse debate, por força das opções contidas na minuta apresentada. Um anteprojeto encaminhado já reflete uma série de opções políticas de quem o elaborou – o que se escolheu tratar, o que se escolheu não tratar e como tratar – que inevitavelmente terão um impacto na forma como as discussões irão se desenvolver.” BARCELOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 366.

⁶⁴⁰ TEJADA, Javier Tajadura. Sobre los Preámbulos de las Leyes, *Revista Jurídica de Navarra*, n. 29, 2000, pp. 176-177; GÓMEZ, Juan Carlos Cervantes. *Derecho Parlamentario: organización y funcionamiento del Congreso*. Ciudad de México: CEDIP, 2012, p.136.

⁶⁴¹ XANTHAKI, Helen. Misconceptions in legislative quality: an enlightened approach to the drafting of legislation. In: OLIVER-LALANA, Daniel. (org.). *Conceptions and Misconceptions of Legislation*. Springer. 2019, pp. 23-49.

⁶⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58.

⁶⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 174, 197; MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Ajuris: revista da associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, v.18, n. 53, 1991, pp. 114-138. Em sentido semelhante, porém se referindo a essas exigências como consectárias do “princípio de eficácia parlamentar”, CADENA, Miguel Angel Camposeco. ¿Cómo formar iniciativas de ley o decreto? In: HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús Castella-nos. (org.). *Doctrina y Lineamientos para la Redacción de Textos Jurídicos, su Publicación y Divulgación*, 4.ed. Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, México, 2008, pp.34-35.

De fato, esses ônus argumentativos facilitam e fomentam as trocas de ideias entre os parlamentares, especialistas e a cidadania, já que descortinam, para além do texto propriamente a ser adotado, o plano de ação política e os custos econômicos associados à proposição, redundando na apresentação das justificativas subjacentes aos projetos, encadeando a fase processual de instauração à etapa de deliberação. Eis uma forma bastante factível de se conhecerem as razões que justificam a atuação legislativa e os efeitos legais pretendidos, o que possibilita mensurar a racionalidade da legislação e de seu processo.

Uma proposição bem estruturada tem o condão de viabilizar o contraditório nas fases subsequentes do processo legislativo, diminuindo o custo de participação dos demais parlamentares⁶⁴⁴ e ampliando, sobremaneira, os ganhos associados a uma perspectiva informacional do processo, anteriormente já referida. A toda evidência, é mais fácil apoiar ou combater uma iniciativa quando se conhecem os objetivos que ela pretende concretizar, os custos que dela deverão decorrer e as justificativas que recomendam sua aprovação.

A institucionalização dessa prática processual implica benefícios informacionais recíprocos para os parlamentares, ganhos que devem ser estimulados em um modelo de processo legislativo democrático.

Além de se instituir filtro procedimental, capaz de evitar proposições empiricamente inviáveis, impassíveis de terem suas motivações ou orçamentos explicitados ou racionalmente justificados, propicia-se que tais elementos sejam contraditados e refutados desde o início da tramitação, elevando-se o rigor técnico e a transparência do processo e dos debates parlamentares. Ademais, facilita-se a futura avaliação periódica da política pública⁶⁴⁵, dificultando-se a adoção de legislações ineficazes, inaptas a transformar a realidade e a promover os direitos pretendidos, devido à ausência de dotação orçamentária que assegure os

⁶⁴⁴ ZORZETTO, Silvia; FERRARO, Francesco. Legislación y nudging: hacia una definición adecuada. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org.). *La Legislación en serio: estudios sobre Derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 223-266.

⁶⁴⁵ Uma teoria da legislação fundada em racionalidade exige que as leis sejam formuladas em termos que permitam sua avaliação. Por avaliação legislativa, Mauro Rivera León e Constantino Fabian entendem um sistema ou procedimento que “empleando una metodología previamente definida, realiza un análisis cuantitativo y/o cualitativo de los efectos de una norma emitiendo un juicio de valor de la misma.” Para que a avaliação legislativa possa funcionar, é necessário levá-la em consideração antes, durante e depois da elaboração da lei: “El análisis *ex-ante*, fungirá como motivación de los impulsores de la norma y como parte de los antecedentes de la ley. La evaluación *durante* se considerará como um argumento que pretenda inclinar la balanza de votaciones em el proceso parlamentario y la evaluación *ex post* será um mecanismo que permitirá no sólo conocer los efectos de la norma, sino – y fundamentalmente éste es el objetivo – corregir sus deficiencias. LEÓN, Mauro Arturo Rivera; FABIÁN, Constantino Martínez. *Cuando la forma es el fondo: estudios de técnica legislativa y lelingüística*. Cidade do México: Editorial Flores, 2015, p. 173.

investimentos mínimos necessários à implementação das políticas públicas a elas correlatas⁶⁴⁶.

Ao apresentar projetos formalmente adequados e devidamente justificados, um parlamentar propicia melhores condições de interação processual para os demais, contribuindo para que seja alcançada a melhor decisão possível, mediante o máximo aproveitamento das vantagens epistêmicas da regra de decisão majoritária.

A dimensão principiológica cooperativa, que estrutura o processo como uma comunidade argumentativa de trabalho formada entre os participantes, institui esse ideal regulativo, no qual os próprios atores colaboram para a ampla e equilibrada participação de todos na tomada de decisão, mediante a construção de vínculos argumentativos e jurídicos dirigidos à consecução de uma finalidade comum⁶⁴⁷.

E, no processo legislativo, essas diretrizes principiológicas, enfatize-se, são concretizadas por meio de um feixe de normas jurídicas, regras procedimentais constantes da Constituição e dos Regimentos Internos das Casas legislativas, convergentes em seus sentidos quanto ao reconhecimento e à disciplina de um modelo de processo legislativo racional e democrático, construído a partir de ônus argumentativos associados às pretensões políticas, tudo elaborado, discutido e decidido dialeticamente.

Nos regimentos internos da Câmara dos Deputados⁶⁴⁸ e do Senado⁶⁴⁹, a justificação se traduz como um ônus processual, constituindo elemento de regularidade formal

⁶⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 214.

⁶⁴⁷ Daniel Mitidiero diz que a aplicação do princípio da colaboração no processo civil se dá entre cada parte e o juiz, haja vista que os litigantes, por defenderem interesses opostos quanto à solução do litígio, de fato não colaboram entre si. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: do modelo ao princípio. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. No processo legislativo, uma vez que os parlamentares desempenham, simultaneamente, os papéis de postulantes e de tomadores de decisão, parece ser correta a defesa de uma dimensão ainda mais profunda do princípio da cooperação, exigindo-se isonomia procedimental desde a apresentação de iniciativas, bem como na condução do processo e nas votações. É dizer, faz ainda mais sentido sustentar que todos os parlamentares têm deveres processuais de colaborar entre si, haja vista que a eles próprios caberá decidir as proposições, evidenciando-se esse aspecto de benefício mútuo advindo da condução cooperativa do processo. Marta Picchi, com toda razão, ressalta que os parlamentares precisam poder conhecer o grau de impacto de suas contribuições em comparação com a decisão final, sob pena de desmobilização dos incentivos mínimos a participações em decisões posteriores. PICCHI, Martha. *L'obbligo di motivazione delle leggi*. In: FERRARO, Francesco; ZORZETTO, Silvia. (orgs.). *La motivazione delle leggi*. Turim: G.Giappichelli Editore, 2018, p. 22.

⁶⁴⁸ Nesse sentido, vale atentar para o texto do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, artigo 103, segundo o qual: "A proposição poderá ser fundamentada por escrito ou verbalmente pelo autor e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia inscrição junto à Mesa. Parágrafo único. O relator de proposição, de ofício ou a requerimento do Autor, fará juntar ao respectivo processo a justificação oral, extraída do Diário da Câmara dos Deputados."

da proposição, cuja ausência pode vir a obstar sua tramitação. Nesse sentido, o artigo 137 §1º do Regimento da Câmara preceitua que deve o presidente rejeitar, liminarmente, proposições evidentemente inconstitucionais ou formalmente defeituosas, que deverão ser devolvidas aos autores, para reformulação e reproposição⁶⁵⁰. Excepcionalmente, a depender do rito de tramitação, é possível que a apresentação de justificações seja feita, oralmente, pelo autor ou pelo relator, nas comissões ou em plenário.

Uma vez que o ordenamento prevê soluções para o aproveitamento da proposição, aceitando que ela venha a ser justificada posteriormente à sua apresentação (inclusive por outros parlamentares que não o proponente), e deixando, portanto, de impor a nulidade imediata como única consequência decorrente da ausência de justificação, conclui-se que o sistema processual institui verdadeiro ônus argumentativo correlato à faculdade de iniciativa⁶⁵¹.

E a desincumbência desse ônus pelo parlamento se revela fundamental tanto no que diz respeito à efetivação da lógica de cooperação processual entre os parlamentares – que visa a oportunizar o equilíbrio procedimental possível entre integrantes de majorias e minorias⁶⁵² –, bem como à luz do princípio da soberania popular, por constituir o primordial

⁶⁴⁹ Na mesma linha, do Regimento Interno do Senado Federal, no artigo 238, colhe-se a seguinte determinação: “As proposições, salvo os requerimentos, devem ser acompanhadas de justificação oral ou escrita, observado o disposto no parágrafo único do art. 233”. Já do artigo 249, consta que “toda proposição apresentada ao Senado será publicada no Diário do Senado Federal, na íntegra, acompanhada, quando for o caso, da justificação e da legislação citada.”

⁶⁵⁰ Obviamente, esses dispositivos não podem ser interpretados como se autorizassem ao presidente da Casa legislativa um controle material prévio acerca da conveniência ou mesmo da constitucionalidade das justificações apresentadas. Trata-se de exame preponderantemente formal, no qual cumpre verificar, tão somente, se alguma justificativa foi apresentada em subsídio da proposição.

⁶⁵¹ Eros Grau, diferenciando os conceitos jurídicos de dever e de ônus, esclarece que “o ônus não impõe a adoção de uma conduta pelo sujeito a ele vinculado, isto é, não fixa dever de conduta”, enquanto o dever jurídico “consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica”. GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade De São Paulo*, v.77, 1982, p. 182; Vitor de Paula Ramos, por sua vez, formula didaticamente explicação para a compreensão do conceito de dever jurídico, distinguindo-o do conceito de ônus: “O dever jurídico descreve uma conduta (positiva ou negativa) que o Direito não só aprecia, mas exige. Não existem mais, como no ônus, condutas igualmente lícitas, nem opção para o sujeito passivo. A conduta descrita deve, em outras palavras, ser adotada; o Direito não tolera sua não adoção. RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*: do ônus ao dever de provar. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 57. Advertindo que a distinção entre dever e ônus se origina de importações conceituais do direito material, AUBERT, Enduando Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil*: retórica, histórica, dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 32-47.

⁶⁵² Rafael Sirangelo de Abreu refere-se à simetria entre os participantes do processo como exigência de igualdade de tratamento quanto a cada um deles, de forma que tenham direitos, poderes e deveres processuais simétricos relativos às idênticas posições processuais, sem que haja distinções arbitrárias no conteúdo e na aplicação das normas processuais, garantindo-se a todos, ainda, igual acesso à informação. ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo*: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.73. No processo legislativo, o critério da decisão majoritária tende a fazer pender,

mecanismo capaz de recompor, permanentemente, o diálogo entre os destinatários das regras e a autoridade legislativa⁶⁵³.

3.4.1.2 Elaboração de pautas, apresentação de emendas parlamentares e a proibição de votação surpresa de proposição não submetida à discussão prévia

Outra decorrência lógica do direito democrático de exercer influência no processo de criação de normas jurídicas é a chamada vedação às decisões surpresa, dimensão do princípio do contraditório concretizadora da garantia fundamental de audiência, mediante a exigência de adoção de condições procedimentais adequadas à efetiva interação dos participantes⁶⁵⁴, proscrevendo-se decisões sobre questões não conhecidas e debatidas previamente.

Para que o direito de influência seja efetivamente respeitado, devem os participantes tomar contato com as questões submetidas à deliberação e seus pontos de vistas precisam ser apresentados e apreciados previamente à tomada de decisão. Em síntese, a obediência ao contraditório pressupõe que os participantes disponham de tempo hábil para

naturalmente, a balança do procedimento favoravelmente às maiorias, cuja preponderância de vontade política dá viabilidade aos programas governamentais. Todavia, em nome dessa aspiração por efetividade, não se pode instaurar uma tramitação demasiado rápida e anular a dimensão processual da igualdade, uma vez que dela decorre a participação procedimental dialética que confere racionalidade e legitimidade democrática ao parlamento. Nesse passo, LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *Por un nuevo procedimiento legislativo*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 67.

⁶⁵³ Com base nessa premissa, Martha Picchi reforça a indispensabilidade de serem apresentadas razões pelo legislador quando da elaboração de novas leis, embora reconheça a prevalência da dimensão política e as repercussões procedimentais inevitáveis daí decorrentes. Diz a autora: “Né può essere invocata la politicità dell'atto legislativo per escludere l'obbligo di motivazione perché nessun potere può essere considerato libero nei contenuti e nei fini della propria attività. Neppure può essere addotta la legittimazione soggettiva del Parlamento, la sua investitura democratica, perché non vi è fungibilità fra legittimazione soggettiva e quella oggettiva e, dunque, non è una spiegazione sufficiente per porre al riparo la legge sotto il profilo della legittimità costituzionale. Nemmeno le difficoltà tecnico-pratiche nel formulare la motivazione dell'atto legislativo, né il rischio di motivazioni puramente formali e non corrispondenti ai reali motivi di intervento del legislatore sono argomentazioni convincenti perché le ragioni pratiche o le possibili degenerazioni non bastano ad escludere l'esistenza di un obbligo implicito derivazione delle leggi ca rispetto alla fonte costituzionale.” PICCHI, Martha. L'obbligo di motivazione delle leggi. In: FERRARO, Francesco; ZORZETTO, Silvia. (orgs.). *La motivazione delle leggi*. Turim: G.Giappichelli Editore, 2018, p. 18.

⁶⁵⁴ Camilo Zufelato realça que a proibição de decisões surpresa não constitui propriamente uma novidade no sistema jurídico, advinda do princípio da cooperação, mas sim uma decorrência imediata do direito de influência, por sua vez atributo inafastável do contraditório. Nesse sentido, Zufelato sublinha a redundância contida na locução pleonástica contraditório participativo, uma vez que “o princípio do contraditório é meio pelo qual se efetiva a participação, de modo que não há contraditório que não seja participativo.” ZUFELATO, Camilo. Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 65. Também nesse sentido, já se pronunciava CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; GALDINO, Flávio; KATAOCA, Eduardo Takemi (orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 193-210.

estabelecer interação argumentativa a respeito das questões, não se contentando com interferências extemporâneas, ou meramente formais no processo, incapazes de persuadir os responsáveis pela tomada da decisão.

Obviamente, o princípio do contraditório se concretiza de diferentes maneiras nos processos jurisdicional e legislativo⁶⁵⁵. Entretanto, o cerne de seus vetores normativo-axiológicos, que moldam a tomada de decisão à racionalidade dialética democrática, alcança as atividades parlamentares, conforme se vem defendendo neste trabalho.

Uma mostra disso, no que diz respeito à proibição de decisões surpresa, evidencia-se nas regras de processo legislativo que impõem tanto um interstício mínimo entre a distribuição da matéria e o início da discussão e da votação⁶⁵⁶, quanto uma separação entre as fases de discussão e votação⁶⁵⁷. Embora parcela da doutrina constitucionalista perceba tais normas como princípios, cuja utilidade maior consistiria em impedir nova deliberação após tomados os votos⁶⁵⁸, trata-se de regra jurídica destinada, precipuamente, a garantir o direito de influência mínimo dos parlamentares, ordenando o processo de maneira que nada venha a ser levado à decisão sem prévio debate, sem interação argumentativa das múltiplas correntes políticas que se fazem presentes nas assembleias, fator principal de legitimação do processo legislativo.

⁶⁵⁵ No processo jurisdicional, a fundamentação das decisões exerce papel de controle da legitimação argumentativa, operando como um indicador do respeito ao direito de influência, ante o ônus de que todos os argumentos suscitados pelas partes sejam objeto de debate e de enfrentamento pelo juiz, à luz dos parâmetros normativos do ordenamento jurídico. Dentre os vários bons estudos sobre o tema, destaca-se o de CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil*: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. No processo legislativo, essa verificação do direito de influência certamente é menos intensa, haja vista que, nos atos decisórios, os parlamentares simplesmente aderem à proposição submetida a escrutínio, (que recebera justificação quando de sua proposição) ou a rejeitam, em juízo binário que admite a abstenção como opção de voto. Inexiste, para cada um dos parlamentares, obrigação de emitir pronunciamento, detida e individualmente, sobre todos os argumentos apresentados (embora lhes seja facultado apresentar à Mesa Diretora, após a votação, declaração escrita de voto, contendo justificações), afigurando-se, nesse passo, duvidosa a ideia de que seria possível identificar uma intenção legislativa subjacente ao texto aprovado, conforme previamente destacado.

⁶⁵⁶ Nesse sentido, o artigo 150 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê um interstício mínimo de duas sessões entre a distribuição dos pareceres das comissões e o início da discussão ou votação correspondente, excetuados casos de urgência. No Regimento Interno do Senado Federal, o inciso XI do artigo 412 preceitua como um dos princípios básicos de legitimidade da elaboração de norma legal a elaboração de pauta de decisões “com antecedência tal que possibilite a todos os Senadores seu devido conhecimento.”

⁶⁵⁷ No Regimento Interno da Câmara dos Deputados, prescrevem os artigos 178 e 180 que a votação completa o turno regimental da discussão. A votação das matérias pressupõe o prévio encerramento das discussões, ato formal da presidência, que se dá pela ausência de oradores, pelo decurso dos prazos regimentais, ou ainda por deliberação do Plenário, permitindo-se, tão somente, encaminhamento da votação por parte dos líderes. Idêntica sistemática consta do Regimento Interno do Senado, no artigo 275.

⁶⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 53.

Aliás, alcançar uma dinâmica de equilíbrio entre a participação adequada dos parlamentares e o avanço da agenda parlamentar, necessária à implementação das políticas públicas, é dos maiores desafios que se colocam aos estudiosos do processo legislativo em todo o mundo⁶⁵⁹, haja vista a dificuldade de estipular o tempo de tramitação frente à necessidade de participação. Especialmente no Brasil, a problemática se mostra ainda mais complexa, seja pela grande quantidade de componentes da câmara baixa, ou pela insuficiência de transparência em momentos politicamente sensíveis do processo, tais como a elaboração das pautas.

Conforme mencionado anteriormente, a concentração de poderes nos líderes partidários e nos presidentes das casas legislativas, não raro, acarreta dificuldades informacionais para a maior parte dos parlamentares. Não há, até os dias de hoje, definição precisa acerca da atuação do Colégio de Líderes, órgão depositário da missão de descentralizar os poderes de organização do processo⁶⁶⁰, cuja convocação persiste subordinada à vontade do Presidente, e cujas reuniões permanecem secretas ou mesmo informais, impossibilitando aos demais parlamentares e ao povo conhecer o critério que rege a inclusão em pauta de uma proposição em detrimento de outras.

No cotidiano das Casas do Congresso Nacional, essa falta de transparência quanto à elaboração da agenda de votações vem acarretando empobrecimento das deliberações, notadamente em ocasiões nas quais não se divulga para os deputados, com antecedência mínima, o que será discutido e votado pelo plenário ou pelas comissões⁶⁶¹. Sem dispor de tempo hábil para analisar e estudar as matérias, tudo que os parlamentares podem fazer é adotar as recomendações das lideranças, ou se contentar em tomar decisões simplesmente à luz das exposições orais, cenário que não parece atender suficientemente às normas constitucionais de produção jurídica.

Ora, vem se defendendo que o papel das regras procedimentais deve ser o de incentivar ao máximo os debates e a circulação de ideias. Calcado nessa premissa, não é difícil concluir que decisões legislativas não precedidas de suficiente discussão violam o princípio do contraditório, e assim desrespeitam direitos das minorias parlamentares e do próprio povo, destinatário das medidas e titular do poder político.

