



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Cristiana De Santis Mendes de Farias Mello

O revigoramento do poder legislativo: uma agenda para o século

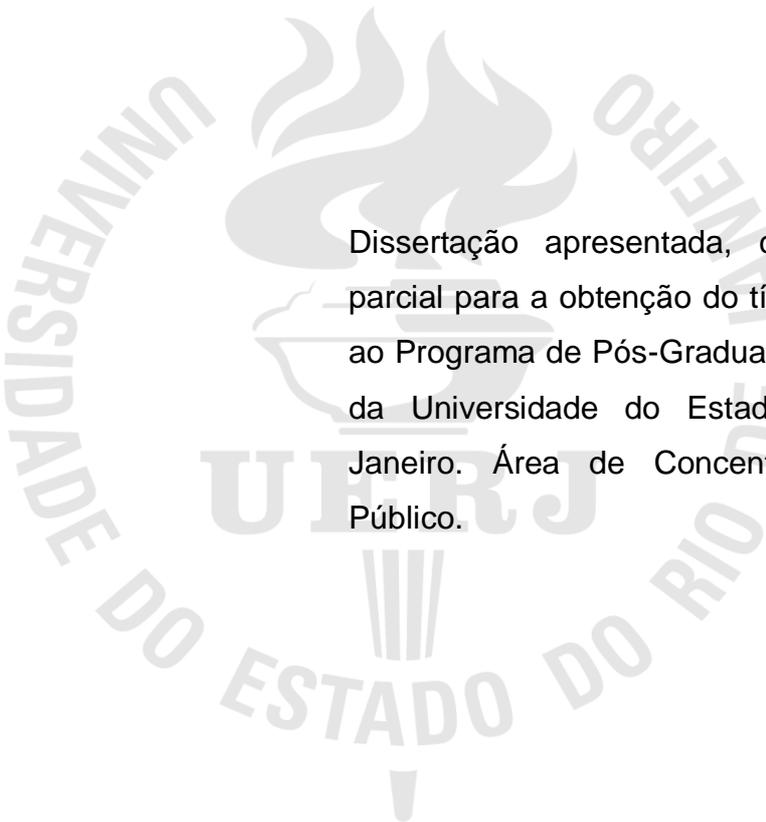
XXI

Rio de Janeiro

2011

Cristiana De Santis Mendes de Farias Mello

O revigoramento do poder legislativo: uma agenda para o século XXI



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: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro
2011

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

M527r Mello, Cristiana De Santis Mendes de Farias.

O revigoramento do poder legislativo: uma agenda para o século XXI /
Cristiana De Santis Mendes de Farias Mello. – 2011.
214 f.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Poder legislativo . 2. Tutela jurisdicional. 3. Lobby. I. Barroso, Luís
Roberto. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito.
III. Título.

CDU 342.52

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

Assinatura

Data

Cristiana De Santis Mendes de Farias Mello

O revigoremento do poder legislativo: uma agenda para o século XXI

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: Direito Público.

Aprovada em 13 de setembro de 2011.

Banca Examinadora:

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

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Faculdade de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Rio de Janeiro
2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Luís Roberto Barroso, exemplo na vida acadêmica e na vida profissional, pela orientação zelosa e paciente durante cada uma das etapas da elaboração deste trabalho, mesmo quando vivia período singular, conjugando a dedicação à vida acadêmica fora do País com a atuação em julgamentos históricos no Supremo Tribunal Federal. A ele devo inclusive os temas, a estrutura e o título da dissertação.

Sou grata aos professores do Mestrado, em especial aos professores Ana Paula de Barcellos, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm, pelos textos desafiadores, pela interlocução aberta e pelas aulas fascinantes.

Ao professor Paulo Gustavo Gonet Branco e, mais uma vez, ao professor Gustavo Binenbojm, meu muito obrigada por terem aceito de imediato participar da banca de defesa desta dissertação.

Não poderia deixar de me referir a Sonia Leitão, chefe da Secretaria do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UERJ – não fosse ela, certamente a vida dos mestrandos seria muito mais difícil.