⁶⁵⁹ LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *Por un nuevo procedimiento legislativo*. Madrid: Dykinson, 2015, p.84.

⁶⁶⁰ FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. O Colégio de Líderes: surgimento e evolução. *E-Legis*, n. 8, 2012, pp. 1-28.

⁶⁶¹ ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. *Processo Legislativo no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, pp. 83-86.

Essa problemática se apresenta com ainda mais nitidez nas emendas parlamentares, cujo poder de apresentação é inerente ao exercício da atividade parlamentar⁶⁶².

As emendas são instrumentos essenciais tanto para a maioria quanto para as minorias congressuais, pois possibilitam ao Parlamento ombrear o protagonismo político do governo, discutindo e modificando os projetos de lei oriundos do Executivo. Viabilizam participação mais equitativa dos parlamentares nas deliberações, conferindo às oposições possibilidades de introduzir seus pontos de vista no debate público e de exigir manifestação do congresso sobre as alternativas apresentadas⁶⁶³⁻⁶⁶⁴, em inegável concretização do princípio processual do contraditório, lido como direito de influência e dever de debate⁶⁶⁵. Ademais, não se deve esquecer do papel essencial das emendas para o funcionamento da lógica bicameral, porquanto, por meio delas se materializa parte substantiva dos pontos de discordância entre as Casas, que debatem entre si e controlam-se mutuamente.

Por isso, embora seja aceitável que ritos mais abreviados de tramitação se valham de sumarização dos debates, de diminuição do âmbito da colegialidade e de restrições ao direito de apresentar emendas como estratégias de agilização procedimental⁶⁶⁶ – tendência verificada no Brasil⁶⁶⁷ –, supressões demasiado gravosas neste sentido, bem como a adoção de atalhos procedimentais que obstem a apresentação e o correto debate e apreciação de

⁶⁶² Conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 973-7/AP, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, em 17/12/1993.

⁶⁶³ MÁRQUEZ. Piedad García-Escudero. *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2006, pp. 231-235; PICCIRILLI, Giovanni. *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*. Pádua: CEDAM, 2009 (Versão do Kindle).

⁶⁶⁴ Nos termos dos regimentos internos das casas parlamentares (art. 118 §1º do Regimento da Câmara dos Deputados e art. 246, II do Regimento do Senado), as emendas classificam-se em aditivas, supressivas, aglutinativas, substitutivas, modificativas, ou de redação. As aglutinativas fundem várias emendas em uma só, de sorte que não criam textos propriamente novos. As substitutivas alteram substancialmente a proposição original (são comumente denominadas de “substitutivos”). Já as emendas modificativas cuidam de alterações não essenciais ao sentido do texto, juntando ou separando dispositivos já constantes da proposição, enquanto as emendas de redação se prestam a mera correção de vício gramatical, verdadeira subespécie de emenda modificativa. Quanto ao tema, conferir ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. *Processo Legislativo no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, pp. 233-235.

⁶⁶⁵ Na linha aqui adotada, enxergando o direito das minorias à oposição democrática nos parlamentos como decorrência do princípio processual do contraditório, RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo Processo Civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 575 (Edição do Kindle).

⁶⁶⁶ LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *Por un nueno procedimiento legislativo*. Madrid: Dykinson, 2015.

⁶⁶⁷ Pesquisas empíricas realizadas nas últimas décadas apontam um progressivo aumento no número de leis cuja deliberação se deu exclusivamente nas comissões. Fabio de Barros Correa Gomes, examinando a produção legislativa entre 1999 e 2006, aponta que 70% dos projetos de iniciativa de parlamentares foram transformados em lei sem passar pelo plenário. GOMES, Fábio de Barros Correia. *Produção Legislativa no Brasil – Visão sistêmica e estratégica do presidencialismo de coalizão*. Brasília: Edições Câmara, 2013, pp. 115/122.

emendas violam o princípio do contraditório, ensejando a ilicitude procedimental apta a nulificar o feito por inconstitucionalidade⁶⁶⁸.

Assim se dá, por exemplo, quando emendas extrapolam a pertinência temática da proposição; nos casos em que emendas de redação são utilizadas como artifício para promover modificações substanciais nas proposições, desrespeitando a necessidade de submetê-las novamente ao debate⁶⁶⁹; ou ainda em situações nas quais o uso de emendas aglutinativas é malversado, com o intuito de reverter deliberações já terminadas, sendo esta última hipótese objeto de análise na parte final de tópico subsequente.

No primeiro caso acima referido, as emendas sobre assuntos estranhos aos do projeto em discussão refletem intenção de ver encurtado o devido processo legislativo. Causam prejuízo à ordem dos trabalhos e violam o princípio do contraditório, havendo disposições regimentais que prescrevem sua rejeição liminar⁶⁷⁰, além de disposição da Lei Complementar nº 95 de 1998, segundo a qual, excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto, e não conterá matérias a ele não vinculadas por afinidade, pertinência ou conexão.

Já em meio à discussão do tema veiculado, balizado e justificado pela proposição original, os integrantes da assembleia são surpreendidos com o advento de proposição sobre tema diverso, o que os força a tomar contato, de súbito, com nova matéria. Compromete-se a qualidade da discussão, haja vista que, no mesmo intervalo de tempo do qual disporiam para elaborar e debater sobre um determinado conjunto de problemas, faz-se necessário tratar, em conjunto, de outros, desordenando-se a estruturação de encadeamento racional das etapas processuais, à proporção em que se dificulta a interação qualificada entre os membros.

⁶⁶⁸ Nesse sentido, embora sem se referir diretamente ao princípio do contraditório, conferir ROSSET, Patrícia. Processo Legislativo e regime de urgência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). *Direito Constitucional Brasileiro*, volume II: organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 396-440.

⁶⁶⁹ SIMÃO NETO, Calil. O papel da Casa Iniciadora quanto às emendas da Casa Revisora: a inconstitucionalidade formal da lei de improbidade administrativa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 71, 2010, pp. 34-50.

⁶⁷⁰ Do § 3º do art. 100 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados consta que “nenhuma proposição poderá conter matéria estranha ao enunciado objetivamente declarado na ementa, ou dele decorrente. E também que “o Presidente da Câmara ou de Comissão tem a faculdade de recusar emenda formulada de modo inconveniente, ou que verse sobre assunto estranho ao projeto em discussão ou contrarie prescrição regimental.” No Senado, o Regimento prevê (no art. 230, I) que “não se admitirá emenda sem relação com a matéria da disposição que se pretenda emendar” Nesse mesmo sentido, o §4º do art. 4º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional proíbe a apresentação de emendas que tratem de matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória endereçada ao parlamento, prescrevendo que caberá ao presidente da comissão mista indeferir liminarmente tais proposições.

Não raro, são oferecidas, simultaneamente, muitas emendas com temática estranha à da proposição de origem, justamente como tentativa de embaralhar o processo, apostando-se no tumulto procedimental e na sumarização dos debates como estratégias para reduzir as capacidades de elaboração e problematização da assembleia, e assim conseguir a aprovação açodada de leis que não seriam jamais aprovadas pelo Parlamento em condições normais de deliberação⁶⁷¹, comprometendo-se a transparência e os direitos de participação, diretrizes sob as quais o processo legislativo se alicerça na Constituição.

As ilicitudes decorrentes dessa prática se evidenciam em se tratando de emendas formuladas em lei de conversão de medidas provisórias, espécie normativa por meio da qual o Executivo pode regulamentar matérias para as quais detém competência privativa, cabendo ao Presidente da República, ainda, definir se se encontram verificados os requisitos de relevância e urgência. Caso se admitissem emendas sobre temas diversos, possivelmente, o Legislativo terminaria por iniciar proposições sobre matérias fora do seu alcance, ou por usurpar a prerrogativa do Executivo quanto à identificação das circunstâncias atípicas que autorizam essa espécie excepcional de regulamentação⁶⁷².

Decerto, o direito dos parlamentares à apresentação de emendas às medidas provisórias editadas pelo Executivo, previsto no §12 do art. 62 da Constituição, tem importância inquestionável. Não fosse o poder de emenda, não contaria o Parlamento com margem de negociação política perante o Executivo. A deliberação parlamentar se estreitaria, ficaria adstrita a um binarismo do tipo “tudo ou nada”, como únicas possibilidades de decisão política, o que incentivaria o uso imoderado de medidas provisórias, aumentando as chances de transferência do controle da pauta parlamentar ao Presidente. De fato, é preciso reconhecer que as emendas podem enriquecer os debates e que constituem instrumento de barganha política entre os parlamentares, seus partidos e o executivo⁶⁷³.

Não obstante, dessa importância política não pode decorrer a desnaturação do devido processo legislativo, nem a subversão das finalidades da medida provisória, que não deve servir de gatilho para oportunismos de congressistas receosos em submeter suas proposições ao indispensável crivo do debate público.

⁶⁷¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178.

⁶⁷² SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136.

⁶⁷³ CUNHA, Lucas. Tramitação e emendamento das medidas provisórias: evolução e do Legislativo no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 103, 2012, pp. 325 a 355.

O uso de emendas desconexas ao tema da proposição como moedas de barganha política perante o Executivo, os partidos e os demais parlamentares, desincentiva o debate e a reflexão exigidos pelo princípio do contraditório, os quais se desenvolvem, no processo legislativo, a partir de concessões recíprocas negociadas politicamente. Se as emendas às medidas provisórias não podem, elas próprias, ser objeto de novas emendas⁶⁷⁴, é de todo incorreto permitir que veiculem matéria inédita, diversa daquela que constitui o objeto das discussões iniciais, pois isso implicaria fechamento do processo de positivação de normas jurídicas à participação dialética.

Nesse passo, foi emblemática a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a essas emendas desprovidas de pertinência temática opostas em sede de lei de conversão de medida provisória. Na ação direta de inconstitucionalidade nº 5127, julgada em 2015, o Tribunal reconheceu que a desobediência ao requisito da pertinência temática constitui violação das disposições constitucionais regentes do processo legislativo, e não mera questão de economia interna do parlamento, judicialmente insindicável⁶⁷⁵.

Não obstante a corte tenha decidido pela inconstitucionalidade (com efeitos futuros) de leis de conversão quanto a essas emendas destituídas de pertinência temática, adotando como uma das razões de decidir a exigência constitucional de se resguardarem as condições de maturação e de aprofundamento dos debates políticos, a tutela jurisdicional não tem evitado a prática reiterada dessa conduta por parlamentares, como bem demonstra estudo empírico recente⁶⁷⁶, no qual se destaca a grande abertura semântica das expressões

⁶⁷⁴ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL Filho, Ilton Norberto. Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos ‘contrabandos legislativos’: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodvm, 2013, pp. 235-249.

⁶⁷⁵ Anteriormente ao julgamento da Ação Direta 5127, a jurisprudência do Supremo se mostrava divergente quanto ao tema. Certos julgados adotavam essa posição restritiva (e equivocada), segundo a qual a relação de pertinência temática entre emenda e proposição original constituiria mera questão *interna corporis*, a exemplo da Medida cautelar no Mandado de Segurança 31.444/DF. Noutra vertente, decisões consignavam a ilicitude das chamadas “emendas jabutis”, destacando a indispensabilidade de ser obedecido o requisito da pertinência temática, sob pena de violação constitucional. Nessa linha, as ações diretas nº 574/DF e 1835/SC. César Rodrigues van der Laan chama atenção para o fato de que a Câmara dos Deputados, a partir de 2013 (sob a presidência de Henrique Eduardo Alves), passou a devolver emendas destituídas de afinidade com a proposição originária (nesse sentido, a decisão da questão de ordem nº 352/2013). Todavia, a partir da condução do deputado Eduardo Cunha à presidência da casa, em 2015, afrouxou-se o juízo de admissibilidade das emendas, o que incentivou sobremaneira as violações constitucionais, desaguando na deliberação do Supremo sobre o tema. LAAN, Cesar Rodrigues van der. Um panorama recente da apresentação de emendas sem pertinência temática a medidas provisórias pós ADI 5127. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado Federal (CONLEG). *Texto para discussão*, n. 244, 2018.

⁶⁷⁶ Cesar Rodrigues van der Laan, utilizando a decisão do Supremo na ação direta n. 5127 como marco de recorte comparativo na Câmara dos Deputados, apurou o conteúdo das emendas parlamentares às medidas provisórias apresentadas nos doze meses que antecederam e nos doze meses que se sucederam à decisão. No

“pertinência temática”, “afinidade” e “conexão” como principal empecilho à controlabilidade da licitude das emendas, reforçando a necessidade de se manter a vigilância em tais casos.

No tópico que agora se encerra, defendeu-se que a expressão do princípio do contraditório como direito de influenciar o debate processual não tem sua aplicação restrita aos processos jurisdicional e administrativo, nos quais a explicitação das razões de decidir por meio da motivação das decisões corresponde a um dever de alusão às teses suscitadas pelos sujeitos processuais, revelando-se um forte índice argumentativo de controle da efetividade da participação.

Também no processo legislativo o princípio do contraditório estrutura um arranjo possível para intersubjetividade, no qual as minorias têm o direito de, pelo menos, forçar apurações indesejáveis e colocar as majorias na condição de terem de se justificar publicamente.

Com isso, evidentemente, não se quer dizer que o princípio do contraditório se concretize, no processo legislativo, de forma idêntica àquela que marca sua incidência no processo jurisdicional, para o qual a garantia foi originariamente imaginada e vem sendo desenvolvida com muito mais robustez. Como já se adiantou e se continua a tentar demonstrar, as diferenças entre essas funções do Estado implicam adoção de procedimentos de criação de normas próprios por cada uma delas, nos quais a forma de incidência do contraditório varia, provocando variadas repercussões.

3.4.2. Duas consequências da incidência do princípio do contraditório no processo legislativo

3.4.2.1. Da produção de estabilidades processuais no processo legislativo

Deliberações normativas provenientes de processos jurídicos válidos devem produzir estabilidades processuais, cujo grau pode variar a depender do tipo de discurso (de justificação ou de aplicação) e das preferências de política legislativa que regrem os diferentes

cotejo dos dados das 112 medidas provisórias (e 8.401 emendas) analisadas, verificou-se uma queda na quantidade de emendas sem pertinência temática. Anteriormente à decisão, 48% das emendas apresentadas foram consideradas “jabutis”, percentual que caiu para 21% no segundo período analisado, resultado igualmente expressivo. O autor registra, ainda, que não se tornou prática corrente a inadmissibilidade de “jabutis” pelos presidentes das comissões e da Câmara. LAAN, Cesar Rodrigues van der. Um panorama recente da apresentação de emendas sem pertinência temática a medidas provisórias pós ADI 5127. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado Federal (CONLEG). *Texto para discussão* n. 244, 2018.

procedimentos. Embora a categoria das estabilidades seja habitualmente vinculada ao processo jurisdicional e ainda pouco tratada no processo administrativo, ela desempenha, em verdade, o papel de conceito fundamental numa teoria geral do processo jurídico, servindo, inclusive, ao processo legislativo⁶⁷⁷.

Pense-se, por exemplo, nas chamadas regras de irrepetibilidade de propositura constantes dos dispositivos do §5º do artigo 60, do §10º do artigo 62 e do artigo 67 da Constituição Federal brasileira. A primeira preceitua que propostas de emendas constitucionais rejeitadas ou prejudicadas não serão objeto de nova proposição enquanto durar a sessão legislativa. A segunda prevê a mesma proibição, referindo-se à reedição de medidas provisórias rejeitadas ou cuja eficácia tenha expirado por decurso do prazo de deliberação legislativa, enquanto a terceira estabelece que projetos de lei rejeitados somente poderão ser repropostos no transcurso da mesma legislatura mediante proposição conjunta, encaminhada pela maioria absoluta dos membros de uma das Casas congressuais, estabelecendo, portanto, uma severa limitação ao poder de iniciativa dos congressistas⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ O paradigma adotado quanto ao tema das estabilidades processuais é aquele sustentado por Antonio do Passo Cabral, segundo o qual a estabilidade dos atos estatais pode e deve ser reconduzida a uma disciplina teórica comum, pois não há justificativa para se apartar, em termos conceituais, a estabilidade dos atos jurisdicionais das demais estabilidades de atos jurídicos estatais. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 299. Em trabalho mais recente, Cabral enfatiza a inadequação da metodologia costumeiramente dispensada ao tema das estabilidades dos atos decisórios estatais, presa à ideia de inalterabilidade dos conteúdos dos atos jurídicos, e, portanto, enclausurada na falsa percepção de que a coisa julgada, produzida em processo jurisdicional, seria a única espécie de estabilidade possível ou digna de tratamento doutrinário. Diz o autor “Se o ordenamento jurídico é dinâmico, o poder de constituir normas não se exaure na produção normativa originária; este poder continua existindo e por isso a mudança das regras é essencial ao sistema. A revogação de uma regra relaciona-se com a limitação do poder de produzir outra norma, e as estabilidades atuam imunizando os sentidos dos eventos pretéritos apesar das novas regras posteriormente adotadas.” Noutro trecho, mais adiante, conclui que: “a continuidade jurídica reflete o traço comum entre as estabilidades de todos os atos estatais. A diferença estaria não no órgão que edita o ato (se o Judiciário, se o Legislativo ou o Executivo), ou tampouco nos efeitos do ato (se gerais, abstratos ou concretos), mas na intensidade de preservação de sua duração, que é mais forte em certos casos (vejam-se as decisões de mérito em processo jurisdicional) que em outros.” CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*. Salvador: Juspodvm, 2020, pp. 69-70.

⁶⁷⁸ Parece claro que essas regras, se interpretadas *a contrariu sensu*, preceituam que matérias objeto de deliberação legislativa que tenham sido aprovadas tampouco poderão ser objeto de nova proposição e deliberação na mesma sessão legislativa (ressalvada a hipótese de projeto de lei que conte com o apoio de maioria absoluta de membros de uma casa congressual quando de sua propositura). Ora, a regra da decisão majoritária encerra um parâmetro binário, já que a rejeição importa, obviamente, na não aprovação da proposição. Logo, não faria sentido impedir a repropositura de matérias definitivamente rejeitadas e permitir que fossem repropostas matérias aprovadas, já que o parlamento, em ambas as hipóteses, terminaria instado a deliberar duas vezes sobre o mesmo tema na mesma legislatura. Registre-se que essa não é a posição comumente encontra na doutrina. José Afonso da Silva, por exemplo, considera que a norma óbice do artigo 67 da Constituição somente incidiria no caso de rejeição da proposição. Mas o autor desenvolve raciocínio que parece um pouco confuso sobre o tema, ao dizer que a decisão de aprovação seria definitiva, mas, logo em seguida, admitir sua revisão: “Aqui [no caso de aprovação de projeto de lei], temos uma decisão definitiva. O Congresso não poderá pronunciar-se mais sobre essa matéria. Seu ofício está terminado. Sobre o vencido não se falará mais.

Segundo tais dispositivos constitucionais, após uma determinada matéria ter sido submetida à deliberação congressional, culminando com sua votação, a decisão tomada pelo parlamento permanece inalterada até o início da legislatura seguinte, já que o tema não poderá ser objeto sequer de reproposição (em se tratando de emenda à Constituição) ou de reedição pelo Executivo (no caso de medida provisória), excepcionando-se a hipótese de difícil ocorrência do artigo 67, de acordo com a qual deve se reunir maioria absoluta de membros em favor da reproposição de matéria derrotada na mesma sessão legislativa, sendo necessário, portanto, que mais da metade dos membros de uma casa legislativa mude radicalmente de ideia num curto intervalo de tempo.

A doutrina costuma associar essas normas que veiculam a regra da irrepetibilidade a preocupações do Constituinte com a racionalidade, com a autonomia política e com a produtividade do processo legislativo, destacando que não seria salutar o legislador se ocupar de deliberar sobre temas muito recentemente apreciados e rejeitados, além do que a vedação à repositura imediata contribuiria para diminuir a pressão sobre os parlamentares, que ficariam preservados – ao menos até o fim da legislatura – contra influências exercidas por grupos interessados na reversão das decisões adotadas⁶⁷⁹.