Agradeço também aos colegas de mestrado, pela convivência alegre e enriquecedora, na pessoa de Daniela Giacomet, companheira de aulas, de voos, de angústias e que se tornou uma grande amiga.

Sou especialmente grata a Eduardo Mendonça, sempre de prontidão para me ajudar com palavras motivadoras, com ideias e argumentos perspicazes, com *brainstormings* inspiradores, sem contar a inacreditável disposição de ler e comentar um dos capítulos da dissertação via *Iphone*.

Agradeço aos meus irmãos, Leticia, Renata e Eduardo, pelo carinho e por entenderem a minha ausência e, em especial, à Leticia, cuja disposição em ler, alterar e inquirir meu texto instigou-me a melhorar meus argumentos. Ao João Pedro, agradeço a compreensão pelos momentos em que a tia Cris não podia brincar – nem de pênalti rapidinho – porque precisava estudar.

Aos meus pais, Sandra e Marco Aurélio, meus primeiros e eternos orientadores, sou grata pelo amor constante, pelo incentivo contínuo e pela confiança irrestrita e até excessiva. À minha mãe, exemplo de responsabilidade no

exercício impecável da magistratura, agradeço especialmente o apoio extra dissertação, externado em frequentes gestos cotidianos. Ao meu pai, paradigma de coragem, de sensibilidade e de entusiasmo com o Direito, de quem tanto me orgulho, agradeço a disposição em ler e comentar o que eu lhe submetesse, a qualquer hora do dia ou da noite.

Ao Bruno, meu amor, agradeço não só a paciência por esse período de privações, mas também todos estes anos de companheirismo incondicional, de amizade, de carinho, de estímulo, de alegria, de paixão. Um dia ele há de confessar – embora não seja da área jurídica, bem que gostou das tarefas de que participou neste projeto...

Para descobrir as melhores regras de sociedade que convêm às nações, seria necessária uma inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens e não experimentasse nenhuma, que não tivesse relação alguma com nossa natureza e conhecesse a fundo, cuja felicidade fosse independente de nós e, no entanto, admitisse ocupar-se da nossa; e que, enfim, no transcurso do tempo, contentando-se com uma glória longínqua, pudesse trabalhar num século e usufruir em outro. Haveria necessidade de deuses para dar leis aos homens.

J. J. Rousseau

RESUMO

MELLO, Cristiana De Santis Mendes de Farias Mello. *O Revigoroamento do Poder Legislativo: uma agenda para o século XXI*. 2011. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O Legislativo é vital para o autogoverno coletivo e para a contenção do poder. Impõe-se revigorá-lo. Esta dissertação traz propostas para incrementar a legitimidade do Poder Legislativo que independem da reforma política. A primeira proposta consiste na correção de algumas práticas comprometedoras da atuação do Legislativo, quais sejam, a falta de apreciação do veto, a atual forma de elaboração e execução da lei orçamentária, o poder excessivo dos líderes e a tutela jurisdicional limitada do devido processo legislativo. A segunda proposta reside no fortalecimento das comissões temáticas, arenas mais adequadas do que o Plenário para desenvolver o potencial deliberativo do Parlamento. Esses órgãos fracionários podem empregar a *avaliação de impacto*, recurso que se destina a aprimorar a legislação. A terceira proposta corresponde à regulamentação do lobby. A institucionalização dessa atividade revela-se essencial para imprimir-lhe transparência, de modo a possibilitar o controle, e para minimizar o desequilíbrio no acesso aos tomadores de decisão.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Fortalecimento. Veto. Orçamento. Voto de liderança. Tutela jurisdicional. Processo Legislativo. Comissões temáticas. Avaliação de Impacto. Lobby.