Caso venha a ser alcançada maioria de votos pela rejeição de uma proposição, ou na hipótese de as minorias obstarem a formação de quórum especial de aprovação, garante-se que o arranjo político que redundou no resultado da votação legislativa possa produzir efeitos jurídicos que perdurem por algum tempo, assegurando-se que a pauta legislativa possa seguir adiante, simultaneamente à experimentação social da decisão adotada, cuja avaliação pode ensejar o amadurecimento do debate sobre o tema e assim propiciar construção política posterior e mais rica, em nova rodada deliberativa.

Transitou, por assim dizer, em julgado – ainda que formalmente, apenas. O Congresso, entretanto, poderá voltar ao tema, para revê-lo, por dois meios: um dependente de sua vontade, se for matéria de iniciativa livre, através de um novo projeto de lei; ou se o titular da iniciativa exclusiva apresentar novo projeto; outro, se o projeto for vetado – mas aqui só lhe restam dois caminhos: confirmar o aprovado ou rejeitá-lo nos termos do veto. Em qualquer caso de rejeição tem que se observar o disposto no art. 67 da CF.” SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.302. Tampouco no Supremo Tribunal Federal prevalece o posicionamento aqui defendido. No Mandado de Segurança, n. 22503/DF, relator para acórdão o Ministro Maurício Correia, julgado em 06/06/1997, a Corte firmou posição no sentido de que a rejeição de substitutivo não se equipara à rejeição da proposição originária, para fins de incidência da regra de irrepetibilidade constante da norma constitucional do §5º do art. 60. Na ocasião, o tribunal consignou haver necessária relação de acessoriedade entre a proposta principal e as emendas a ela oferecidas, as quais constituiriam simples incidentes ao processo legislativo.

⁶⁷⁹ KOZIKOSKI, Antonio. In: MORAIS, Alexandre de (org.). *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1306; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.4, tomo I, p. 419.

Por meio dessas normas constitucionais de produção jurídica, destinadas à promoção da segurança jurídica no processo legislativo, veiculam-se regras que instituem estabilidades processuais de graus variados, a depender da espécie normativa correlata, que pode exigir debates mais ou menos ágeis. Tendo sido suficientemente desenvolvido o contraditório entre os participantes no processo legislativo por ocasião das interações que marcam a discussão e a votação da matéria, é consequência lógica⁶⁸⁰ que a decisão tomada seja dotada de algum grau de estabilidade, para que se torne possível o encerramento da cadeia de atos que compõem o procedimento.

Trata-se, é inegável, de espécie de estabilidade provisória, superável, que se revela precária se comparada, por exemplo, à coisa julgada formada em processo jurisdicional. Porém, essa efemeridade que a caracteriza é plenamente compatível com o discurso de justificação associado à função legislativa de criação de leis, essencialmente permeável a razões políticas, pragmáticas e morais, cujas percepções pelas maiorias parlamentares, respeitados os limites constitucionais, alteram-se conforme variam as circunstâncias da conjuntura política, o que acarreta possibilidades amplas de modificação e revogação das leis⁶⁸¹.

A esse respeito, Luc Witigens, ao enfatizar que o legislador conhece apenas probabilisticamente o estado de coisas do mundo social, ressalta que o processo de tomada de decisão nos parlamentos é muito fortemente mediado por contingências sociais, distinguindo entre contingências sincrônicas – afeitas ao estado dos fatos no momento de elaboração e promulgação da lei – e diacrônicas, estas mais complexas, referentes à mudança dos fatos ao longo do tempo, após a inauguração da vigência da legislação, aí incluídos os próprios efeitos decorrentes de sua incidência.

⁶⁸⁰ Com razão, Antonio do Passo Cabral defende que a estabilidade das posições jurídicas é principiológica ao processo, por isso inerente a ele, de forma que sua ocorrência independe de previsão expressa legislativa, e a positivação de uma determinada espécie de estabilidade não obsta que ocorram formas diversas, havendo, entre todas, regime de complementariedade em virtude da comunhão de escopos sistêmicos. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.322.

⁶⁸¹ Entendida essa distinção, não representa contrassenso o fato de leis (decisões advindas do poder legislativo, dotadas de efeitos sistêmicos em decorrência de sua vinculatividade amplíssima) serem menos estáveis do que decisões judiciais, que resolvem casos concretos. Antonio do Passo Cabral, antes de concluir que o traço distintivo de definitividade entre leis e decisões judiciais decorre, em verdade, de razões de conveniência e de política legislativa, chama atenção para o fato de que, “quanto mais ampla, abstrata e genérica uma norma, mas efeitos sistêmicos positivos para a sociedade podem advir de sua manutenção e constância, e mais repercussões deletérias podem derivar de seu desrespeito ou da sua instabilidade.” CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.331.

Além de chamar atenção para a necessidade de que a descrição dos problemas a serem tutelados pela legislação seja a mais minuciosa possível, como tentativa de reduzir essa contingência sincrônica, destaca que a contingência diacrônica torna naturalmente mutável no tempo aquilo que foi considerado racional ou satisfatório durante o processo legislativo⁶⁸². Uma vez que o legislador não é capaz de antever o que acontecerá depois da positivação da norma, um regramento considerado ótimo ao tempo de sua deliberação pode vir a se revelar insatisfatório, cedendo espaço à aprovação de uma nova prognose que aposte noutra solução, o que impõe o monitoramento das políticas públicas e a reavaliação constante das decisões tomadas em sede de processo legislativo⁶⁸³.

A capacidade de autocorreção política é dos atributos mais relevantes da democracia, porque mantém o povo conectado à esfera pública, munido de mecanismos institucionais adequados para o aprendizado coletivo com vistas ao progresso social, tais como a alternância de poder, a competição política, a liberdade de expressão⁶⁸⁴ e a plena transparência dos processos decisórios legislativos, abertos à interação.

Em contraste, no discurso de aplicação, habitualmente associado ao processo jurisdicional, considerando-se que há análise retrospectiva e concreta de fatos já consumados, a margem para modificação das decisões deve ser mesmo mais estrita, solução de resto viabilizada pelo alcance mais curto da tutela jurisdicional, a atingir, via de regra, somente as

⁶⁸² WINTGENS, Luc. The rational legislator revisited. Bounded rationality and jurisprudence. In: WINTGENS, Luc; OLIVER-LALANA, Daniel (orgs.). *The rationality and justification of legislation: essays in jurisprudence*. Springer, 2013, pp. 1-31.

⁶⁸³ “If then, at the moment of its promulgation, a legislative norm is held to be rational, it is not because it is bestowed with rationality from a “one shot” a-temporal perspective. The latter reflects the product approach according to which law is omnitemporally rational upon the incarnation of reason in its omniscient author. (...) It is through legislative evaluation that the epistemic rationality of the legislator comes to the fore. Legislative evaluation provides the ruler with reliable knowledge as to whether or not the implementation of his norms has taken place as planned, whether the target group has behaved as predicted or ordered, whether the outcome indicators move in the “right” direction, and whether these changes can be plausibly connected to the legislative norm. Legislative evaluation offers an empirical assessment of the legislator’s epistemic rationality and allows for an empirically justified criticism of it.” WINTGENS, Luc. The rational legislator revisited. Bounded rationality and jurisprudence. In: WINTGENS, Luc; OLIVER-LALANA, Daniel (orgs.). *The rationality and justification of legislation: essays in jurisprudence*. Springer, 2013, p 21.

⁶⁸⁴ PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 119-128. João Gabriel revisita a obra dos autores precursores do conceito de democracia militante, dentre os quais o holandês George van der Bergh, que, em 1936, já salientava a autocorreção como atributo essencial da democracia. (trecho traduzido e transcrito na obra acima mencionada, p. 121) “Um dos lados mais fortes da democracia é a sua autocorreção. Todo democrata admite que a democracia muitas vezes leva a decisões erradas, mas oferece muitas garantias – mais do que qualquer outro sistema – de que, quando suas imprecisões forem demonstradas na prática, serão revistas. Na democracia, [...] [o] povo toma as suas decisões e sente as consequências na própria pele. Ele conhece sua responsabilidade, corrige seus próprios erros. Em princípio, toda decisão democrática é revogável, embora, é claro, nem sempre seja possível desfazer todas as suas consequências.

relações jurídicas afeitas aos sujeitos litigantes, circunstância facilitadora da acomodação da estabilidade no sistema jurídico⁶⁸⁵.

Tudo isso corrobora a constatação de que o perfil da estabilidade processual associada ao processo legislativo ordinário é brando, e que seria um erro procurar compreendê-lo pela lente da lógica inflexível associada à coisa julgada, pautada pela imutabilidade do que foi decidido.

No cotidiano do parlamento brasileiro, um exemplo de desrespeito às estabilidades produzidas em decorrência da rejeição de proposições materializa-se na deturpação do uso das emendas aglutinativas, que vêm sendo instrumentalizadas, com frequência, para forçar a repetição de deliberações de matérias já apreciadas e a reversão de resultados de votações, em desrespeito às regras de irrepetibilidade. Destituídas de seu papel teleológico – segundo o qual devem equivaler a um vetor resultante, a um amálgama de conteúdos de diferentes emendas ainda não apreciadas, com o intuito de simplificar o processo de votação e de facilitar a promoção de consensos, fundindo, por transação, proposições normativas com similitude de objetos – as emendas aglutinativas têm propiciado inaceitáveis viradas súbitas de votações no parlamento, além de servirem de meio para obstruções abusivas⁶⁸⁶.

No primeiro caso, já depois de iniciada a votação sobre a proposição, um trecho rejeitado é reproposto por meio de emenda aglutinativa, colocando-se em votação várias versões apresentadas de última hora sobre o tema, forçando-se que um novo texto seja (re)negociado no curso da votação, até se lograr sua aprovação. Costumeiramente, o manejo de tal expediente se vale de alteração do sequenciamento do texto, e produz forte redução do nível de informação disponível para a deliberação da matéria, empobrecendo os debates e tomando os parlamentares de surpresa, transformando uma proposição derrotada em vitoriosa no correr de intervalos curtíssimos de tempo⁶⁸⁷⁻⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo. Salvador: Juspodvm, 2020, p. 74.

⁶⁸⁶ Nos termos do artigo 104 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, são cabíveis emendas aglutinativas apresentadas pelos autores das emendas objeto da fusão, ou por um décimo dos membros da Câmara. Quando apresentadas pelos próprios autores das emendas objeto da fusão, a emenda aglutinativa implicará retirada das emendas fundidas. Sobre o tema, consultar CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Cláudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega. *Curso de regimento interno da Câmara dos Deputados*. 5 ed. Brasília: Edições Câmara, 2019, p. 317.

⁶⁸⁷ Um exemplo desse uso estratégico das emendas aglutinativas na Câmara dos Deputados ocorreu em 2015, sob a presidência do deputado Eduardo Cunha, durante a votação, em primeiro turno, da emenda à Constituição n. 182/2007, por meio da qual se deliberava uma reforma política. Em 26/05/2015, foi derrotada a emenda que

Na segunda hipótese, as minorias se utilizam das emendas aglutinativas como instrumentos de obstrução, apresentando-as sucessivamente com o intuito de protelar, ao máximo, o término da fase de votação. Em ambos os expedientes se desvirtua a lógica regente do processo legislativo, pautada no princípio do contraditório.

Se a estabilidade é um atributo de decisões tomadas sob o respeito da lógica processual dialética⁶⁸⁹, pode-se concluir, trilhando-se o caminho argumentativo inverso, que o desrespeito às regras de produção jurídica nas quais são veiculadas as diretrizes de irrepetibilidade de proposições legislativas implicará, em última instância, prejuízo ao princípio do contraditório. Todos os esforços e atos processuais envolvidos na construção do

previa doações eleitorais de empresas em favor de candidatos ou de partidos políticos. Seguidamente, foram apresentadas vinte e duas emendas aglutinativas sucessivas, forçando a retomada da discussão. O plenário, então, veio a aprovar emenda aglutinativa que estabelecia a licitude de doações empresariais exclusivamente para os partidos políticos. No caso, o objeto da emenda aprovada, mais restrito, fora alvo de deliberação quando do exame da emenda originária, que era mais ampla e o continha. O tema foi tratado com detalhes por BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição constitucional na era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. *Direito & Práxis*, v. 7, n. 13, 2016, p. 346-388.

⁶⁸⁸ Registre-se, todavia que o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela regularidade da tramitação do processo legislativo diante desse uso temerário de emendas aglutinativas. No Mandado de Segurança 22.503/DF, no qual houve deliberação do Plenário sobre a questão, a opinião da maioria dos ministros foi no sentido contrário ao que se defende nesse trabalho, merecendo registro o trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence, pelo acentuado grau de incorreção a respeito do devido processo legislativo, desconsiderando, por completo, a tutela das estabilidades processuais e da segurança jurídica. Disse o juiz: “Nem é razoável (...) espiohar coincidências de conteúdo entre o substitutivo rejeitado, seja com a proposta original, seja com a emenda aglutinativa. A admissão dessa linha de raciocínio, a pretexto de dar aplicação ao art. 60, § 5º ou ao art. 67 da Constituição, levaria à total inviabilidade do processo legislativo, sempre que se tratasse de proposições complexas.” O raciocínio merece críticas. Ora, o respeito ao que foi objeto de decisão e ao preceito constitucional de irrepetibilidade, por óbvio, incentivam tanto a observância de maior rigor técnico quanto o cumprimento dos acordos políticos que culminam com a deliberação de cada matéria, dignificando o processo legislativo. Ademais, do fato de uma proposição ser complexa ou versar sobre direitos sensíveis devem decorrer mais atenção e capricho quanto aos trâmites procedimentais, que se fazem necessários para garantir a racionalidade e qualidade mínima da deliberação e a inclusão máxima da cidadania, ao invés de incentivar abreviação das discussões e atropelo nas votações. Cumpre, por fim, ressaltar que esse entendimento, apesar de suas conclusões terem sido mantidas, parece ter sido aprimorado em caso mais recente, referente ao episódio acima mencionado – de aprovação de emendas aglutinativas relacionadas ao financiamento empresarial de campanha. Trata-se do Mandado de Segurança n. 33.630/DF, proposto por sessenta e um deputados federais, que reclamavam, dentre outras causas de pedir, a suspensão imediata do processo legislativo com esteio na alegação de violação ao enunciado normativo do §5º do artigo 60 da Constituição. A ministra Rosa Weber, em decisão monocrática lastreada em cognição sumária, negou o pedido liminar de suspensão de tramitação do procedimento legislativo. Porém, fê-lo sob a ressalva de que não considerava suficientemente demonstrada, no caso, a identidade absoluta entre a proposição aglutinada, resultante da fusão, e o enunciado anteriormente submetido à votação. Destacou a relatora, na decisão, datada de 16/06/2015, que “a visão dinâmica do processo legislativo, em oposição à perspectiva estática da comparação simples de dois textos, concede amparo, em juízo de delibação, à votação de propostas em ordem de generalidade, da maior para a menor, demonstrada a ausência de identidade absoluta entre elas.” Infelizmente, a conclusão do processo legislativo e o transcurso da sessão legislativa de 2015 implicaram perda superveniente do objeto do Mandado de Segurança, que foi julgado prejudicado em 12/02/2020, sem deliberação do plenário quanto às questões de fundo, especialmente aquela referente à desobediência ao enunciado do §5º do art. 60 da Constituição. O tema, sem dúvida, merece análise vertical pelo plenário da Corte, sobretudo em face da visão obtusa quanto ao devido processo legislativo constante do precedente firmado no MS 22503/DF, julgado em 1996.

⁶⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, cap. 2.

procedimento que resultou na decisão cuja estabilidade veio a ser desrespeitada caem por terra, são desprezados, além de os participantes serem surpreendidos com a necessidade de nova e repentina deliberação sobre idêntica questão recentemente resolvida.

3.4.2.2 Da viabilidade de controle jurisdicional do processo legislativo diante de violações ao princípio do contraditório na produção das leis.

Uma vez defendida a incidência do princípio do contraditório no processo de criação das leis, delineada sua função democrático-racionalizadora e exemplificadas diversas normas de produção jurídicas destinadas à sua concretização, surge, intuitiva e inevitavelmente, um feixe de interessantes questões a respeito das consequências jurídicas advindas de eventuais violações.

Caso seja desobedecido o princípio do contraditório no processo legislativo, deverá, necessariamente, ser anulada a lei produzida? Quem pode se insurgir contra tal violação? E a que tempo? Por qual meio processual? Quem detém poder para corrigi-la? Pode o Judiciário se imiscuir nas rotinas de deliberação do Legislativo?

Apesar de essas questões não constituírem o cerne do objeto da presente pesquisa, parece decorrer do que foi defendido até aqui a proposição de que também o controle do processo legislativo seja pensado a partir de uma lógica processual fundada no princípio do contraditório. Ou seja, violações a normas procedimentais que terminem por obstaculizar participação, inteligibilidade e transparência dos atos jurídicos formadores do processo de criação da lei se traduzem em violação ao princípio do contraditório, direito difuso de todos os cidadãos submetidos à legislação, corolário do princípio democrático. Mirando-se por essa lente, abordam-se, em síntese, pontos que parecem ainda passíveis de melhor compreensão no Direito brasileiro quanto ao exame da regularidade procedimental do processo legislativo.

Um desses tópicos mais notórios diz respeito à chamada doutrina dos atos *interna corporis*, legatária da tradição revolucionária francesa já abordada anteriormente (que

circunscrevia a capacidade de criação normativa ao Poder Legislativo)⁶⁹⁰, mas, sobretudo, legatária da formulação original inglesa de soberania do parlamento⁶⁹¹.

No contexto pós-revolução Gloriosa, detinha o parlamento britânico liberdade para legislar sobre qualquer tema, sendo impossível a invalidação de seus atos por órgãos externos⁶⁹², bem como inviável qualquer pretensão de vinculatividade de legislaturas subsequentes⁶⁹³. Essa tríade de ideias se revelaria desconforme ao conceito vindouro de Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição escrita, fazendo tortuosa a transposição da soberania parlamentar para o tempo presente.

Por sinal, vem sendo revista e superada, na Inglaterra, a ideia segundo a qual a natureza da Constituição britânica concederia imunidade de revisão jurisdicional aos atos legislativos⁶⁹⁴, à medida que aumentou a percepção do conflito entre as formulações

⁶⁹⁰ Lei francesa sobre a organização judiciária editada em 1790 previa, em seu artigo 10, que “Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l’exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l’exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.”

⁶⁹¹ DICEY, Albert Von. *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 10 ed. Londres: Macmillan, 1959, p. 70. Historicamente, a ideia de soberania do parlamento surge durante a Revolução Gloriosa. É resultante de um arranjo político firmado em 1689, quando Guilherme de Orange assumiu o governo e, após convocar o parlamento, foi reconhecido como rei, cessando o poder da dinastia Stuart em meio a um conflito permeado por razões de política religiosa. Esse acordo se fez acompanhado de uma declaração de direitos, da qual constava que nenhuma pessoa católica ou com cônjuge católico poderia suceder ao trono, e que Guilherme e sua mulher se comprometiam a governar de acordo com os estatutos do Parlamento. Ademais, havia previsão de liberdade de discursos, debates e procedimentos parlamentares, impassíveis de questionamentos por instâncias externas. É essa a origem da supremacia do parlamento. Em 1701 o *Act of Settlement* outorgou ao parlamento a prerrogativa de modificar decisões judiciais, reforçando a tese segundo a qual seria impossível qualquer intervenção nos procedimentos e decisões legislativas.

⁶⁹² O artigo 9 da Bill of Rights de 1688 continha norma expressa quanto à insindicabilidade dos discursos e dos procedimentos legislativos: “That the freedom of speech and debates or proceedings in parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or place out of parliament.” Anne Twomey esclarece que o dispositivo materializava reação do Parlamento ao desfecho do caso *R vs. Eliot, Holles and Valentine* (1629), por força do qual três parlamentares foram presos em função de discursos proferidos na assembleia. TWOMEY, Anne. Article 9 of the Bill of Rights 1688 and Its Application to Prorogation. U.K. Constitutional Law Blog. Disponível em <https://ukconstitutionallaw.org>, acesso em 21/02/2021.

⁶⁹³ ALDER, John. *Constitutional law and administrative law*. 13 ed. Londres: Routledge, 2020, p. 165 (Versão do Kindle)

⁶⁹⁴ Como é conhecido, já em 1610, o voto vencido de Sir. Edward Coke no caso *Bonham vs. Royal College of Physicians* defendia a possibilidade de revisão judicial de atos parlamentares contrárias ao direito consuetudinário e à razão. Especificamente sobre a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a regularidade do processo de criação da lei, há um precedente de 1932, o caso *Attorney General of New South Wales vs. Trethowan*, e outro de 1965, *Bribery Commissioner vs. Ranasinghe*, lidos como evidência de que, mesmo na Inglaterra, a ideia de soberania do Parlamento sempre conheceu temperamentos. Por outro lado, como chama atenção Ignácio Torres Murro, o parlamento promulgou, em 1840, o *Parliamentary Papers Act*, destinado a proteger documentos, votos ou procedimentos parlamentares. A partir de então, foram desencadeadas tensões institucionais com o Judiciário, que passou a ser mais deferente ao Poder Legislativo. Em *Edinburg and Dalkeith Railway Co. vs. Wauchope* (1842), decidiu-se que tribunal algum poderia questionar o desenvolvimento das etapas do processo legislativo. Já em *Lee vs. Bude & Torrington Junction Rly Co.* (1871), consignou a Corte que competiria, exclusivamente, ao Parlamento corrigir lei que viesse a ser aprovada com alguma violação procedimental. Caso o Legislativo não corrigisse o vício e revogasse a lei, o Judiciário deveria continuar a aplicá-la. Esse critério foi confirmado no caso *Pickin v. British Railways Board* (1973). No julgamento

potencialmente antagonísticas de *rule of law* e soberania do parlamento. Sobretudo a partir da criação da União Européia e da posterior ratificação da Convenção Européia de Direitos Humanos –quando se formalizou a necessidade de compatibilização da atuação do legislador doméstico com as normas de direito comunitário – vem-se abrandando a fórmula da soberania do Parlamento, ultimando-se suspensões da execução de atos parlamentares pelo Poder Judiciário inglês⁶⁹⁵.

Embora evidente a incompatibilidade entre um Poder Legislativo ilimitado e o próprio cerne da ideia de constitucionalismo, a formulação de soberania do Parlamento se espalhou por diferentes ordenamentos e sistemas jurídicos. Foi recepcionada com mutações peculiares em vários países, de forma que persistem, até hoje, reflexos no sentido de isentar a atuação parlamentar de controle jurídico-constitucional, ou de impor limites rígidos a este controle.

Cristiane Branco Macedo, nessa linha, identifica na doutrina estadunidense dos atos políticos⁶⁹⁶, na doutrina francesa dos atos de governo e nas tradições alemã e italiana dos

Bradlaugh vs. Gosset (1884), determinou-se que os procedimentos internos da Câmara dos Comuns não se sujeitavam a controle jurisdicional. O juiz Stephen, nesse caso, consignou a distinção inusitada entre direitos que podem ser exercidos dentro do Congresso (diante dos quais tão somente o Parlamento poderia interpretar a norma) e direitos que podem ser exercidos fora das dependências assembleares, estes passíveis de revisão judicial. Tal critério foi reiterado e ampliado na sentença *R. vs. Sir R. F. Graham-Campbell* (1935), que conferiu imunidade de controle jurisdicional a quaisquer atos praticados nas dependências parlamentares, dissessem eles ou não respeito ao cerne da atividade congressual. Este caso, prosaicamente, tratava da concessão para venda de bebidas alcóolicas dentro do prédio do Parlamento. Sobre esse histórico, confira-se MUÑOZ, Ignacio Torres. El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 43, 1995, pp. 50-71. As decisões podem ser lidas em <http://www.parliament.the-stationeryoffice.co.uk>.

⁶⁹⁵O Reino Unido aderiu à União Européia em 1973. Desde então, diversos julgados da Suprema Corte britânica convergem quanto à superação da ideia de soberania do parlamento, reconhecendo precedência às normas comunitárias em caso de antinomia com leis domésticas. Dentre esses casos, confira-se *Macarthys vs. Smith* (1979), *Garland vs. British Rail Engineering* (1983). Em 1990, o Judicial Committee of the House of Lords suspendeu a execução de um Ato do Parlamento, no caso *Factortame vs. Secretary State of Transport*. O reconhecimento de limites jurídicos à atuação do Parlamento foi reafirmado no caso *Thoburn vs. Sunderland City Council* (2002), e no caso *Jackson vs. Attorney General* (2005), embora tenha constado desta decisão como *obiter dictum*. A assinatura da Convenção Européia de Direitos Humanos se deu em 1998, e muitos consideraram que sua incorporação ao ordenamento jurídico inglês significou o advento de um corpo normativo constitucional escrito para a Grã-Bretanha. Análise minudente de todos os precedentes até aqui citados e da evolução histórica da ideia de soberania do parlamento encontra-se em GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament: contemporary debates*. Cambridge University Press, 2010. Não obstante pareça manifesta a incompatibilidade do ideário da soberania do parlamento com qualquer sistema jurídico (que não autoriza a nenhuma pessoa ou instituição poder ilimitado), a temática vem sendo objeto de novos debates por ocasião da saída da Grã-Bretanha do Reino Unido, após o referendo de 2016. Propondo uma reavivamento da tradição de soberania parlamentar, sem, contudo, defender uma ausência de vinculação do parlamento ao *common law*, MCCONALOGUE, Jim. *The british constitution resettled? Parliamentary Sovereignty before and after brexit*. Springer-Palgrave Macmillan: 2020, esp. cap.7, pp. 233-280.

⁶⁹⁶ Nos Estados Unidos, não obstante se diferencie, desde sempre, entre legalidade e constitucionalidade, subordinando-se a atuação do legislador à supremacia da Constituição, a chamada doutrina das questões políticas foi construída no sentido de identificar determinados atos como reservados à apreciação administrativa, impassíveis de controle judicial. Essa percepção aparece na Suprema Corte já no célebre caso *Marbury vs.*

atos *interna corporis*⁶⁹⁷⁻⁶⁹⁸ semelhanças radicadas na antiga ideia de soberania parlamentar, convergentes no sentido de dificultar o escrutínio da regularidade do processo legislativo.

Outro resquício dessa compreensão do Parlamento como instância normativa autolegitimadora é a proposição equivocada de que a função das normas regimentais norteadoras do processo legislativo seria eminentemente privada, ou meramente contratual, afetando apenas a esfera de direitos dos próprios parlamentares⁶⁹⁹. Como reforço argumentativo, apontam os defensores de tal opinião que, se a maioria dos parlamentares poderia transigir quanto aos procedimentos legislativos, estaria comprovada que essas normas regimentais teriam feição de meras declarações de suas prerrogativas, sendo restritas às suas esferas de direitos e influência⁷⁰⁰.

Madison. Foi aprofundada em *Colegrove vs. Green* (1946), e revista e delimitada em *Baker vs. Carr* (1962), ambos os casos versando sobre critérios de distribuição vagas de representantes em distritos eleitorais. Em *Baker vs. Carr*, entretanto, assentou o tribunal que somente questões puramente políticas (matéria cuja decisão tenha sido expressa e exclusivamente atribuída pela Constituição a outro órgão e para a qual não exista parâmetro jurídico de decisão) seriam insuscetíveis de controle jurisdicional. Como se percebe, tais padrões não sugerem que o processo de criação da lei (sobretudo sob uma constituição analítica como a brasileira), não se submete a algum nível de controle jurídico. MACEDO, Cristiane Branco. A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2007, pp.29-41; TEIXEIRA, José Elaeres Marques. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal.

Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

⁶⁹⁷ “A construção teórica dos atos *interna corporis* foi formulada na segunda metade do século XIX, pelo publicista alemão Rudolf von Gneist, estudioso da constituição e Parlamento ingleses, durante o IV Congresso dos Juristas Alemães realizado em 1863 em Berlim. (...) Rudolf von Gneist defendeu a admissibilidade do pronunciamento judicial sobre a validade formal da norma, desde que não adentrasse no exame das fases procedimentais que se desenvolvem exclusivamente no interior das Casas Legislativas, que ele definiu como matéria *interna corporis*.” MACEDO, Cristiane Branco. A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2007, p. 47. Victor Aguiar Jardim de Amorim, em retrospectiva sobre a gênese da doutrina dos atos *interna corporis*, menciona Paul Laband, Julius Hatschek e Maurice Hauriou, ao lado do referido Rudolf von Gneist, como autores precursores da ideia de normas internas. Todos defendiam a natureza consuetudinária dos regimentos das Casas parlamentares (por resultarem de um acordo de vontades firmado entre os parlamentares), razão fundamental de se posicionarem contra a categorização dos regimentos como normas jurídicas gerais e abstratas. AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 91-95.

⁶⁹⁸ Na Itália, a doutrina dos atos *interna corporis* aparece sob a influência de Gneist, pela primeira vez na Sentença nº 9/1959 da Corte Costituzionale, na qual, embora reconhecida a possibilidade de o tribunal corrigir erros procedimentais, deixou-se de reconhecer o vício sob a justificativa de que a matéria (limites ao poder de apresentar emendas) dizia respeito exclusivamente à institucionalidade do Parlamento. MURO, Ignácio Torres. El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v.17,1986, pp. 189-239.

⁶⁹⁹ ÁLVAREZ, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 89.

⁷⁰⁰ O argumento, contudo, deve ser lido com um grão de sal, sobretudo à luz do teor dos regimentos das Casas Legislativas brasileiras. No Senado, o inciso III do artigo 412 (reformado por força da Resolução nº 35/2006) prevê a “impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o quorum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa.” Ou seja, o próprio regimento reconhece a vinculatividade de suas disposições, ao exigir nada menos que unanimidade de votos para a estipulação de convenções processuais que estabeleçam

Tomás Vidal Marín chegou a catalogar oito diferentes classificações sobre a natureza jurídica dos regulamentos parlamentares, dentre os quais se sublinham as opiniões erráticas de que seriam simples convenções internas, normas autônomas (ou seja, decorrentes de autonomia disciplinar exclusivamente conferida ao legislador), ou normas de juridicidade mitigada, cujos efeitos seriam somente internos⁷⁰¹.

A multiplicidade de categorias tão inusitadas, contudo, não desfaz o óbvio: os regimentos parlamentares são normas jurídicas, dotadas de vinculatividade, destinadas a regulamentar o processo de criação das leis, dotando-lhe de segurança jurídica e de funcionalidade. São atos normativos primários⁷⁰², criadores de direitos e de obrigações. Concretizam e complementam o sentido da Constituição, que atribui autonomia de organização e de disciplina ao Parlamento, sobretudo, por se preocupar com o modo de produção do direito legislado, prescrevendo sua legitimidade por meio de um procedimento democrático⁷⁰³.

Por sinal, pensar que um atributo constitucional (a exemplo da auto-organização parlamentar) pode ser lido como salvaguarda de submissão normativa à Constituição implica subverter a lógica de funcionamento do Estado de Direito, em que nenhum poder fundado e organizado pela Constituição pode gozar de força jurídica a ela superior. Uma vez que as normas essenciais do processo legislativo encontram-se na Constituição, qualquer posição teórica que se contente com a conclusão radicada na pura supremacia parlamentar incorre em

procedimento diverso das previsões regimentais, protegendo os interesses das minorias legislativas. Registre-se que não se encontrou estudo aprofundado desde o ponto de vista de Direito Processual sobre o tema da aplicação das convenções processuais ao processo legislativo, prática recorrente, geralmente sob a forma de acordo de lideranças, importante instrumento que confere dinamicidade e flexibilidade ao processo legislativo.

⁷⁰¹ MARÍN, Tomás Vidal. *Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madri: Congreso de los Diputados, 2005, p. 53-90

⁷⁰² “Trata-se [o regimento interno], portanto, de: (a) normas de prescrição autônoma da Câmara respectiva; (b) que não se submetem a controle de legalidade, mas apenas ao de constitucionalidade; e (c) que têm âmbito de independência e exclusividade sobre determinadas matérias, vale dizer, a Constituição lhes estabelece uma reserva de competência material exclusiva.” CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 121. No Brasil, os regimentos são positivados por meio de resoluções das Casas Legislativas, mostrando-se simplesmente contrafáticas, à luz do artigo 59 da Constituição, as concepções que lhes renegam juridicidade ou comprimem sua eficácia às pessoas dos parlamentares.

⁷⁰³ Destacando a relação de complementariedade entre normas constitucionais e normas regimentais, Luis Felipe Nava Gomar situa os regulamentos como normas jurídicas primárias: “Al ser creado el Parlamento por la Norma Fundamental, y dado que la autonomía de las Cámaras es un presupuesto del Estado democrático, la regulación de los procesos para ejercer las atribuciones que confiere la Constitución a cada una de dichas Cámaras sólo puede ser llevada a cabo a través de normas de índole reglamentaria (como reglamento de ejecución de la Constitución) por cada una de ellas (es decir, por sólo aquélla a la que afecta el Reglamento). GOMAR, Luis Felipe Nava. *El núcleo de la función representativa parlamentaria: una propuesta para la justicia constitucional mexicana*. Tese de doutorado em Direito. Universidade Complutense de Madri, 2014, p. 122.

contrassenso. Como assinala Javier García Roca, “no puede incurrirse en el craso error de interpretar la Constitución a la luz de los Reglamentos de las Cámaras”⁷⁰⁴. Os regimentos é que devem ser interpretados à luz da Constituição⁷⁰⁵.

Todavia, esses problemas conceituais quanto à natureza jurídica dos regulamentos parlamentares se fazem presentes na jurisprudência dos tribunais constitucionais, dentre eles o Supremo Tribunal Federal. Nas cortes de justiça, verifica-se predileção por negar sindicabilidade a violações regimentais, além de se fazerem presentes restrições processuais subjetivas quanto ao direito de pleitear a tutela jurisdicional do devido processo legislativo, tudo isso subjacente à suposta tendência decisória dos tribunais de mostrarem-se deferentes aos parlamentos, estratégia de equilíbrio institucional para preservação da separação dos poderes.

No Brasil, na esteira de outros países de tradição jurídica dita româno-germânica, construiu-se entendimento segundo o qual violação de conteúdo de norma constitucional ou regimental de processo legislativo ativaria, de imediato, pretensão restrita à esfera de direitos funcionais das pessoas dos parlamentares. Somente eles, diretamente envolvidos no processo legislativo, gozariam de legitimidade processual para pleitear, antes do término da deliberação congressual, a correção do erro de procedimento, mediante pedido de supressão da tramitação da proposição⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ ROCA, Javier García. *Cargos públicos representativos: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 286.

⁷⁰⁵ Leonardo Augusto de Andrade Barbosa defende que as normas regimentais que densificam o processo legislativo constitucional se qualificam como normas constitucionais interpostas, cuja violação acarreta inconstitucionalidade formal. Diz o autor, com toda razão, que “[a] observância por parte das Casas Legislativas é obrigatória e indisponível. Tais normas não estão sujeitas a modificações tácitas. A despeito de situarem-se no plano infraconstitucional, as normas regimentais referentes ao processo legislativo funcionam como parâmetros necessários para a aferição do cumprimento das disposições constitucionais acerca da produção válida de normas jurídicas. Por essa razão, sua violação pode levar à inconstitucionalidade do provimento legislativo resultante do processo viciado. Nessa hipótese, as normas regimentais funcionam como normas interpostas, uma vez que consubstanciam, por meio do exercício do poder autonormativo das Casas Legislativas, a delegação constitucional para estabelecer a medida necessária de deliberação capaz de justificar uma decisão nos discursos de justificação de normas jurídicas.” BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Estado de Direito, democracia e devido processo legislativo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. (orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 605.

⁷⁰⁶ Trata-se de pedido destinado a inibir a edição de ato normativo incompatível com a disciplina processual constitucional/regimental, caso de verdadeira tutela inibitória Preceitua Marinoni que “a ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas: (i) para impedir a prática de ato contrário ao direito, ainda que ato semelhante não tenha sido praticado; (ii) para impedir a repetição de ato contrário ao direito; e, ainda, (iii) para impedir a continuação de atividade ilícita.” MARINONI, Luís Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 180. No processo legislativo, parece incidir a terceira hipótese. A prática de um ato processual em desrespeito às normas de procedimento pode contaminar, a depender do caso, o

Certamente devido ao fato de os parlamentares jamais terem figurado como atores autorizados à propositura de ações de controle concentrado e repressivo de constitucionalidade, impôs-se a criação de um meio processual que lhes permitisse acessar o tribunal em sede de controle preventivo, creditando-se ao ministro Moreira Alves a inventiva solução que, ampliando as hipóteses de competência originária trazidas pelo artigo 102, I “d” da Constituição⁷⁰⁷, firmou o mandado de segurança como ação adequada à tutela do processo legislativo⁷⁰⁸.

Embora a ação de segurança tenha por vocação prevenir e reparar a violação do Direito por autoridades estatais⁷⁰⁹, sua inserção como instrumento processual para a tutela do devido processo legislativo gera consequências processuais contraproducentes⁷¹⁰.

restante da cadeia de atos, gerando lei inválida. A tutela jurisdicional, nesse caso, revela-se inibitória, destinada a cessar a continuidade de um processo ilícito.

⁷⁰⁷ O texto da Constituição prevê a competência originária do Supremo para processamento e julgamento de mandado de segurança contra ato das Mesas da Câmara e do Senado Federal. Na prática, o tribunal tem, reiteradamente, conhecido de ações contra atos praticados pelos presidentes das casas legislativas e pelos presidentes de comissões parlamentares.

⁷⁰⁸ Rememorando, com minudência, o precedente judicial oriundo do Mandado de Segurança nº 20.257/DF, Relator para acórdão Ministro Moreira Alves, publicado em 27/02/1981, CHEVITARSE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O papel da jurisdição constitucional na nomogênese legislativa. Tese de doutorado em Direito. Centro Universitário de Brasília, 2015, pp. 283-290. O caso tratou de mandado de segurança impetrado por parlamentares contra suposta violação ao devido procedimento de tramitação de emenda constitucional. Do voto vencedor, colhe-se o trecho cuja tônica segue, até hoje, norteando a posição do tribunal: “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 apresentação (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. 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 se falar, 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”.

⁷⁰⁹ Sobre a natureza jurídica e a feição de remédio constitucional do mandado de segurança, confira-se ZANETTI JÚNIOR, Hermes; BONOMO JÚNIOR, Aylton. *Mandado de Segurança individual e coletivo*. Salvador: Juspodvm, 2019, esp. pp. 15-79;

⁷¹⁰ Não se nega aqui a importância histórica e nem a utilidade prática dessa solução do mandado de segurança, por meio do qual um parlamentar da oposição ou da minoria pode se defender de ilícitos processuais cometidos no parlamento. Defende-se, isso sim, a insuficiência do modelo para a devida salvaguarda do princípio do contraditório no processo legislativo, bem como para a democratização do controle de constitucionalidade. A fim

De antemão, é importante ressaltar que essa linha de entendimento jurisprudencial não deve ser entendida como se significasse que o interesse de agir (quanto à tutela da regularidade do processo legislativo) estivesse confinado, no ordenamento jurídico brasileiro, aos parlamentares. Como se sabe, depois de convertida a proposição legislativa em norma jurídica eficaz, qualquer pessoa por ela alcançada poderá reclamar sua inconstitucionalidade formal, alegando descumprimento ao devido processo legislativo via controle difuso e repressivo de constitucionalidade. É também possível que a incorreção procedimental seja apresentada como questão principal em sede de controle concentrado perante o Supremo, cabendo à postulação aos atores políticos constantes do rol do artigo 103 da Constituição.