ABSTRACT

The Legislative Branch is vital to collective self-government and to restrain power. It is necessary to reinvigorate it. This dissertation brings proposals to increase the legitimacy of the Legislative Branch that are independent from the political reform. The first proposal consists in correcting some practices that compromise the performance of the Legislative, which are, the lack of appreciation of veto, the current form of budget preparation and execution, the excessive power of the leaders and the limited jurisdictional review of the due process of law. The second proposal aims at the strengthening of the committees, which are arenas more adequate than the Plenary to develop the deliberative potential of the Parliament. These fractional organs can use the impact assessment, which is a tool intended to improve legislation. The third proposal corresponds to the regulation of lobbying. The institutionalization of this activity is essential to imprint transparency to the process so as to allow control and to minimize the imbalance in access to decision makers.

Keywords: Legislative power. Legislative Branch. Strengthening. Veto. Budget. Leadership Vote. Judicial Review. Legislative Process. Thematic Commissions. Impact Assessment. Lobbying.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 BREVE NOTA TEÓRICA SOBRE O PAPEL DO LEGISLATIVO E A DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA.....	13
2 PRIMEIRA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO PODER LEGISLATIVO: INVERSÃO DE ALGUMAS PRÁTICAS ATUAIS.....	28
2.1 Introdução.....	30
2.2 A falta de apreciação do veto.....	30
2.3 A prática orçamentária.....	40
2.4 O poder excessivo dos líderes.....	49
2.5 A tutela judicial limitada do devido processo legislativo.....	58
3 SEGUNDA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO PODER LEGISLATIVO: FORTALECIMENTO DAS COMISSÕES TÉCNICAS.....	82
3.1 Introdução.....	82
3.2 As comissões no processo legislativo britânico e o americano.....	84
3.2.1 <u>Reino Unido</u>	84
3.2.2 <u>Estados Unidos</u>	85
3.3 As comissões parlamentares e o processo legislativo brasileiro.....	91
3.4 A capacidade institucional das comissões.....	103
3.5 Avaliação de impacto da legislação.....	113
3.5.1 <u>A experiência britânica</u>	115
3.5.2 <u>As vantagens da avaliação de impacto</u>	120
3.6 A deferência às comissões técnicas.....	124
4. TERCEIRA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO PODER LEGISLATIVO: REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY.....	128
4.1 Introdução.....	128
4.2 O lobby e a democracia.....	130
4.3 As vantagens da regulamentação.....	133
4.4 O lobby no direito comparado.....	137
4.4.1 <u>Estados Unidos</u>	137
4.4.2 <u>Canadá</u>	147
4.4.3 <u>Reino Unido</u>	150
4.4.4 <u>União Europeia</u>	157

4.4.5	<u>Síntese: Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e União Europeia</u>	164
4.5	A regulação do lobby no Brasil	165
4.5.1	<u>Fundamentos constitucionais</u>	165
4.5.2	<u>Dispositivos regimentais</u>	168
4.5.3	<u>Dois projetos de lei sobre o tema</u>	169
4.5.3.1	O Projeto de Lei nº 203/1989 – Senado.....	169
4.5.3.2	O Projeto de Lei 1.202/2007 – Câmara.....	171
4.6	Nossa opinião: algumas diretrizes	173
	CONCLUSÃO	178
	REFERÊNCIAS	183
	ANEXO A	192
	ANEXO B	194

INTRODUÇÃO

[...] small changes can have large democratizing effects.

*Adrian Vermeule*¹

Como não existem deuses para legislar, tampouco se pretende fechar o Congresso Nacional, hão de ser pensadas medidas para fortalecer o Poder Legislativo.

No plano teórico, o Legislativo é a casa de deliberação pública por excelência, cuja legitimidade deriva do lastro popular. Contudo a realidade é outra. Práticas político-partidárias reprováveis, interesses particularistas, cooptação de parlamentares ditam as decisões.

A população, por seu turno, se, num primeiro momento, reagiu com desprezo, agora porta-se com indiferença ante a rotina de escândalos. O desinteresse é generalizado. O público não sabe nem se interessa pelo que está na pauta do dia. Diferentemente da TV Justiça, a TV Senado e a TV Câmara, que poderiam servir para aproximar representantes e representados, não passam de instrumentos considerados enfadonhos. O sentimento é de avanço em relação aos Poderes Judiciário e Executivo e de retrocesso em relação ao Poder Legislativo.

Salvo em raras ocasiões, parlamentares, em geral, agem como subordinados ao Executivo. Comportam-se como caudatários. Carecem, no plano real, de autonomia política, predicado necessário à instituição cuja função precípua, a par de legislar, é fiscalizar. Graças à atuação sobretudo do Judiciário e da imprensa, o Executivo não detém coroa nem cetro². Para o equilíbrio entre os Poderes, parece pouco contribuir o Legislativo. Quase sempre está à deriva das principais decisões do Estado. Até mesmo sua agenda é imposta pelo Executivo.

O desprestígio do Poder Legislativo parece advir também de sua progressiva desimportância na produção normativa. A cada dia, parecem interessar menos as leis e mais os precedentes do Poder Judiciário, as medidas provisórias, as decisões

¹ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy*. Oxford University Press, 2007, p. 3. Tradução livre: “pequenas mudanças podem produzir grandes efeitos democráticos”.

² A expressão é utilizada por Eduardo Mendonça, ao tratar da execução orçamentária empreendida atualmente no Brasil. MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

e atos normativos das agências reguladoras. Assim, se, por um lado, o fenômeno vivenciado corresponde a uma crise, por outro, em alguma medida, pode ser considerado um rearranjo das atribuições do Poder Legislativo, que precisa encontrar seu rumo, seu espaço, de maneira a reduzir o hiato entre teoria e prática democráticas.

Medidas de revigoração do Poder Legislativo que passem ao largo da tão esperada reforma política e que não ignorem o *agir estratégico* dos parlamentares: é esse o foco do estudo a ser empreendido. O objetivo é perquirir meios para resgatar o papel do Legislativo, o que de forma alguma significa desqualificar outras instâncias decisórias, em especial o Poder Judiciário. A análise a que se procederá compreende apenas aspectos jurídicos que podem incrementar a legitimidade do Poder Legislativo, embora o tema também comporte exame sob o ângulo da ciência política.

Como engajar o Parlamento na deliberação, como aumentar-lhe a transparência, como aproximá-lo dos representados, como resgatar seu papel, como fortalecer a *accountability*, sem que se conte com deuses legisladores ou exclusivamente com homens virtuosos? Quais mecanismos, que independam da reforma política, podem reduzir o hiato entre teoria e prática democráticas?

Essas são indagações de difícil resposta. Relacionamos algumas medidas pontuais que podem contribuir para revigorar o Poder Legislativo, de maneira a fortalecê-lo no contexto da separação entre os Poderes e a aproximá-lo dos representados. Apesar de pontuais, são medidas com potencial de produzir efeitos positivos consideráveis.

Os capítulos, com exceção do primeiro, têm introdução própria, motivo por que ora são apresentados brevemente. O primeiro, o mais curto, traz nota teórica a propósito do papel do Poder Legislativo e a propósito da democracia deliberativa, cujos valores servirão para guiar as medidas propostas. O segundo trata de algumas práticas atuais que comprometem a atuação do Poder Legislativo e demandam correção, a saber: a falta de apreciação do veto, a atual forma de elaboração e de execução da lei orçamentária, o poder excessivo dos líderes e a tutela jurisdicional limitada do devido processo legislativo. O terceiro capítulo propõe, como medida para revigorar o Poder Legislativo, o fortalecimento das comissões temáticas, por se acreditar que esses órgãos são as arenas mais aptas para a deliberação efetiva e

transparente. Nessa parte, merece destaque a chamada *avaliação de impacto*, ferramenta que pode ser utilizada pelas comissões para aprimorar o processo legislativo. O quarto capítulo, por fim, defende a regulamentação do lobby, com base nas experiências do direito comparado.