Em verdade, o Supremo terminou entrelaçando categorias jurídico-processuais distintas, tendo restringido e condicionando a legitimidade processual não exatamente a partir de um critério radicado no interesse jurídico de ver respeitado o procedimento legislativo, mas, sim, preponderantemente, com base no momento do exercício do controle de constitucionalidade e na (in)conveniência política de se permitir maior ou menor acesso à Corte.

O que realmente consta dessa jurisprudência é a criação de uma hipótese excepcional de controle preventivo de índole jurídica, na qual se autoriza a impetração de mandado de segurança unicamente por parlamentar⁷¹¹. Em tratando-se de projeto de lei (ato infraconstitucional), viabiliza-se verificação meramente formal de constitucionalidade. Caso a proposição seja de emenda à Constituição, faz-se possível, excepcionalmente, o controle material com parametrização nas cláusulas do §4º do artigo 60⁷¹².

de propor soluções complementares é que são expostos os problemas identificados na utilização do mandado de segurança.

⁷¹¹ Tem-se hipótese excepcional de controle de constitucionalidade preventivo, jurídico. A dificuldade de equalização entre a natureza do controle (jurídico), o momento do seu exercício (preventivo) e a forma de apresentação processual da questão (questão principal no mandado de segurança endereçado exclusivamente ao Supremo em sede de sua competência originária) ressoa em baixa sistematicidade da hipótese à luz dos critérios tradicionais de organização do controle de constitucional, sob os quais aparecem costumeiramente agrupadas as categorias diversas de controle concentrado/principal/repressivo; difuso/incidental/repressivo e político/preventivo. Essa metodologia de organização é encontrada, dentre outros em BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷¹² Nesse sentido, confira-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 32.033/DF, julgado em 20/06/2013, Relator para acórdão Ministro Teori Zavaski. Ainda sobre o tema, MELLO, Marco Aurélio. O controle de constitucionalidade do processo legislativo ante os princípios democrático e da separação dos poderes. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (orgs.). *Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018, pp.339-362.

De acordo com essa visão tradicional, pendente o processo de criação da lei, somente os legisladores – por serem os únicos credenciados a participarem diretamente dos atos parlamentares – poderiam defender posições processuais afeitas ao devido processo legislativo. Como premissa, argumenta-se que os congressistas gozariam de um suposto direito subjetivo de não participarem de um procedimento contrário à Constituição, o que lhes autorizaria pleitear a suspensão da tramitação via mandado de segurança⁷¹³. As asserções, não obstante consagradas na jurisprudência do Supremo, parecem questionáveis por mais de uma razão.

Em primeiro lugar, soa imprecisa a correlação estabelecida entre o dever de observância às normas processuais de produção jurídica legislativa e o suposto direito subjetivo funcional dos parlamentares. Com efeito, ao se violar o devido processo legislativo (nas hipóteses mencionadas no item precedente deste trabalho), viola-se, primordialmente, o princípio do contraditório, podendo decorrer prejuízos para toda a coletividade de pessoas subordinada à legislação em vias de ser aprovada.

Nesse sentido, parece insatisfatório encapsular os efeitos do vício processual nas prerrogativas dos parlamentares, atributos que não constituem um fim em si mesmo. Existem, fundamentalmente, para viabilizar a representação política e para possibilitar ampla participação das diferentes visões de mundo na tomada de decisões legislativas, assegurando o direito de influência das minorias e até dos grupos subrepresentados, igualmente titulares do poder político.

A função representativa, conforme esclarece Paloma Biglino Campos, é atribuída em favor do Congresso, por intermédio dos partidos, e não repartida de forma individualizada e pessoal, para cada um dos deputados. Dessa forma, faculdades e prerrogativas funcionais dos parlamentares têm caráter instrumental e estão, direta ou indiretamente, conectadas a um

⁷¹³ Entre inúmeras decisões nesse mesmo sentido, confira-se trecho de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 23565, julgado em 10/11/1999, que bem sintetiza a linha de pensamento do tribunal: “Titulares do poder de agir em sede jurisdicional, portanto, tratando-se de controvérsia constitucional instaurada ainda no momento formativo do projeto de lei ou da proposta de emenda à Constituição, não de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público sujeito à correta observância da disciplina jurídica imposta pela Carta Política em sede de elaboração das espécies normativas. (...) O parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de formação das normas estatais, dispõe, por tal razão, da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no domínio material ou no plano formal a atividade de positivação dos atos normativos.” Noutros casos, o tribunal assentou “a ilegitimidade do particular para, na qualidade de cidadão, atuar em face da Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal na defesa de interesse de toda a coletividade.”, trecho do acórdão do Agravo no Mandado de Segurança nº 32.052, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 18/12/2013.

papel institucional relevante para o funcionamento do parlamento, não se traduzindo propriamente em direitos fundamentais individuais de cada mandatário (como se fossem voltados à satisfação de um interesse subjetivo desse suposto titular, exercível em benefício próprio), mas, sim, destinados à defesa de interesses da multiplicidade dos cidadãos representados ⁷¹⁴.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, em *obiter dictum*, já reconheceu a fragilidade da formulação segundo a qual um erro de procedimento no processo legislativo de criação de leis corresponderia apenas à violação de direito subjetivo de parlamentar. No voto vencedor do Mandado de Segurança nº 32.033, o Ministro Teori Zavaski destacou a clara “dissociação lógica entre o direito tido como ameaçado e a efetiva pretensão deduzida na demanda”, salientando que a consequência pretendida pela via do mandado de segurança (a suspensão de tramitação do processo legislativo) repercute não só em relação ao impetrante, mas alcança, pelo menos, a todos os parlamentares ⁷¹⁵.

Já no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31.816, julgado em 27/02/2013, assentou o Ministro Zavaski (relator para acórdão) que “o interesse jurídico que move o parlamentar a defender a higidez do processo legislativo é exatamente o mesmo que dá ensejo ao ajuizamento de ação de controle concentrado.” E, também, percebeu o relator que esse interesse “não tem natureza individual, mas se trata de nítido interesse transindividual, de que é titular a sociedade como um todo, cuja tutela judicial, por isso mesmo, tem legitimados próprios, que são os órgãos e entidades indicados no art. 103 da Constituição.”

⁷¹⁴ “Las normas jurídicas en que aparecen no existen em interés particular de las personas que actúan dentro del órgano, sino que son normas de carácter procedimental creadas en interés de la Cámara.” CAMPOS, Paloma Biglino. Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales? *Revista De Las Cortes Generales*, n.30, 1993. pp. 95-96.

⁷¹⁵ “É evidente, registre-se desde logo, que o direito líquido e certo afirmado na impetração – de não ser obrigado, o parlamentar impetrante, a participar do processo legislativo –, não traduz a verdadeira e delicada questão constitucional que decorre do pedido formulado na demanda. Esse alegado direito representa, na verdade, uma engenhosa criação mental para justificar a utilização da ação de mandado de segurança, cujo objetivo real, todavia, é outro. Realmente, a esse afirmado direito subjetivo individual de não participar da formação da questionada proposição normativa, seria simples contrapor que tal direito não está sendo sequer ameaçado, nem mesmo em tese, eis que a participação do parlamentar no processo de formação das leis não é obrigatória, nada impedindo o impetrante de, espontaneamente, exercer o afirmado direito, abstendo-se de participar ou de votar ou mesmo, ainda, de apresentar voto contrário à aprovação. Em termos estritamente formais, portanto, está clara a dissociação lógica entre o direito tido como ameaçado e a efetiva pretensão deduzida na demanda. Na verdade, o que se busca, a pretexto de tutelar direito individual, é provimento de consequência muito mais profunda e abrangente: de inibir a própria tramitação do projeto de lei, o que significa impedir, não apenas o impetrante, mas todos os demais parlamentares, de discutir e votar a proposta. Assim definida a efetiva pretensão da demanda e abstraindo as implicações de natureza processual daí decorrentes, as questões constitucionais que a ela subjazem ganham contornos de maior dimensão.”

Na prática, do uso do mandado de segurança advém inconvenientes de ordem processual, dentre os quais merecem destaque⁷¹⁶: i) possibilidade de perda do interesse processual caso o processo legislativo se conclua antes do julgamento, e haja conversão da proposição em lei, (o que decorre da inviabilidade de se utilizar do mandado de segurança para questionar lei em tese, nos termos da súmula 266 da jurisprudência do Supremo); ii) perda da legitimidade processual em caso término do mandato do parlamentar autor da ação ou de sua saída do cargo, hipótese comum na assunção do mandato por suplente; iii) possibilidade de formação de litisconsórcio demasiado amplo, pois a impugnação de determinados atos pode interferir na esfera jurídica de vários parlamentares.

Nas duas primeiras situações acima referidas, exatamente em decorrência da compreensão que traduz os erros de procedimento como violações a direitos subjetivos das pessoas dos parlamentares, circunstâncias alheias à vontade do autor da ação podem frustrar a continuidade do processo jurisdicional e acarretar o sempre indesejado desperdício de atos processuais praticados, impossibilitando a correção do vício e ensejando a inserção no ordenamento de norma jurídica geral e abstrata produzida em desconformidade com a Constituição.

Verifica-se, portanto, certo descompasso entre a importância sistêmica do tema e o tratamento processual a ele devotado no Supremo Tribunal Federal. Ao se compreender o direito ao devido processo legislativo de criação de leis em sua real amplitude, como uma garantia democrática contra o poder das majorias legislativas, concretizável pelo respeito ao princípio do contraditório na ambiência parlamentar, conclui-se pela necessidade de aprimoramento desses aspectos processuais.

Nesse passo, uma forma de evitar os problemas acima apontados seria autorizar o manejo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra ilícitos procedimentais durante a criação das leis. A estrutura da ADPF, ação tipicamente voltada à jurisdição constitucional, nos termos da lei 9.882/1999, mostra-se mais compatível com a tutela jurisdicional do processo legislativo no modelo aqui defendido, calcado no princípio do contraditório. O ato violador de norma de produção jurídica enquadra-se na categoria de ato do poder público, e próprio contraditório,— princípio cuja obediência é indispensável ao

⁷¹⁶ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Estado de Direito, democracia e devido processo legislativo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. (orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 611.

mecanismo da representação política e ao princípio da soberania popular – qualifica-se como preceito fundamental⁷¹⁷.

Assim, o caráter objetivo da ADPF resolveria os problemas relativos à eventual desistência da ação e mitigaria as questões da perda superveniente do interesse processual e da legitimidade⁷¹⁸. Isso porque, caso a proposição legislativa viesse a ser aprovada no transcurso do processo, seria possível manter a ação, ou, até mesmo, convertê-la em ação direta. Ademais, viabilizado seu ajuizamento por partido político com representação do congresso, não se verificaria um tolhimento do acesso dos legisladores da minoria à jurisdição, cuja atuação se centraria nos partidos, preservando-se a lógica de proteção das minorias. Inclusive, seria possível cogitar a ampliação da participação processual por meio das interações de *amicus curiae*⁷¹⁹.

Solução ótima, é bem verdade, seria fazer dos parlamentares sujeitos legitimados especificamente para a proposição de ação que versasse sobre erro de procedimento durante a criação da lei, o que não excluiria a iniciativa dos demais atores políticos constantes do rol do artigo 103 da Constituição. Bem-vinda seria alteração legislativa nesse sentido⁷²⁰.

O emprego da ADPF parece aperfeiçoar o sistema sem descurar para o estabelecimento de uma fronteira institucional harmônica entre os poderes, haja vista que a ampliação dos legitimados para o ajuizamento de demandas com pedidos de tutela inibitória

⁷¹⁷ Nesse mesmo sentido, BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Estado de Direito, democracia e devido processo legislativo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. (orgs.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 611.

⁷¹⁸ Há diversas decisões do Supremo Tribunal Federal consignando que, a conversão da proposição legislativa objeto do mandado de segurança em lei acarreta, não apenas, a perda do objeto da ação, mas, também, a insubsistência da legitimidade processual ativa do parlamentar, sob o argumento de que “Se se admitisse, em tal situação, a subsistência da legitimidade ativa do parlamentar, estar-se-ia, na realidade, a permitir, anormalmente, que o membro do Congresso Nacional - que não se acha incluído no rol taxativo consubstanciado no art. 103 da Carta Política - pudesse discutir, “in abstracto”, a validade constitucional de determinada espécie normativa.” O trecho consta do Mandado de Segurança n. 26712/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 11/09/2007 e denota certa imprecisão quanto às categorias de legitimidade e interesse processual.

⁷¹⁹ Ressalte-se que o STF já autorizou o ingresso de partidos e de parlamentares como *amicus curiae* em mandado de segurança, em caso relativo à tramitação de emenda constitucional que pretendia alterar o chamado direito de antena dos partidos políticos (direito à manutenção da quota do tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão em caso de alteração do tamanho da bancada). No caso, entendeu-se que a proposição legislativa atingiria vários congressistas e influenciaria diretamente o sistema político como um todo. Trata-se do já referido Mandado de Segurança n.º 32.033/ DF.

⁷²⁰ Por sinal, hipótese ainda mais ampliativa, que permitia o ajuizamento da ADPF por “qualquer pessoa ameaçada por ato do Poder Público”, constava da proposição que originou a lei n.º 9.882/99 (inciso II do parágrafo único do artigo 1.º §4.º do artigo 5.º e artigo 9.º) e que foi aprovada nas duas Casas do Congresso, porém vetada pelo Presidente da República, sob a justificativa de que transcenderia o âmbito constitucionalmente autorizado de intervenção do Supremo Tribunal Federal, inofensa à deliberação sobre matéria *interna corporis* do Congresso Nacional.

em face do Congresso Nacional ficaria restrita àqueles sujeitos que figuram no 103 da Constituição⁷²¹.

Entretanto, deve-se esclarecer que essa proposta não implica agigantamento do poder político da jurisdição constitucional em relação ao Parlamento. Tratando-se de controle jurisdicional do processo legislativo, dimensão político-pragmática impõe sempre a adoção de solução atenta à preservação do equilíbrio entre os poderes.

Mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, descabe ingerência ilimitada e injustificada sobre aspectos intrínsecos ao exercício do Poder Legislativo, moderação igualmente recomendada nas hipóteses em que juízos políticos do legislador precisem ser examinados à luz da Constituição. Permanece atual a concisa leitura de John Hart Ely, que restringe a atuação da jurisdição constitucional para as finalidades de garantir o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia⁷²², sendo esta última a hipótese implicada ante a violação de normas procedimentais de produção jurídica pelas majorias, pelos presidentes das Casas ou por suas comissões, em detrimento das minorias e de toda a sociedade.

Thomas Bustamante, percebendo certa negligência do Supremo Tribunal Federal na proteção jurídica do processo legislativo, recomenda à Corte proatividade na atuação quanto à vigilância das regras do jogo democrático e passivismo quanto às valorações de escolhas político-morais do legislador⁷²³. Esse ativismo de índole procedimental— aqui

⁷²¹ Permitir a sujeição do processo legislativo à tutela jurisdicional de posições processuais de quaisquer pessoas acarretaria demasiada instabilidade jurídica, vicejando o cenário de imobilismo decisório legislativo a que se fez referência no primeiro capítulo. Seria mesmo perigoso que qualquer juiz dispusesse de poderes para paralisar os trabalhos do Congresso. Esse argumento de índole política, intrínseco à ideia de separação dos poderes, não pode ser renegado. Levando-o em consideração, vê-se que falta viabilidade para um controle preventivo e puramente difuso de constitucionalidade, exercitável por meio de ação civil pública, uma vez que o direito ao devido processo legislativo é difuso.

⁷²² ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁷²³ “A combinação do passivismo no controle do processo legislativo e do ativismo no controle do resultado das deliberações parlamentares constitui o pior cenário possível para uma corte constitucional. De um lado, o passivismo facilita que as majorias ocasionais oprimam as minorias no debate parlamentar. Sem um controle rigoroso sobre o Processo legislativo, inclusive sobre as normas regimentais e regulamentares, a deliberação parlamentar é reduzida a uma mera formalidade, e o processo legislativo perde a racionalidade e a imparcialidade que lhes são próprias”. As mais conhecidas objeções democráticas à jurisdição constitucional têm por fundamento, em maior ou menor grau, a chamada dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, e o receio de que haja usurpação da representação política caso o tribunal tome decisões no lugar do legislador. BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. *Jurisdição constitucional na era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF*. *Direito & Práxis*, v. 7, n. 13, 2016. Note-se que, em se tratando de controle meramente formal, no qual são tuteladas as regras do jogo democrático, essas oposições não se sustentam. Thomas Bustamante, no mesmo texto acima referido, percebeu bem essa problemática, ao escrever que: “O núcleo da crítica à jurisdição constitucional nada tem a ver com a intervenção judicial para garantir a regularidade do processo legislativo. Pelo contrário, a crítica só faz sentido

também defendido com foco no respeito ao princípio do contraditório— tonifica a democracia, pois qualifica a formação da vontade popular, conformando-a às condições de deliberação democrática previstas na Constituição para cada espécie normativa⁷²⁴.

Dessa forma, para cumprir a missão de guarda dos princípios constitucionais que regem o processo de criação de leis (e dos quais deriva, em grande medida, a legitimidade democrática da legislação), impõe-se à Suprema Corte que revise as premissas dogmáticas costumeiramente adotadas na tutela do processo legislativo. Além da questão processual acima referida, é preciso encarar o desafio de aperfeiçoar o conceito de norma *interna corporis*, superando a incompleta compreensão de que, diante de violação de norma processual não prevista diretamente na Constituição, deve o tribunal se manter inerte e deixar de tutelar a ilicitude apontada⁷²⁵.

porque ela pressupõe que a lei goza de uma dignidade especial que advém do fato de ela representar uma “norma comum” estabelecida de maneira respeitosa. O núcleo da crítica à supremacia judicial está justamente na confiança que os críticos depositam no processo legislativo, que funcionaria como uma espécie de filtro ou catalizador do debate constitucional e permitiria – caso levado a sério pelos participantes em suas deliberações – uma deliberação capaz de tomar em conta os argumentos, interesses e direitos de cada um dos grupos e indivíduos representados no debate parlamentar. Não faz sentido qualquer crítica à supremacia judicial sem uma garantia de que o processo legislativo seja rigorosamente observado”

⁷²⁴ Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto salientam a necessidade de se calibrar a autocontenção judicial num sentido inverso àquele geralmente tratado (com arrimo na atuação do Judiciário como legislador negativo, com foco na chamada dificuldade contramajoritária), sendo legítima a atuação mais acentuada do Poder Judiciário nas hipóteses em que visa a proteger as condições de funcionamento da democracia, dentre as quais, os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição. Dizem os autores: “As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.” SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Questio Juris*, v.6, nº 2, 2013, pp. 119-161.

⁷²⁵ O próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões episódicas, tem questionado e contrariado essa linha decisória restritiva sobre as questões *interna corporis*. Nesse sentido, veja-se Mandado de Segurança n. 26411/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 18/12/2009, e, mais recentemente, o Mandado de Segurança n. 34562/DF, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 08/02/2017. Especialmente ilustrativo, por ser incisivo sobre a doutrina dos atos *interna corporis*, é o voto do Ministro Luiz Fux no Agravo Regimental na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 31816/DF, Relator para acórdão: Ministro Teori Zavascki, julgado em 27/02/2013, senão vejamos: “Há um mito sobre a insindicabilidade de normas regimentais das Casas do Parlamento. É claro que não podemos dizer que horas tem 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 sindicá-las as regras do Regimento Interno, maxime 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. Ora, o Regimento Interno das Casas serve também para que as minorias parlamentares tenham previsibilidade e segurança daquilo que elas vão votar. E mais importante que isso, no meu modo de ver, elas são regras do jogo democrático.”