1 BREVE NOTA TEÓRICA SOBRE O PAPEL DO LEGISLATIVO E A DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA

O Parlamento é uma das arenas mais relevantes para o autogoverno coletivo e para a contenção do poder. Não se trata de mal necessário, tampouco de ameaça ao resultado do trabalho da Assembleia Constituinte. A representação política por meio de parlamentares periodicamente eleitos pelo povo é, isso sim, o meio apto a viabilizar a democracia no mundo atual³. Apenas por intermédio de representantes, o povo pode tomar decisões políticas dia a dia. O Legislativo caracteriza-se, portanto, como instituição essencial para concretizar o projeto democrático-constitucional.

Essa afirmação longe está de significar que todas as decisões importantes foram tomadas na Constituição e que compete ao legislador apenas esmiuçá-las:

Quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia pública ao povo para, em cada momento de sua história, realizar suas próprias escolhas⁴. (SARMENTO, 2004, p.144).

A interpretação mais consentânea com o princípio democrático reconhece o espaço reservado pela Constituição ao desenvolvimento da autonomia pública e atribui ao legislador o protagonismo na definição do Direito⁵.

Aliás, ao adotar a fórmula liberal clássica de contenção do arbítrio e proteção da autonomia privada⁶, a Constituição confere ao Legislativo papel destacado no desenho da separação entre os poderes, com seus freios e contrapesos. Na condição de instância de representação popular, compete precipuamente ao

³ MARTÍ, José Luis. *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006. p. 217.

⁴SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 144. O Autor continua: "O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático. Esta ordem de preocupações levou Ernst Forsthoef, na Alemanha, a criticar as teorias que viam a Constituição como uma espécie de 'genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros'".

⁵ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 146. A propósito do tema, conferir também VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁶ Sobre o tema, conferir: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007. p. 807 e seguintes.

Parlamento legislar e fiscalizar⁷ e, como tarefas ancilares, administrar e julgar⁸. É dizer: compete-lhe a primazia no domínio das decisões políticas, justamente em razão de seu lastro popular⁹.

A fim de impedir o arbítrio, de nada adianta a previsão constitucional das funções do Legislativo se este não as executar. O exercício efetivo pelo Legislativo de suas atribuições é fundamental para conter as demais instituições, “de modo a evitar o surgimento de um centro de poder hegemônico, potencialmente arbitrário”¹⁰. Como se verá, entre outras falhas, a atuação legislativa tem ficado a desejar em dois campos importantes para o controle recíproco entre os Poderes – na apreciação do veto e na prática orçamentária¹¹.

Para o mau funcionamento das instâncias representativas, a solução não é empregar, de forma ordinária, mecanismos da democracia direta ou da democracia participativa, que apresentam graves perigos e inconvenientes¹². Em primeiro lugar, a democracia direta colocaria em risco os direitos das minorias e, por conseguinte, a própria ideia de democracia. Sem respeito às minorias, não há democracia¹³. As minorias e a possibilidade de tornarem-se majorias são fundamentais, na medida em que a essência da democracia não reside na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre minorias e majorias¹⁴. A perspectiva de converterem-

⁷ Artigo 70 da Constituição da República (CR/88).

⁸ Artigo 52, incisos I e II, da CR/88.

⁹ É inegável o lastro popular do presidente da República, porém ele simboliza apenas a visão majoritária, não representando a sociedade como um todo. O tema será tangenciado mais adiante.

¹⁰ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de Mendonça. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.139.

¹¹ Em meados de julho de 2011, nos Estados Unidos, verificou-se o esforço do presidente Barack Obama para que o Congresso aprovasse o aumento do limite de endividamento daquele país. A função atribuída ao Congresso Nacional – de tomar as principais decisões em matéria orçamentária – é um mecanismo eficaz para conter o Executivo e, assim, evitar que tal instituição abuse do poder. Sobre o impasse que se instaurou nos Estados Unidos, conferir as reportagens disponíveis em www.nytimes.com. Acesso em 30.07.2011.

¹² Não se criticam os mecanismos da democracia participativa em si, mas eventual emprego excessivo deles. Os mecanismos complementares à representação democrática são relevantes até mesmo para evitar que a participação política dos cidadãos esteja circunscrita ao momento das eleições. O problema é recorrer a eles de maneira corriqueira.