Como dito, nos casos em que normas regimentais operacionalizam diretamente os preceitos constitucionais, sua desobediência enseja, por acarretamento lógico, violação da Constituição. Em tais situações, simplesmente não é possível cumprir a norma constitucional, sem observar, ao mesmo tempo, norma prevista no regimento interno⁷²⁶, que funciona como verdadeira norma constitucional interposta, integrante do bloco de constitucionalidade. Noutros casos, normas regimentais cujas hipóteses de incidência são deflagradas no transcurso do processo legislativo deixam de ser aplicadas, ou o sentido atribuído às suas disposições linguísticas simplesmente extrapola os limites semânticos dos enunciados normativos, ensejando ilicitude. Essas situações são passíveis de submissão a controle jurisdicional e devem ser corrigidas.

Descabe ao Poder Judiciário, é óbvio, determinar a dinâmica de funcionamento do Poder Legislativo, imiscuindo-se, injustificativamente, nas rotinas de funcionamento e deliberação do Congresso. No entanto, é postura reducionista partir desses condicionantes impostos pela separação de poderes para concluir, simplesmente, que as normas regimentais não são passíveis de controle judicial em qualquer situação.

Como procurou-se demonstrar, a associação entre restrição de legitimidade processual e contenção quanto ao conhecimento de violações a normas dos regimentos internos pode provocar verdadeiro quadro de insindicabilidade do processo legislativo, deixando as minorias legislativas e a sociedade realmente desamparadas diante de violações procedimentais. De um lado, a maioria imporá sua vontade no que diz respeito à aplicação dos regimentos no parlamento. De outro, a postura tradicional do Supremo Tribunal Federal em relação às questões *interna corporis* barra o acesso à justiça das minorias e da sociedade diante de tais violações⁷²⁷.

Na tentativa de indicar um critério operacionalizável a partir de uma relação entre o grau de obediência ou de violação ao contraditório no processo legislativo e a extensão do controle jurisdicional, situa-se o princípio como um índice da graduação da presunção de

⁷²⁶ BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição constitucional na era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. *Direito & Práxis*, v. 7, n. 13, 2016

⁷²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 257.

constitucionalidade das leis, recomendando escrutínios jurisdicionais mais ou menos rigorosos a depender do processo de elaboração e aprovação da lei⁷²⁸.

Com essa elaboração, pretende-se chamar atenção para a tendência crescentemente observada no mundo de calibrar a intensidade do controle judicial das leis de acordo com a qualidade do processo legislativo a partir do qual se originam e por meio do qual se justificam do ponto de vista democrático, reflexos, em última instância, da maior ou menor observância ao princípio do contraditório. Quanto melhor o diagnóstico realizado pelo legislador sobre a realidade social que se pretende transformar, quanto mais completa a ponderação dos bens afetados e quanto mais aprofundados os debates entre os diferentes pontos de vista, maior deve ser o cuidado do Judiciário quanto à adoção de uma postura deferente ao legislador.

Daniel Oliver-Lalana, com enfoque na experiência recente alemã do controle de constitucionalidade do processo legislativo (analisando também decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), destaca essa propensão de os tribunais levarem em conta, cada vez mais, a metodologia de elaboração e de justificação legislativa, investigando se a decisão parlamentar foi precedida da reunião das informações disponíveis sobre o tema enfrentado, se há alinhamento lógico-empírico entre a decisão e o diagnóstico realizado e, ainda, se a deliberação obedece a padrões mínimos de inclusão deliberativa, permitindo interação dialética das minorias legislativas e sociais⁷²⁹.

Os tribunais, nessas hipóteses, limitam-se a averiguar se o procedimento foi observado, se os diagnósticos e prognósticos apresentados pelo legislador se mostram

⁷²⁸ Daniel Sarmiento e Cláudio de Souza Neto listam cinco *standards* de deferência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, que se entrelaçam em muitos casos. São eles: a) o grau de legitimidade democrática do ato normativo, aferível a partir do exame sobre a forma de elaboração e aprovação da lei; b) a preservação das condições de funcionamento da democracia acima referidas; c) o respeito à participação de minorias estigmatizadas; d) relevância do direito material em jogo; e) comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Questio Juris*, v.6, nº 2, 2013, pp. 119-161. Em linha com o que foi exposto, o princípio do contraditório condensa, pelo menos, os três primeiros critérios referidos.

⁷²⁹ OLIVER-LALANA, Daniel. El control del proceso de justificación legislativa y la teoría de los principios formales. In: PORTOCARRERO, Jorge. (org.). *Ponderación y discrecionalidad*. Bogotá: Universidad Externado, 2013, pp. 311-376. Refere-se o autor espanhol a “una creciente tendencia a orientar las competencias de escrutinio judicial hacia el modo en que se legisla. La revisión se extendería así a um plano *justificatorio*, que no es propiamente sustantivo (em el sentido del habitual control de resultados), y que tampoco es procedimental (en el sentido del control de la observancia de los trámites legislativos preestablecidos). Como apunta um miembro del TJUE, pareciera que los jueces quieren asegurarse ahora de que los legisladores han hecho su trabajo correctamente.”

empiricamente plausíveis, merecendo menor deferência as decisões nas quais não forem empregados, minimamente, os meios de conhecimento disponíveis⁷³⁰. Não há, propriamente, um controle material das escolhas tomadas pelo legislador, mas, sim, avaliação da consistência ou da sistematicidade processual, reveladas na aceitabilidade empírica da metodologia empregada⁷³¹, por meio de um juízo de adequação de todo semelhante ao teste adotado no princípio da proporcionalidade⁷³². Para tomar, validamente, decisões que afetem a vida de todos, o Parlamento precisa cumprir os requisitos procedimentais correlatos ao poder político outorgado em seu favor, dentre os quais, situa a obediência ao princípio do contraditório. Decisões impossíveis de simples justificação empírica ou que tenham sido tomadas à revelia da interação do Congresso e da sociedade não atendem aos parâmetros mais elementares de constitucionalidade.

No Brasil, Ana Paula de Barcellos tem defendido lógica semelhante, com perspectiva até mais ampla, baseada no que denomina direito ao devido processo de elaboração normativa, do qual o princípio do contraditório figura como peça-chave, conforme aqui defendido. Não se transfere, para o Poder Judiciário, as avaliações e decisões próprias do campo da disputa política. A tutela jurisdicional se limita a garantir a transparência e a participação mínimas na elaboração legislativa, “fomentando a produção e a explicitação de razões e informações dirigidas ao espaço público”⁷³³.

⁷³⁰ “Los legisladores deben efectuar un pronóstico que responda a premissas fácticas investigadas y a un método apropiado que deben seguir consecuentemente, y deben mostrar a su vez las bases metodológicas y la solidez de ese pronóstico, explicando con suficiente claridad en qué se sustenta.” OLIVER-LALANA, Daniel. El control del proceso de justificación legislativa y la teoría de los principios formales. In: PORTOCARRERO, Jorge. (org.). *Ponderación y discrecionalidad*. Bogotá: Universidad Externado, 2013, p. 332.

⁷³¹ Tratando desse viés empírico-metodológico do controle jurisdicional do processo legislativo na Alemanha, Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy e James Fowkes destacam a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional no caso Hartz IV em 2012: “In Hartz IV the Court declared that the social law’s standart benefits for adults and children were unconstitutional, primarily because the provisions were not entirely based on na underlying statistical investigation by the legislature. The Court found that instead of conducting separete empirical research, the legislature based parts of the calculation of standard benefits on random estimates. Even though the legislature has discretion to choose which statistical models to uso to calculate benefits, the Court ruled that it must exercise this discretion consistently and transparently. Instead of declaring the level of social benefits unconstitutional, the Court concentrated on the procedure used to determine thesubsistence minimum and found that it violated theConstitution.” ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKERS, James. *Due Process of lawmaking: the United States, South Africa, Germany and the European Union*. Cambridge University Press, 2015, p. 182.

⁷³² Conforme já referido na nota número 575.

⁷³³ “O direito constitucional devido processo na elaboração normativa envolve o controle procedimental da produção normativa. A interpretação das normas afinal elaboradas é fenômeno diverso que continuará a valer-se dos elementos tradicionalmente consagrados pela teoria do direito.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 240. É bem verdade, por outro lado, que o tribunal poderá modular, em momento posterior, a intensidade do controle material (controle dos resultados do processo legislativo) a depender da qualidade do processo legislativo, das razões aprentadas e da amplitude dos debates travados. Nesse sentido, referindo-se a

Também seguindo a lógica aqui defendida, Paloma Biglino Campos tangencia um regime processual de nulidades compatível com a lógica político-jurídica do processo legislativo, distinguindo entre meras irregularidades (vícios cuja ocorrência não acarreta prejuízo para a deliberação, sendo passíveis de convalidação no próprio ambiente legislativo) e infrações procedimentais mais gravosas, que alcancem a expressão do princípio democrático, comprometendo os vetores essenciais de participação e de transparência⁷³⁴. O regime das nulidades processuais no processo legislativo se mostra carente de estudos mais aprofundados e merece, sem dúvidas, mais atenção por parte dos estudiosos. Por ora, sublinha-se que violações ao princípio do contraditório se caracterizam, em geral, como causas de nulidade processual. Acarretarão, geralmente, prejuízo quanto à participação das minorias e insuficiência quanto à publicidade do processo legislativo, desnaturando-o naquilo que toca à sua função essencial de palco deliberativo da sociedade democrática.

Como nota-se, há estreita relação entre o princípio do contraditório e as diretrizes do modelo informativo de tomada de decisão política pelo Poder Legislativo, referidas no capítulo anterior. O princípio do contraditório constitui-se ferramenta metodológica essencial para a tomada de decisões legislativas racionais, capaz de propiciar que o legislador e a sociedade tomem conhecimento dos fatos, interesses e pontos de vistas importantes, recompilando informações e valorando o fenômeno social sobre o qual a lei incidirá.

CONCLUSÕES

A proposta assumida neste trabalho era a de realizar uma investigação ampla a respeito do processo de criação das leis, mirando-o em suas dimensões filosófica, política e

essa lógica de compensação entre a intensidade do controle material e a qualidade do procedimento legislativo, diz Ittai Bar-Siman-Tov: “The adequacy of the legislative process should equally apply as a consideration for invalidating laws and for sustaining them under semi-procedural review. That is a proper legislative process should weigh in favour of sustaining laws to the same extent that a flawed enactment process should weigh against their constitutionality. BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semi-Procedural Judicial Review. *Legisprudence*, v. 6, n. 3, 2012, pp.271-300.

⁷³⁴ Refere-se a autora espanhola a dois requisitos principais para que seja convalidado ato procedimental praticado com alguma irregularidade. Para seu aproveitamento, é necessário que haja ulterior participação daqueles cujos interesses poderiam ser prejudicados, além de ser indispensável que o autor do ato de convalidação tenha disposição sobre o ato que deseja sanar. que ficaram ambos radicados a saber, que não remanesçam interesses prejudicados, dentro ou fora do parlamento. Nesse sentido, diz: “Existe um vício procedimental previo y además grave, consistente em que se han incumplido las normas que garantizaban la participación em la elaboración de la ley. Al ser éstos requisitos esenciales para la formación de la decisión de la Cámara, el vicio puede tener carácter invalidante. Esta consecuencia no se produce, sin embargo, cuando aquellos que tenían asegurado el derecho a intervenir consintieron la infracción, aunque les perjudique.” CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 140.

processual, para reconhecê-lo como um elo entre os sistemas jurídico e político, mecanismo essencial para a representação política, por meio do qual os cidadãos tomam conhecimento das leis que lhes alcançarão e interagem com o parlamento.

Pretendeu-se investigar, também, de que maneira ocorre essa delicada interseção entre direito e política, concluindo-se que o ordenamento jurídico, ao regular o processo de produção de normas jurídicas, exige do legislador a adoção de um marco metodológico de trabalho minimamente racional, capaz de dotar todo o transcurso do processo de inteligibilidade e de proporcionar interações discursivas entre as majorias e as minorias legislativas, integrando também a sociedade.

Nesse sentido, concluiu-se que o Parlamento é destinatário do devido processo legal e que o princípio do contraditório incide no processo legislativo, como ferramenta de racionalidade e de dialeticidade, garantindo que a deliberação alcance legitimidade democrática.

Longe de adotar visão ultrarracional e não realista do processo legislativo, situou-se o princípio do contraditório como o cerne de uma metodologia processual democrática, que permite a coexistência dos fatores distributivos, partidários e informativos da tomada de decisão parlamentar, privilegiando a transparência e estimulando um cuidado empírico mínimo na apresentação de proposições, nas discussões e também na tomada de decisão, de modo a refletir na qualidade da legislação as vantagens epistêmicas de uma assembleia eleita democraticamente.

Com base nessa dinâmica procedimental e decisória do processo legislativo, defendeu-se que o princípio do contraditório deve impedir a tomada de decisões não precedidas dos devidos debates, vislumbrou-se um direito ao exercício de influência política no processo legislativo e afirmou-se que, decidida questão de acordo com os requisitos procedimentais, forma-se estabilidade processual, impedindo a reversão abrupta da posição adotada pela maioria.

Criticou-se, então, concepção tradicional e excessivamente restritiva quanto ao controle jurisdicional de índole procedimental do processo legislativo, posicionado o grau de respeito ao princípio do contraditório como um índice na gradação da preseunção de constitucionalidade da lei, autorizando-se intervenções mais ou menos amplas do Poder Judiciário a depender da qualidade do processo legislativo.

A conclusão mais interessante, certamente, foi que os três diferentes olhares apresentados em cada um dos capítulos se complementam e se entrelaçam. Ciência Política, Teoria do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual não são áreas incomunicáveis do conhecimento, e esse manejo interdisciplinar de seus saberes revela-se imprescindível para os que ainda acreditem ser possível trilhar o caminho da democracia, da igualdade social e da emancipação dos homens e mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ABRANCHES, Sérgio. *O Processo Legislativo: conflito e conciliação na política brasileira*. Dissertação de mestrado em Sociologia. Universidade de Brasília. 1973.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988.

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ABREU, Maria Aparecida Azevedo. Representação em Rousseau e Hannah Arendt. *Lua Nova*, n. 72, 2007.

ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ACKERMAN, Bruce. ¿Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

ADVERSE, Helton. Arendt e a democracia representativa. *Pensando – Revista de Filosofia*, vol. 9, nº 17, 2018.

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017.

ALDER, John. *Constitutional law and administrative law*. 13 ed. Londres: Routledge, 2020 (Versão do Kindle).

ALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 8, 2016.

ALMEIDA, Debora Rezende de. Representação como processo: a relação Estado/sociedade na teoria política contemporânea. *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, n. 50. 2014.

ÁLVAREZ, Elviro Aranda. Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

AMES, Barry. *The Deadlock of Democracy in Brazil*. University of Michigan Press, 2001.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

AMORIM NETO, Octávio. Cabinets and coalitional presidentialism. In: AMES, Barry. *Routledge handbook of brazilian politics*. New York, London: Taylon and Francis, 2019.

ANDERSON, Perry. *Brasil à parte*. Tradução: Alexandre Barbosa de Souza. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *As Novas Dimensões do Princípio da Soberania*. Niterói: Impetus, 2016.

ARAÚJO FILHO, Valdemar Ferreira. *Presidentes fortes e presidência fraca: a expansão do poder executivo e a organização da presidência da República no Brasil (1930 – 1989)*. Curitiba: Appris, 2016.

ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução: Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Editora Ática, 1988.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *As políticas da política: desigualdades e inclusão nos governos do PSDB e do PT*. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

ARROW, Kenneth. A difficulty in the concept of social welfare. *Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 58, n.4, 1950.

ARROW, Kenneth. *Social Choice and individual values*. New York: Jon Wiley & Sons, 1963.

ARTER, David. Introduction: comparing the legislative performance of legislatures. *The journal of legislative studies*, v.12, n. 3, 2006, pp. 245-257.

ATIENZA, Manuel. Practical reason and legislation. *Ratio Juris*, v.5, n.3, 1992

ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia: Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ , Aurelio (Org.). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Civitas, 2004.

ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019.

AUBERT, Enduando Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil: retórica, histórica, dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 32-47.

ÁVILA, Caio Márcio de Brito. Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema político brasileiro. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2009.

ÁVILA, Humberto. O que é “Devido Processo Legal”? *Revista de Processo*, v. 163, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros, São Paulo, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Estado de Direito, democracia e devido processo legislativo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. (orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático. *Revista de direito do Estado*, n. 12, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (orgs.). *Direito Público Contemporâneo: monitoramento de políticas públicas em direitos fundamentais*, v. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

BARROS, Celso Rocha de. Uma história de dois azares e um impeachment. In: *Democracia em risco?* São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo* nº 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARZOTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semi-Procedural Judicial Review. *Legisprudence*, v. 6, n. 3, 2012, pp. 237-300.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The global revival of legisprudence: a comparative view on legislation in legal education and research. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y legisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.4, tomo I.

BATISTA, Cristiane. Instituições políticas brasileiras. In: Batista, Cristiane; MUÑOZ, Enara Echart. *Teoria e prática da política*. Curitiba: Appris, 2017.

BAYNES, Kenneth. Deliberative democracy and the limits of liberalism. In: BAYNES, Kenneth; SCHOMBERG, Von. (orgs.) *Discourse and democracy: essay's on Habermas 'Between Facts and Norms'*. Albany: Suny Press, 2002.

BELL, Bernard. Legislative History without legislative intent: the public justification approach to statutory interpretation. *Ohio State Law Journal*, v. 60, n. 1, 1999, p.1-98.

BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democracy legitimacy. In: BENHABIB, Seyla. (org.). *Democracy and difference*. Princeton University Press, 1996.

BENJAMIN, Walter. *Linguagem, tradução, literatura* (filosofia, teoria e crítica). Tradução: João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

BENTHAM, Jeremy. *Political Tactics*. Oxford: Claredon Press, 1999.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984, (Coleção os Pensadores).

BERCOVICCI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICCI, Gilberto. Lochner v. New York, 1905. Onze Supremos, 8 de maio de 2020. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/2DyhOSCK9F4T5zrNM4AgMH?si=hILV5pm8SsiHzPRm>. Acesso em 12/12/2020.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BICKEL, Alexander. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961, p. 40-75.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Nova Iorque: Bobbs- Merrill, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de legitimação*, 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do ato administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BINDER, Sarah. *Minority rights, majority rule: Partisanship and the development of Congress*. Cambridge University Press, 1997.

BLANCO, Carolina Fernández. Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.42, 2019.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Denise Agostinetti. Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOHMAN, James. Representation in the Deliberative System. In: PARKINSON, John; MAINSBRIDGE, Jane. (orgs.). *Deliberative Systems: Deliberative democracy at the large scale* Cambridge University Press, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORA, Alons. Quem participa? Reflexões sobre a teoria da inclusão. Tradução: Edvaldo Moita. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v.6, n.3, 2019.

BOSCO, Francisco. *A vítima tem sempre razão? Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro*. São Paulo: Todavia, 2017.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência no Direito Processual brasileiro*. Salvador: Juspodvm, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo: *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASILEIRO, Ana Maria. *O assessoramento legislativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BROWN, Mark. Survey Article: Citizen panels and the concept of representation. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 14, n. 2. 2006.

BRUDNEY, James. Legislation and regulation in the core curriculum: a virtue or a necessity? *Journal of legal education*, v. 65, 2015.

BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of the consent*. Michigan University Press, 1965.

BÜLOW, Oskar. Statutory law and the judicial function. Tradução: James Herget, Ingrid Wade. In: DIDIER, Fredie (org.). *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodvm, vol.2, 2010, p. 707.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Tradução: Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política*. v. 20, n.44. 2012.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição

constitucional na era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. *Direito & Práxis*, v. 7, n. 13, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, n. 221, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, v.1, p. 99- 124.

CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada para o concurso de provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Per um nuovo concetto di giurisdizione. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), v. 18, n. 35, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; GALDINO, Flávio; KATAOCA, Eduardo Takemi (orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 193-210.

CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*. Salvador: Juspodvm, 2020.

CADENA, Miguel Ángel Camposeco. ¿Cómo formar iniciativas de ley o decreto? *In: HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús Castella-nos. (org.). Doctrina y Lineamientos para la Redacción de Textos Jurídicos, su Publicación y Divulgación*, 4.ed. Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, México, 2008.

CAENEGEM, R.C. Van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Non c'è libertà senza legalità*. Roma-Bari: Laterza, 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar? *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 13, 1993.

CAMPELLO, Daniela. Entre o capital e o voto: disciplina de mercado e eleições na América Latina. *In: Política e Mercado*. Cadernos Adenauer, XIX, n.2. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. Nomogênese e poder constituinte: fundamentação racional e legitimidade democrática da norma constitucional. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2013.

CAMPOS, Paloma Biglino. Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad. *Revista de Derecho Político*, n. 100. 2017.

CAMPOS, Paloma Biglino. Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales? *Revista De Las Cortes Generales*, n. 30, 1993.

CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPANO, Fernando. A leitura contemporânea da separação de poderes: desafio para a melhor efetivação das políticas públicas concretizadoras da Constituição. In: Smanio, Gianpaolo Poggio e Bertolin, Patrícia Tuma Martins (orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Calos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: as engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CAREY, John. *Legislative voting and accountability*. Cambridge University Press, 2009.

CAREY, John; SHUGART, Matthew (orgs.). *Executive Decree Authority*. Cambridge University Press, 1988.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá. O sistema de Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados. Análise de sua composição e atuação na 54^a Legislatura. Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Cláudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega. *Curso de regimento interno da Câmara dos Deputados*. 5 ed. Brasília: Edições Câmara, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. La crisi della legge. *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, v. 22, 1930, pp. 424-431.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Moranó Editore, 1958.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de*

Direito. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Legislativo Constitucional*. Juspodvm, Salvador, 2017.

CHAPMAN, Nathan; MCCONEEL, Nathan. Due Process as separation of powers. *Yale Law Journal*, v. 121, 2012.

CHATELET, François. *História das ideias políticas*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. Governos de coalisão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 45, n. 2, 2002.

CHEIBUB, Argelina; LIMONGI, Fernando. Poder de agenda e políticas substantivas, *In*: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lucio. *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

CHEVITARSE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. O papel da jurisdição constitucional na nomogênese legislativa. Tese de doutorado em Direito. Centro Univesitário de Brasília, 2015.

CHINER, Maria Jesus Montoro. *Adecuacion al ordenamento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CHRISTENSEN, Ralph. *In* MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Tradução: Peter Naumann. A questão fundamental da democracia. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. Introdução.

CICCONETTI, Stefano Maria. *Diritto Parlamentare*. 3 ed. Turim: Giappichelli Editore, 2019.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Notas sobre a tolerância: fundamentos, distinções e limites. In: COSTA, Daniel Castro; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. (orgs.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas – Estudos em Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, Tomo 2.

CLEVES, Gonzalo Ramires. Mandato imperativo y mandato representativo. *Revista Derecho del Estado*, n. 8. Bogotá, 2000.

COHEN, Joshua; FUNG, Archon. Radical democracy. *Swiss Journal of Political Science*, vol. 10, n.4. Basel, 2004.

COIMBRA, José Geraldo. O contraditório no processo legislativo. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. In MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, Prefácio.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução: Loura Silveira. *Revista de Filosofia Política*, n. 2, 1985.

CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

CÓRDOBA, Gema Marcilla. Sobre la contribución a una Teoría de la Legislación, de Manuel Atienza. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 11, 1999.

CÓRDOBA, Gema Marcilla. *Racionalidad Legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

CÓRDOBA, Gema Marcilla. Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013.

CÓRDOBA, Gema Marcilla. La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del Derecho. In: OLIVER-LALLANA, Daniel (org). *La legislación en serio: estudios sobre Derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

COX, Gary; MCCUBBINS, Mathew. *Legislative Leviathan: party government in the house*. 2 ed. Cambridge University Press, 2007.

CRISTÓBAL, Rosário Serra. Pequenas Minorías y Control Parlamentario. Corts. *Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 21, 2009.

CUNHA, Lucas. Tramitação e emendamento das medidas provisórias: evolução e do Legislativo no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 103, 2012.

CURRY, James. *Legislating in the dark: information and power in the house of representatives*. The University of Chicago Press, 2015.

CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 2016.

CYRINO, André. *Delegações Administrativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do sistema político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v.274, 2017.

DAHL, Robert. *A Democracia e seus críticos*. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

DALAUQA, Gustavo Hessmann. Democracia representativa, conflito e justiça em J. S. Mill. *Dois pontos*: revista dos departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos., vol. 13, n. 2, 2016.

DALAUQA, Gustavo Hessmann. Democracia representativa, consenso e conflito em J. S. Mill. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2019.

DAMGAARD, Erik. How Parties Control Committee Members, In: Hebert Döring (org.). *Parliaments and the majority rule in Western Europe*. Frankfurt: Campus Verlag, 1995.

DANTAS, Humberto; RAMOS, Lara Mesquita; TANAKA, Marcela. Governabilidade e sistema eleitoral no Brasil. In: DANTAS, Humberto (Org.). *Governabilidade: para entender a política brasileira*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.

DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução: Pedro Jimenez Cantisano e José Ernani de Carvalho Pacheco Curitiba: Juruá, 2017.

DEMEYER, Frank; PLOTT, Charles: The probability of a Cyclical Majority. *Econometrica*, vol. 38, n. 2, 1970.

DIALER, Doris; RICHTER, Margarethe. *Lobbying in the European Union: Strategies, dynamics and trends*. Springer, 2019.

DIAMOND, Larry, Facing Up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, v.1 pp.141-155, 2015.

DICEY, Albert Von. *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 10 ed. Londres: Macmillan, 1959.

DICKMAN, Renzo; RINELLA, Angelo. *Il processo legislativo negli ordinamenti*

costituzionali contemporanei: Studi e ricerche di scienze della regolazione. Roma: Carocci, 2011.

DICKMANN, Renzo. *Processo Legislativo e limiti della legge*. Napoli: Jovene Editore, 2006.

DICKMANN, Renzo. *L'organizzazione del processo legislativo*. Napoli: Jovene Editore, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15 ed. Salvador: Juspodvm, 2018, v.1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 4 ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, 2017, p. 49.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.

DOERFLER, Ryan. Who Cares How Congress Really Works? *Duke Law Journal*, v. 66, 2017, pp. 979-1044.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria Econômica da Democracia*. Tradução: Sandra Guardini. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

DRYZEK, John; NIEMYER, Simon. Discursive Representation. *The American Political*

Science Review, vol. 102, n. 4, 2008.

DRYZEK, John. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. Oxford University Press, 2000.

DRYZEK, John. Rhetoric in Democracy: A Systemic Appreciation. *Political Theory*, vol. 38, n. 3, 2010.

DUNNE, Stephanie; REED, Robert; WILBANKS, James. Endogenizing the median voter: Public Choice goes do scholl. *Public Choice*, v. 93, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3 ed. Tradução: Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EKINS, Richard. *The nature of legislative intent*. Oxford University Press, 2012.

ELSTER, Jon. *Precommitment and Constitutionalism*. New York: Columbia University Press, 1995.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EPISTEIN, Isaac. O paradoxo de Condorcet e a crise da democracia representativa. *Estudos Avançados*, n. 11. Universidade de São Paulo, 1997.

EPSTEIN, David; O'HALLORAN, Sharyn. *Delegated powers: a transaction cost politics approach to policy making under separate powers*. Cambridge University Press, 1999.

ESTEVES, Luís Fernando Gomes. *Processo Legislativo no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ESTLUND, David. *Democratic Authority: a philosophical framework*. New Jersey: Princeton University Press, 2008

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2012.

FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. *Law and public choice. A critical introduction*. University of Chicago Press, 1991.

FARIA, Cristiano Ferri Soares. *O Parlamento aberto na era da Internet: pode o povo colaborar com o parlamento na elaboração das leis?* Brasília: Edições Câmara dos Deputados, 2015.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: BooleSeller, 2006.

FEREJOHN, John. Logrolling in an Institutional Context: A Case Study of food stamps legislation. In: WRIGHT, Gerald; RIESELBACH, Leroy; DODD, Lawrence. (orgs.). *Congress and Policy Change*. New York: Agathon Press. 1986

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Comentário ao artigo 58º, parágrafo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *In: LUHMAN, Niklas. A legitimação pelo procedimento.* Tradução: Maria da Conceição Côrte Real. Editora Universidade de Brasília, 1980. Apresentação.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil.* 4 ed. Tradução: Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia.* Roma-Bari: Laterza, 2007, vol I.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.* Tradução: Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2014.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt.* Belo Horizonte. Editora UFMG, 2004.

FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três críticas.* Tradução: Karina Jannini. Rio de Janeiro: Difel, 2010.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub de; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. *In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (orgs.). A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21.* Belo Horizonte: UFMG, 2007.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; CANELLO, Júlio; VIEIRA, Marcelo. Governos minoritários no presidencialismo latino-americano: determinantes institucionais e políticos. *Dados: Revista de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, vol. 55, nº 4, 2012.

FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. O Colégio de Líderes: surgimento e evolução. *E-Legis*, n. 8, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones.* Tradução: Manuel Martines Neira. Madrid: Trota, 2003.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton University Press, 1988.

FISHKIN, James. *When the people speak: deliberative democracy and public consultation*. Oxford University Press, 2009.

FRIEDRICH, Carl. *Uma introdução à teoria política*. Tradução: Mario da Gama Cury. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FROWEIN, Jochen; BANK, Ronald. A participação das minorias nos processos de tomada de decisões. Tradução: Fábio Cesar dos Santos Oliveira. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GANUZA, Ernesto; FRANCÉS, Francisco; LAFUENTE, Regina; GARRIDO, Fernando. ¿Cambian sus preferências los participantes em la deliberación? *Reis- Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 139, 2012, pp. 111-132.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razón práctica y legislación. *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 9, 2000, pp. 299-317.

GARCIA, Marcos Leite. As origens da teoria do poder constituinte: o abade Siéyes e a Revolução Francesa. *Revista brasileira de História do Direito*. v. 2, n.2, Curitiba, 2016.

GASPARDO, Murilo. Influência do poder econômico na atuação dos partidos brasileiros: uma análise a partir do caso do código florestal. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16 n. 109, 2014.

GAUSS, Gerald. *The order of public reason: a theory of freedom and morality in a diverse and bounded world*. Cambridge University Press 2011.

GOLDSTEIN, Kenneth. *Interest groups, lobbying and participation in America*. Cambridge University Press, 1999.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament: contemporary debates*. Cambridge University Press, 2010.

GOMAR, Luis Felipe Nava. El núcleo de la función representativa parlamentaria: una propuesta para la justicia constitucional mexicana. Tese de doutorado em Direito. Universidade CompuTense de Madri, 2014.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

GÓMEZ, Juan Carlos Cervantes. *Derecho Parlamentario: organización y funcionamiento del Congreso*. Ciudad de México: CEDIP, 2012.

GÓMEZ, Virgilio Zapatero. *El arte de legislar*. Madri: Arazandi, 2009.

GÓMEZ, Virgilio Zapatero. Lenguaje e imperio de la ley. Atenas, s.IV AC. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org.). *La Legislación en serio: estudios sobre Derecho y legisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GÓMEZ, Virgilio Zapatero; GÓMEZ, Maria Isabel Garrido; RAMIREZ, Frederico Arcos. *El Derecho como proceso normativo: lecciones de teoría del Derecho*. 2 ed. Alcalá: Universidad de Alcalá, 2010.

GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. *Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos Paradigmas da Jurisdição: conceitos, princípios, funções*. Tese de doutorado em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade De São Paulo*, v.77, 1982, p 182.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GROFMAN, Bernard; HANDLEY, Lisa; NIEMI, Richard. *Minority representantion and the quest for voting equality*. Cambridge University Press, 1992.

GUARNIERI, Fernando. *Partidos, Seleção de Candidatos e Comportamento Político*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade de São Paulo, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Tradução: Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Marcial Pons, 2016.

GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho*. Tradução: César Moreno More, Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel ediciones, 2016.

GUASTINI, Riccardo. Ley. In: Carbonell, Miguel; LA LLAVE, Susana Thalía Pedrosa (orgs.). *Elementos de Técnica Legislativa*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

GUERRA, Elizabete Olinda. *Carl Schmitt e Hannah Arendt: olhares críticos sobre a política na modernidade*. São Paulo: LiberArs, 2013.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação*. 2 ed. Tradução: Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton University Press, 2004.

HÄBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação “pluralista” e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Interview with Jürgen Habermas. In: BÄCHTIGER, Andre; DRYZEK, John; MANSBRIDGE, Jane; WARREN, Mark (orgs.). *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2018.

HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. As três versões do neo-institucionalismo. Tradução: Gabriel Cohn. *Lua Nova*, n. 58, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARDIN, Russel. Public Choice versus democracy. *Nomos- American Society for Political and Legal Philosophy Journal*, vol. 32. 1990.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e de economia política*. Tradução: Maria Luísa Borges. São Paulo: Visão, 1985.

HE, Peng. *Chinese Lawmaking: from non-communicative to communicative*. Springer, 2014.

HERNÁNDEZ, Antonio; URRUTIA, Juan Manuel; ROMERO, Samantha Requena. La gestión del tiempo en el discurso parlamentario. *Discurso & Sociedad*, v. 6, 2012, p. 49-78.

HESPANHA, Antonio Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: *Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 50. Lisboa: INA- Instituto Nacional de Administração, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel: 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HORTA, Anderson Braga. Breve Memória sobre o Assessoramento Legislativo na Câmara dos Deputados. In: *Câmara dos Deputados, 40 Anos de Consultoria Legislativa: Consultores Legislativos e Consultores de Orçamento*. Brasília, Edições Câmara, 2011.

INÁCIO, Magna. Estrutura e Funcionamento da Câmara dos Deputados. *In*: MELO, Carlos Ranulfo; SAEZ, Manuel Alcântara (Org.). *A Democracia brasileira – Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

KAHN, Victoria. Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt's decision. *Representations*. v. 83, n. 1. Berkeley: University of California, 2003.

KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoria del Derecho*. Tradução: Felipe Gonzales Vicén. Madrid: Marcial Pons, 2005.

KATZ, Andrea Scoserea. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de Informações Constitucionais*, v.5, n. 3, p. 77-102, 2018.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Ivone Castilho. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KENNEDY, Scott; DENG, Gousheng. Big business and industry association lobbying in China: the paradox of contrasting styles. *The China Journal*, n. 63. The Austranlian Nacional University Press. Sidney: 2010.

KIRCHHOF, Gregor. The generality of the law. *In* MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-

LALANA, Daniel. (orgs.). *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Springer, 2016.

KLATT, Mathias. *Argumentação Jurídica e Devido Processo Legal*. Tradução: Luísa Borges. In: Toledo, Cláudia. (org.). *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, 2015.

KOCHI, Tarik. The Partisan: Carl Schmitt and the terrorism. *Law Critique*, v. 16, 2006.

KOGER, Gregory. *Filibustering: A political history of obstruction in the House and Senate*. The University of Chicago Press, 2010.

KOZIKOSKI, Antonio. Comentário ao artigo 67 da Constituição do Brasil. In: MORAIS, Alexandre de (org.). *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. University of Chicago Press, 1997.

KREHBIEL, Keith. *Information and Legislative Organization*. The University of Michigan Press. 1992.

KROTOSZYŃSKI, Michał. Legislative History, Ratio Legis, and the Concept of the Rational Legislator. In: KLAPPSTEIN, Verena; DYBOWSKI, Maciej. (orgs.). *Ratio Legis: Philosophical and Theoretical Perspectives*. Springer: 2018

LAAN, Cesar Rodrigues van der. Um panorama recente da apresentação de emendas sem pertinência temática a medidas provisórias pós ADI 5127. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado Federal (CONLEG). *Texto para discussão* nº 244, 2018.

LACERDA, Alan Daniel Freire de. *Sistemas de governo: organizando as relações entre*

executivo e legislativo. Curitiba: Appris, 2016.

LAGES, Cintia Garabini. *Devido Processo Legislativo: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma procedimental de estado*. Tese de doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010.

LAGES, Cintia Garabini. O caráter democrático do processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 191.

LADEUR, Karl-Heinz. Can democracy survive the end of the Nation State? *In: Karl-Heinz Ladeur (org.). Public governance in the age of globalization*. London, Ashgate, 2004.

LAMOUNIER, Bolívar. *Authoritarian Brazil revisitado: o impacto das eleições na abertura política brasileira, 1974-1982*. São Paulo: Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1985.

LAMOUNIER, Bolívar. Parlamentarismo, Sistema Eleitoral e Governabilidade. *Nova Economia*, vol. 2, nº 2, 1991.

LANDEMORE, Hélène . *Democratic Reason: Politics, collective intelligence and the rule of the many*. Princeton University Press, 2013.

LANDEMORE, Helene. Inclusive constitution-making: the Icelandic experiment. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 23, n. 2, 2015.

LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta, 2007.

LAURELLE, Annick; VALENCIANO, Federico. *Voting and Collective Decision-Making*. Cambridge University Press, 2008.

LAURENTIS, Lucas; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no Direito brasileiro: Teoria, vícios e análise do caso RDC. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 208, out./dez. 2015.

LAVALLE, Adrian Gurza. Participação, (des)igualdade política e democracia. *In*: MIGUEL, Luis Felipe (org.) *Desigualdades e Democracia: o debate da teoria política*. São Paulo: Editora UNESP, 2016.

LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEAL, Fernando. Três desafios à aplicação da metáfora dos “diálogos institucionais” para a legitimação da jurisdição constitucional. *In*: LEAL, Fernando (org.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 65-78.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011, pp. 6-51.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFEBVRE, George. *O surgimento da Revolução Francesa*. Tradução: Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

LEISTER, Ana Carolina. Controle de constitucionalidade, regras majoritárias e *median voter*: a possibilidade de um equilíbrio natural na separação dos poderes. *Revista dos Tribunais*, v. 101 n. 915, 2012.

LEÓN, Mauro Arturo Rivera; FABIÁN, Constantino Martínez. *Cuando la forma es el fondo: estudios de técnica legislativa y legilingüística*. Cidade do México: Editorial Flores, 2015.

LESTON-BANDEIRA, Cristina. Studying the Relationship between Parliament and Citizens, *The Journal of Legislative Studies*, v.18, Issue 3-4, 2012.

LEVISTKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem?* Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.

LEVMORE, Saul. Parliamentary Law, majority decisionmaking and the voting paradox.

Virginia Law Review, vol. 75, n.5, 1989.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução: Roberto Franco. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2019.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo*: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

LIMA, Marília Migliorini. Grupos de interesse e Legislativo: A atuação do empresariado na política comercial brasileira. Dissertação de Mestrado em Ciências Políticas. Universidade de São Paulo, 2011.

LIMONGI, Fernando; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; FREITAS, Andrea. Da sociologia política ao (neo)institucionalismo: trinta anos que mudaram a ciência política no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; MILANI, Carlos; BRAGA, Maria do Socorro (orgs.). *Ciência política no Brasil: 1960-2015*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

LIMONGI, Fernando. O novo institucionalismo e os estudos legislativos. *Boletim Informativo Bibliográfico*, nº 37, 1994.

LINDE, Hans. Due Process of Lawmaking. *Nebraska Law Review*, v. 55, n. 2. 1975, pp. 197-255.

LINZ, Juan. The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*, vol. 1, n. 1, 1990.

LLANOS, Leonor Suárez. El “juicio legal” ¿Tienen razón las leyes? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013.

LLORENTE, Rubio. Función Legislativa, poder legislativo y garantía del procedimiento legislativo. In: *El procedimiento legislativo*. V Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LÓPEZ, Fernando Santaolalla. Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación. *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 33, 1991, pp. 47-65.

LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *Por un nuevo procedimiento legislativo*. Madrid: Dykinson, 2015.

LORAUX, Nicole. *A invenção de Atenas*. Tradução: Lúcia Valle. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

LOSANO, Mario. Analisi empirica dellle procedure giuridiche. In: SCARPELLO, Umberto; TOMEO, Vincenzo (orgs.). *Studi in onore di Renato Treves*. Milan: Giuffrè, 1984.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus Estado Social?- A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução: Peter Naumann. *Revista da Ajuris*, n. 49, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte Real. Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983, Tomo I.