¹³ Sobre a relação entre democracia e minorias, conferir os acórdãos proferidos no MS – 24.831, de relatoria do ministro Celso de Mello, a propósito do direito das minorias à instalação de CPI, na ADI – 1351, de relatoria do ministro Marco Aurélio, sobre a célebre cláusula de barreira e no RE – 633.703, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, acerca do princípio da anterioridade e chamada Lei da Ficha Limpa.

¹⁴ É o que leciona Kelsen ao desenvolver o fundamento democrático da jurisdição constitucional: “A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. [...] Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz

se em maiorias evita que minorias recorram à resistência e ao uso da violência e as faz aceitar, como legítimas, desde que regularmente manifestadas, as posições das maiorias, o que, em última análise, viabiliza a formação da vontade democrática¹⁵. Ameaçar os direitos das minorias equivale, assim, a ameaçar a própria democracia.

Em segundo lugar, a democracia por referendo ignora não terem as pessoas tempo, conhecimento nem interesse para decidir temas complexos. Como ressalta Andrew Arato, o uso corriqueiro de instrumentos de democracia direta daria ensejo a decisões mal-informadas, incoerentes e irracionais, “com a impossibilidade de que aqueles que tomam as decisões tenham a oportunidade e a capacidade de interagir e persuadir os outros”¹⁶.

Ainda que não prosperassem o risco às minorias e o inconveniente de decisões irracionais, o aumento formal da participação popular, mediante a utilização corriqueira de instrumentos de democracia direta, seria inapto para melhorar a qualidade da democracia¹⁷. No Brasil, esses instrumentos, utilizados de maneira ocasional, atraem a sociedade para o debate. O referendo sobre o desarmamento, realizado em outubro de 2005, é exemplar. Na ocasião, a sociedade foi instada a manifestar-se acerca do artigo 35 da Lei 10.826/2003, que proibia, em geral, a comercialização de arma de fogo e de munição. Campanhas televisivas, exposição de argumentos, mobilização da sociedade marcaram o debate. Se, afora esse referendo, houvesse, naquele mesmo ano, consulta pública a respeito de outros dez temas, o grau de deliberação sobre o desarmamento seria bem inferior ao verificado. Nesse contexto, é possível afirmar que, além de não melhorar a qualidade da democracia, a utilização frequente de instrumentos da democracia direta pode produzir o efeito oposto¹⁸.

social que a da minoria”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

¹⁵ A propósito do tema, conferir passagem do voto do ministro Gilmar Mendes no célebre caso da Lei da Ficha Limpa (RE – 633.703), especialmente as fls. 29 e seguintes, em que cita o publicista alemão Herman Heller.

¹⁶ ARATO, Andrew. *Representação, soberania popular e accountability*. Lua Nova, São Paulo, v. 55-56, p. 85-103, 2002. p. 88.

¹⁷ HELD, David. *Models of democracy*. 3. ed. Stanford, Califórnia, 2006. p. 236.

¹⁸ Ao tratar de tema bem diferente, chamado pelos autores de *paternalismo libertário*, Richard Thaler e Cass Sustein enfatizam a importância do feedback para a melhora do desempenho das pessoas em geral, mas destacam que o excesso de feedback pode torná-lo inútil. Ilustram com um exemplo bem simples: é importante que o *laptop* emita um aviso de que o nível de bateria está perigosamente baixo, a fim de que o usuário, alertado, salve o arquivo ou conecte imediatamente o cabo de força na tomada. Por outro lado, se a pergunta “tem certeza de que deseja abrir o arquivo tal?” ou “tem certeza de que deseja acessar a página tal?” for frequente, a tendência é o usuário clicar em sim, sem atentar para o arquivo a ser aberto ou para a página a ser acessada, o que tornará o alerta inútil. (SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009). Transportando a ideia para o campo dos mecanismos de democracia direta, pode-se afirmar que a utilização frequente desses instrumentos fará com que