MACEDO, Cristiane Branco. A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador:

Juspodvum, 2015.

MACEDO, Ronaldo Pôrto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEDO, Ronaldo Pôrto. O decisionismo jurídico de Karl Schmitt. *Lua Nova* n. 32, 1994.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988, *In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. (orgs.). Princípios e temas gerais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção Doutrinas Essenciais. Processo Civil, v.1).

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fé, plebiscito como condição de identidade. *Revista de Informação Legislativa*, n.185, 2010.

MAINWARING, Scott; ZOCO, Edurne. Secuencias políticas y estabilización de la competencia partidista: volatilidad electoral en viejas y nuevas democracias. Tradução: Georgina Paolino. *América Latina Hoy*, n. 46, 2007.

MALBERG, Raymond Carré de. *La ley, expresión de la voluntad general*: estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875. Tradução: Ignacio Puey. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Tradução: Vera Pereira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 29, 1995.

MARCH, James; OLSEN, Johan. Neoinstitucionalismo: fatores organizacionais na vida política. Tradução: Gustavo Rinaldi Althoff. *Revista de Sociologia e Política*, vol.16, n. 31, 2008.

MARÍN, Tomás Vidal. *Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madri: Congreso de los Diputados, 2005.

MARINONI, Luís Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI; Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARMOR, Andrei. A natureza do Direito. Tradução: Lucas Miotto. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 42, 2013.

MÁRQUEZ. Piedad García-Escudero. *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2006.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL Filho, Ilton Norberto. Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos ‘contrabandos legislativos’: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodvm, 2013.

MARTÍ, Jose Luís. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madri: Marcial Pons, 2006.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madri: Trotta, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado, 1998, n. 139.

MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997.

MASHAW, Jerry. Prodelegation. Why administrators should make political decisions. *Journal of law economics and organizations*, v. 1, n. 1. 1985.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 (Edição do Kindle).

MAUBERG, Arnaldo; STRACHMAN, Eduardo. A regra da maioria como agregação de preferências: questões e respostas. *Nova Economia*, n. 24. Belo Horizonte, 2014.

MAUS, Ingeborg: *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução: Martônio Mont Alverne. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MCCONALOGUE, Jim. *The british constitution resettled? Parliamentary Sovereignty before and after brexit*. Springer-Palgrave Macmillan: 2020.

MCCUTCHEN, Peter. Mistakes, Precedent and the Rise of the administrative State: toward a constitutional theory of the second best. *Cornell Law Review*, n. 80. v.1, 1994.

MEDUAR, Odete. *O Direito Administrativo moderno*. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Marco Aurélio. O controle de constitucionalidade do processo legislativo ante os princípios democrático e da separação dos poderes. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (orgs.). *Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MENDECKA, Karolina. Carl Schmitt revisited by the United States and the terrorist. *Archiwum Filozofii Prawa I Filozofii Społecznej: Journal of the polish section of IVR*, n. 10, 2015.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo, Editora UNESP, 2014.

MIGUEL, Luís Felipe. Sorteios e representação democrática. *Lua Nova*, n. 50, 2000.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução: Manuel Inocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora UNB, 1981.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Companhia, 2017.

MILL, John Stuart. *The Collected Works of John Stuart Mill*. University of Toronto Press, 1991, vol.27.

MINAMI, Marcos Youji. Do conceito de Processo Eleitoral brasileiro. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2013.

MIRANDA, Marcela. A teoria da soberania de Thomas Hobbes. *Revista 7 mares*, n.3. São Paulo, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MOGERNSTERN, Scott; NEGRI, Juan. Metas e desafios do estudo comparativo de legislativos. In: MAGNA, Inácio; Rennó, Lúcio (orgs.). *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009

MONTUSCHI, Luisa. *El utilitarismo, la regla de la mayoría y la democracia*. Buenos Aires: Universidad del CEMA, 2010

MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de Legística*. Lisboa: Editorial Verbo, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. In: MOREIRA, José Carlos Barnosa. *Temas de Direito Processual Civil*: oitava série. São Paulo, Saraiva, 2004.

MORGENSTERN, Scott; HECIMOVICH, John; ROSENFELD, Sarah. Tall, Grande, or Venti: Presidential Powers in the United States and Latin America. *Journal of Politics in Latin America*, v. 5, n. 2, 2013.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/arrows-theorem> >.

MORRIS, Fiorina. Alternative rationales for restrictive procedures. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol 3. n. 2, 1987

MOUFFE, Chantal. Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy . *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v.10, n. 1, 1997.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MOUSSALLEM, Tarék Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

MULLER, Bernardo. Comissões e Partidos Políticos na Câmara dos Deputados: Um Estudo sobre os Padrões Partidários e de Recrutamento para as Comissões Permanentes. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 1, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

MÜLLER, Gustavo. Representação política: neoinstitucionalismo em perspectiva comparada. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, v. 24, n. 69. 2009.

MURO, Ignacio Torres. El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v.17,1986, pp. 189-239.

MURO, Ignacio Torres. El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 43, 1995, pp. 50-71.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Teorias da legislação e argumentação legislativa: a contribuição de Manoel Atienza. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v.3, n.2, 2018.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado em Direito. Universidad de Alicante, Universidade de Brasília, 2018.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Positividade do Direito na Modernidade Periférica: uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução: Antônio Lucio Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*. 6 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 95.

NINO, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1992.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico*

y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005.

NINO, Carlos Santiago. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend. (org.). *Institutional design in new democracies. Eastern Europe and Latin America*. Bolder: Westview Press, 1996.

NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt, 1973.

NORTH, Douglas. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NORTH, Douglas. *Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance*. San Francisco: ICS Press, 1992.

NOVECK, Beth Simone (org.). *Crowdlaw for congress: strategies for 21st century lawmaking*, 2020. Disponível em <http://congress.crowd.law>.

NUNES, Daniel Capechi. A política, a Constituição e o nomos: as teorias constitucionais de Schmitt e Arendt. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 25, 2014.

NUNES, Daniel Capechi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NURMI, Hannu. *Voting procedures under uncertainty*. Springer, 2002.

O'NEILL, Daniel; SHANLEY, Mary; YOUNG, Iris. *Illusion on consent: engaging with Carole Pateman*. The Pennsylvania State University Press, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A antropologia na filosofia de Kant. *Revista de Ciências Sociais*. v. 9, n. 1, 1978.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Regimentos Internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Juspodvm, 2020.

OLIVER-LALANA, Daniel. El control del proceso de justificación legislativa y la teoría de los principios formales. In: PORTOCARRERO, Jorge. (org.). *Ponderación y discrecionalidad*. Bogotá: Universidad Externado, 2013.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PACHECO, Luciana Botelho. O procedimento de feitura de leis por comissões parlamentares. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014.

PALER, Laura. China's Legislation Law and the making of a more orderly and representative legislative system. *The China Quarterly*, 2005.

PALERMO, Vicente. Brazilian political institutions: an inconclusive debate. *Brazilian political Science review*, v.10, n. 2, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. (orgs.). *Ensaio e Artigos*. Salvador: Juspodvm, 2016, (Coleção Obras de J.J Calmon de Passos).

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992.

PAULA, Felipe de. Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2016.

PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da*

certeza quanto à instituição de tributos através das garantias de legalidade, irretroatividade e anterioridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 48, 2008.

PEIXOTO, Tiago; NEVES, Bruno. O sorteio na democracia: uma alternativa viável? Disponível em: <https://insightinteligencia.com.br/o-sorteio-na-democracia-uma-alternativa-viavel>.

PELUSO, Luís Alberto. O utilitarismo de Jeremy Bentham. In: PELUSO, Luís Alberto (org.). *Ética e utilitarismo*. Campinas: Editora Alínea, 1998.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, 2000.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre executivo e legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. Dados: *Revista de Ciências Sociais*, v. 45, n.2, 2002.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas: explicando o escândalo do mensalão. In: MAGNA, Inácio; Rennó, Lúcio (orgs.). *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução: Maria Cristina de Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETERSEN, Niels. The german constitutional court and legislative capture. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, 2014, pp. 650–669.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICCHI, Martha. L'obbligo di motivazione delle leggi. In: FERRARO, Francesco; ZORZETTO, Silvia. (orgs.). *La motivazione delle leggi*. Turim: G.Giappichelli Editore, 2018.

PICCIRILLI, Giovanni. *L'emanamento nel processo di decisione parlamentare*. Pádua: CEDAM, 2009.

PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*. Tradução: Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

PITKIN, Hanna. Representação: palavras instituições e ideias. Tradução: Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. *Lua Nova*, n. 67, 2006.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Legisladores juízes: Impeachment na Constituição de 1988. Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2017.

PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

POPELIER, Patricia; HEYNING, Catherine van de. Procedural Rationality: giving tee th to the proportionality analysis. *European Constitutional Law Review*, v. 9, 2013, pp. 230-262.

PRAÇA, Sérgio. *Corrupção e reforma institucional no Brasil: 1988-2008*. São Paulo: Anablume, 2013.

PRZEWORSKI, Adam. *As crises da democracia*. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RABELLO, Alfredo Mordechai. Non Liqueur: from modern law to roman law. *Annual Survey of International & Comparative Law*: Vol. 10, 2004.

RAILE, Eric; PEREIRA, Carlos; Power, Timonhy. The executive toolbox: building

legislative support in a multiparty presidential regime. *Political Research Quarterly*, v. 64, n. 2, 2011.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução: Almiro Piseta, Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. *Razão Prática e Normas*. Tradução: José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Bruno Wanderley Pinheiro. *Modernização, Mercado e Democracia: política e economia em sociedades complexas*. Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1997.

RENNÓ, Lúcio; HIROI, Taeko. *Obstrução e Processo Decisório na Câmara dos Deputados: 1991 a 2010. Texto para Discussão*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília-Rio de Janeiro, 2014.

RENTERÍA, Joel Flores. Emanuel Joseph Sieyés: el gobierno representativo. *Política y cultura*, n. 39, 2013.

RIBAS, Antonio Neuber; SILVA, Paulo Vieira da. *A natureza do assessoramento legislativo; In: Câmara dos Deputados. 40 anos de consultoria legislativa: consultores legislativos e consultores de orçamento*. Brasília: Edições Câmara, 2011.

RIVEIRA, Rosa Maria Fernández. *El voto parlamentario*. Madrid: Centro de Estudios

Políticos y Constitucionales, 2003.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when it is appropriate, just, and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n.2, 2005.

ROCA, Javier García. *Cargos públicos representativos: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan (orgs.). *Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA NETO, Luiz Henrique da. *Processo Legislativo: um teatro legal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo Processo Civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013 (Edição do Kindle).

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. 2 ed. Tradução: Isabel Maria Aubyn. Lisboa: Editorial Inquérito, 1984.

ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKERS, James. *Due Process of lawmaking: the United States, South Africa, Germany and the European Union*. Cambridge University Press, 2015.

ROSSET, Patrícia. Processo Legislativo e regime de urgência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). *Direito Constitucional Brasileiro*, volume II: organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. Martins Fontes: São Paulo, 2001.

ROWLEY, Charles. The Relevance of the Median Voter Theorem. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 140, 1984.

ROZEIRA, Gustavo Gramaxo. A "crise da lei" no pensamento jurídico contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 1, n. 1, 2012.

RUBIANO, Mariana de Matos. Revolução em Hannah Arendt: compreensão e história. Tese de doutorado em Filosofia. Universidade de São Paulo, 2016.

RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, v. 89, n.3. 1989.

SALGADO, Eneida Desiree. Princípios constitucionais estruturantes do processo eleitoral. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.) *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. Índice de democracia intrapartidária: uma proposta de mensuração a partir dos estatutos dos partidos políticos brasileiros. Relatório de pesquisa pós-doutoral em ciência política. Universidade Federal do Paraná, 2019.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 8, 2016.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2012.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTISO, Javier; WHITEHEAD, Laurence. Ulysses, the sirens and the art of navigation: political and technical rationality in Latin America. *OECD Development Centre Working*

Paper; n. 256, Paris: OCDE, 2006.

SANTOS, Fabiano; ALMEIDA; Acir. *Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalisção*. Curitiba: Appris, 2011.

SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. Teoria Informacional e seleção de relatores na Câmara dos Deputados. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 48, n.4. Rio de Janeiro, 2005.

SANTOS, Fabiano. O Legislativo em busca de informação: um estudo da estrutura de assessoria da câmara dos deputados. *Texto para discussão*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n. 1958, 2014.

SANTOS, Fabiano. Patronagem e poder de agenda na política brasileira. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 40, n. 3. Rio de Janeiro, 1997.

SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. Percepções sobre a Regulamentação do Lobby no Brasil: convergências e divergências. *Texto para Discussão*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n. 2141, 2015.

SANTOS, Manoel Leonardo. O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados. Tese de doutorado em Ciências Políticas. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A difusão parlamentar do sistema partidário: exposição do caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA Neto, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Questio Juris*, v.6, nº 2, 2013.

SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*. Oxford University Press, 2012.

SARTORI, Giovanni. A teoria da representação no estado representativo moderno. Tradução: Ernesta Gaetani e Rosa Gaetani. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 22, 1962.

SCHEUERMAN, William. Carl Schmitt and the road to Abu Ghraib. *Constellations*, v.13, n. 1, 2006.

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

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Tradução: Tito Lívio Cruz Romano. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *Roman catholicism and political form*. Tradução: G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996.

SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: *A Crise da democracia parlamentar*. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, Apêndice.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução: Luíz Antonio Oliveira Araújo. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

SCOTT, Jacob. Codified canons and the common law of interpretation. *The Georgetown Law Journal*, v. 98, 2010.

SCOTT, Joane; STRUM, Susan. Courts as Catalysts: Rethinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, 2007.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SHEPSLE, Kenneth. Institutional Equilibrium and Equilibrium Institutions. In: WIENBERG, Herbert (org.). *Political Science: The Science of Politics*. New York: Agathon, 1986.

SHEPSLE, Kenneth. Congress is a “They”, not an “It”: Legislative Intent as Oxymoron’. *International Review of Law and Economics*, v. 12, 1992.

SHEPSLE, Kenneth; WEINGAST, Barry. Positive theories of congressional institutions. In: SHEPSLE, Kenneth. WEINGAST, Barry (Orgs.). *Positive Theories of Congressional Institutions*. University of Michigan Press, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de formação das leis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIECKMANN, Jan. Rational lawmaking, proportionality and balancing.: In: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel. (orgs). *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Springer, 2016.

SIEDMAN, Robert. Justifying legislation: a pragmatic, institutionalist approach to the memorandum of law, legislative theory, and practical reason. *Harvard Journal of Legislation*, v. 29, n. 1, 1992.

SIÈYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. O que é o terceiro estado?* Tradução: Norma Azeredo. 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2014.

SIMÃO NETO, Calil. O papel da Casa Iniciadora quanto às emendas da Casa Revisora: a inconstitucionalidade formal da lei de improbidade administrativa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 71, 2010.

SINGER, André. Rousseau e O Federalista: pontos de aproximação. *Lua Nova*, n. 51, 2000.

SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Tradução: Modesto Florenzano. São

Paulo: Editora Unesp, 2010.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

SOMMAGGIO, Paolo. Il contraddittorio come critério de razionalità del processo. In: MANZIN, Maurizio; PUPPO, Frederico. (orgs.). *Audiat et altera pars: Il contraddittorio fra principio e regola*. Milão: Giuffrè, 2008, pp. 159-216.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

STEARNS, Maxwell; ZYWICKI, Todd. *Public choice concepts and applications in law*. Saint Paul: West Academy Publishing, 2009.

STRAUSS, Leo. *A filosofia política de Hobbes. Suas bases e sua gênese*. Tradução: Élcio Verçosa Filho. São Paulo: É realizações, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SUNSTEIN, Cass. Interest groups in American Public Law. *Stanford Law Review*, v.38, n. 29, 1985.

SUNSTEIN, Cass. *República.com: internet, democracia y libertad*. Tradução: García Segura. Barcelona: Paidós, 2003.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del Derecho*. Tradução: José Luís Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, 2001, vol. 55.

TEIXEIRA, José Elaires Marques. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

TEJADA, Javier Tajadura. Sobre los Preámbulos de las Leyes, *Revista Jurídica de Navarra*, n.29, 2000.

THOMÉ, Débora. *O Bolsa Família e a social-democracia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativo e Políticas Públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de Informação Legislativa*, n. 157, 2013.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A distinção entre discricionariedade legislativa e judicial: uma proposta a partir das teorias de Kelsen e de Alexy. In: Toledo, Cláudia. (org.). *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. Tradução: Vera Pereira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 1995.

TWOMEY, Anne. Article 9 of the Bill of Rights 1688 and Its Application to Prorogation.

U.K. Constitutional Law Blog. Disponível em <https://ukconstitutionallaw.org>, acesso em 21/02/2021.

URBINATI, Nadia. *Democracy disfigured: opinion, truth, and the people*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Tradução: Mauro Soares. *Lua Nova*, n. 67, 2005.

URBINATI, Nadia. *Representative Democracy: principles and geneology*. University of Chicago Press, 2008.

URSO, Flávia. *Crise da representação política do Estado: perspectivas da soberania em Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben*. São Paulo: Manole, 2015.

VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho Parlamentario*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

VIANA, João Paulo; Oliveira, Vítor. Governabilidade e governança no presidencialismo de coalizão. In: DANTAS, Humberto (Org.). *Governabilidade: para entender a política brasileira*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.

VICTOR, Marcelo Barros Leal. Os limites interpretativos do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise pautada pela confiança. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Fortaleza, 2018.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodvm, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. *Lua Nova*, n. 42, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015.

VILANOVA, Lourival. Norma jurídica – proposição jurídica. *Revista de direito público*, n. 61, 1982.

VITA, Álvaro. Democracia e Justiça In: VITA, Álvaro de; BORON, Atilio (orgs.). *Teoria e Filosofia Política. A recuperação dos clássicos no debate latino-americano*. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

VOERMAN, Wins. In the Law we trust. Some thoughts on the legislative gap in legal studies. In: OLIVER-LALANA, Daniel (org). *Conceptions and misconceptions of legislation*. Springer, 2019.

WALDHOFF, Christian. On constitutional duties to give reasons on legislative acts. In MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel. (orgs). *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. dy, 2016.

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

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. Tradução: Adauto Vilella. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alípio; GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. Five to Four: Why do bare majorities rule on courts? *The Yale Law Journal*, v. 123, n. 6, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard; TSVI. Kahana. (orgs.) *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge University Press, 2006.

WALKER, Christopher. Legislating in the shadows. *University of Pennsylvania Law Review*,

v. 165, 2017.

WEBBER, Jeremy. Democratic decision making as the first principle of contemporary constitutionalism. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (Orgs.). *The least examined branch: the role of legislatures in the Constitutional State*. Cambridge University Press, 2006.

WEINGEST, Barry; MARSHALL, William. The industrial organization of Congress; or, why legislatures, like firms, are not organized as markets. *Journal of Political Economy*, v.96, n. 1, 1988.

WINTGENS, Luc. *Legisprudence: practical reason in legislation*. Farnham: Ashgate, 2012.

WINTGENS, Luc. The rational legislator revisited. Bounded rationality and legisprudence. In: WINTGENS, Luc; OLIVER-LALANA, Daniel. *The rationality and justification of legislation*. Springer, 2013.

WROBLÉWSKI, Jerzy. A model of rational law-making. *Archives for philosophy of Law and social philosophy*, v. 65, n. 2, 1979.

YARBROUTH, Jean. Thoughts on the Federalist's view of representation. *Polity*, v. 12, n.1, 1969.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10 ed. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1993, v. I.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes*

normativos formalmente vinculantes. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

ZANETI JÚNIOR., Hermes; BONOMO JÚNIOR, Aylton. *Mandado de Segurança individual e coletivo*. Salvador: Juspodvm, 2019.

ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.