A qualidade da democracia é o foco de preocupação dos defensores da democracia deliberativa. Essa corrente teórica carece de homogeneidade. Há muita divergência. Um traço comum reside na insatisfação com a realidade das democracias contemporâneas¹⁹. O objetivo é aperfeiçoá-las, por meio da deliberação. Os anos 80, informa José Luis Martí²⁰, foram de gestação da teoria. Precisamente em 1980, Joseph Bessette cunhou a expressão “*democracia deliberativa*”²¹. Já os anos 90 em diante foram de desenvolvimento e consolidação. Além de formular críticas e defesas, nessa década, os autores começaram a atentar para questões práticas atinentes tanto à aplicação da democracia deliberativa a determinados países e setores do Estado, quanto ao desenho institucional mais apropriado para implantá-la²².

Isso não quer dizer que apenas a partir da década de 1980 conferiu-se importância à deliberação. A ideia de *governo através da discussão*²³ é tão antiga quanto a própria ideia de democracia²⁴. Remonta à Grécia, mais especificamente a Atenas do século V a.C.²⁵. Autores clássicos como Platão, Aristóteles, Sieyès²⁶, Burke, John Stuart Mill, entre outros, já realçavam a importância da deliberação. Rousseau não se enquadra na lista, porquanto, para ele, o embate de ideias poderia

a sociedade manifeste-se de maneira automática, sem se informar ou refletir sobre o assunto em deliberação, o que certamente piorará a qualidade da democracia.

¹⁹ HELD, David. *Op. cit.* p. 232.

²⁰ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 14 e seguintes.

²¹ É o que assevera José Luis Martí. MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 14. A expressão serviu de título ao artigo: “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”.

²² “Si los ochenta fueron los años de gestación de la democracia deliberativa, los noventa claramente representación el desarrollo y consolidación del modelo. Aparecieron centenares de artículos y decenas de libros que directa o indirectamente abordaban el tema, bien para defender esta nueva teoría, bien para criticarla, y que le imprimieron una considerable sofisticación. También algunos autores comenzaron a preocuparse con mayor o menor fortuna, de su diseño institucional y de su aplicación práctica a determinados países o sectores del gobierno o de la administración. En 1998, James BOHMAN publica un state of the art intitulado <The Coming of Age of Deliberative Democracy>, algo así como <la mayoría de edad de la democracia deliberativa.>” (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 15 e 16).

²³ A expressão é atribuída a John Stuart Mill (ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press. 1998, p. 4)

²⁴ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 17.

²⁵ ELSTER, Jon (ed.). *Op. cit.* p. 1. Amy Gutmann e Dennis Thompson também asseveram que, segundo Péricles, os líderes consideravam a discussão não como obstáculo no caminho da ação, mas como “uma preliminar indispensável para qualquer ação sábia”. (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradutor: Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007, p. 24)

²⁶ “Sieyès claimed that the *voeu national*, the desire of the nation, could not be determined by consulting the cahiers of complaints and wishes that the delegates had brought with them to Versailles. Bound mandates, similarly, could not be viewed as expressions of the national will. In a democracy (a pejorative term at that time), he said, people form their opinions at home and then bring them to the voting booth. If no majority emerges, the go back home to reconsider their view, once again isolated from one another. This procedure for forming a common will, he claimed, is absurd because it lacks the element of deliberation and discussion. ‘It is not a question of a democratic election, but of proposing, listening, concerting, changing one’s opinion, in order to form in common a common will’ ”. (ELSTER, Jon. *Op. cit.* p. 3).

contaminar a célebre *vontade geral*²⁷. Embora fosse democrata, Rousseau era um crítico da deliberação.

A despeito das bases históricas, a teoria da democracia deliberativa ganhou corpo próprio²⁸. E o que significa especificamente? Antes de passar à resposta, cumpre advertir que o tema será pincelado de forma aligeirada. Objetiva-se apenas fornecer uma noção básica e perigosamente simplificada do que se entende por democracia deliberativa. Para tanto, vale inicialmente trazer a definição de Jon Elster, extraída da apresentação de obra coletiva por ele organizada sobre esse modelo:

Todos [os participantes da coletânea] concordam, acredito, que a noção [de democracia deliberativa] inclui a tomada de decisão coletiva com a participação de todos os que serão por ela afetados ou com a participação dos respectivos representantes: esse é o aspecto democrático. Também todos concordam que a decisão deve ser tomada mediante argumentos oferecidos *por* e *para* todos os participantes, que estão comprometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade: esse é o aspecto deliberativo.²⁹

Como se observa, o modelo é fruto da combinação de dois elementos – a democracia e a deliberação. O elemento democrático requer que todos os afetados pela decisão dela participem, diretamente ou por meio de representantes³⁰. O elemento deliberativo exige que a decisão resulte de um processo discursivo público, calcado na troca de argumentos oferecidos *por* todos e *para* todos os participantes^{31 e 32}. Os participantes devem, assim, estar comprometidos com a

²⁷ “Importa, pois, para se chegar ao verdadeiro enunciado da vontade geral, que não haja sociedade parcial no Estado e que cada cidadão só venha a opinar de acordo com seu próprio ponto de vista”. (ROUSSEAU, J.J. *Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 38).

²⁸ Conforme esclarece José Luis Martí, os teóricos da democracia deliberativa contemporânea buscam reconstruir certas instituições que foram elaboradas pela primeira vez pelos autores clássicos: “Así, cualquiera que fueran sus razones [dos autores clásicos] en favor de la deliberación, ninguno de ellos se ocupó de analizar su estructura, ni de comparar sus beneficios intrínsecos o instrumentales con los de otros sistemas de decisión. Ninguno se planteó, de hecho, que el poder legislativo pudiera ejercerse de otro modo. En ese sentido, y a pesar de la influencia de sus contribuciones en la democracia deliberativa contemporánea, no encontramos todavía en los siglos XVIII y XIX una concepción articulada de la deliberación democrática”. MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 19.

²⁹ Tradução livre. Conforme antecipado, a definição consta da apresentação da obra organizada por Jon Elster, intitulada *Deliberative Democracy*. Eis o original: “All agree, I think, that the notion includes collective decision making with the participation of all who will be affected by the decision or their representatives: this is the democratic part. Also, all agree that it includes decision making by means of arguments offered *by* and *to* participants who are committed to the values of rationality and impartiality: this is the deliberative part”. (ELSTER, Jon. *Op. cit.* p. 08).

³⁰ José Luis Martí ressalta a imprecisão da assertiva de que todos os diretamente afetados pela decisão deveriam dela participar. De fato, um investidor estrangeiro, por exemplo, que seja afetado por uma decisão do Estado brasileiro não deve dela participar. Por sua vez, é incorreto excluir os adultos, aos quais já não se aplicam as normas do ensino fundamental, das decisões sobre essa matéria. Mesmo sob o risco de incorrer em petição de princípio, o Autor aduz que a resposta mais adequada para a questão “*Quem deve deliberar?*” é: todos os cidadãos que residam no âmbito territorial da norma. (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 78 a 80).

³¹ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 24.: “ (...) el procedimiento de toma de decisiones propuesto tiene una forma dialógica, esto es, consiste en un acto (o proceso) que cuentan como argumentos a favor o en contra de una

imparcialidade e com a racionalidade. Ser imparcial e racional significa estar aberto a raciocinar e a avaliar todos os pontos de vista antes de tomar a decisão, a qual deve ser pautada pelo melhor argumento. Para ser imparcial, faz-se necessário pensar a partir do ponto de vista do outro. Decisões políticas imparciais são aquelas defensáveis perante os grupos significativamente afetados³³.

A imparcialidade contrapõe-se ao auto-interesse. Presente a imparcialidade, as opiniões manifestadas no processo orientam-se pela maximização do interesse geral, formando, por conseguinte, as chamadas preferências imparciais. Sob a incidência do auto-interesse, as opiniões determinam-se pela maximização do próprio interesse individual, e perfazem, assim, as preferências parciais ou auto-interessadas. É dizer: no processo de tomada de decisão, cada participante chega com uma opinião pré-definida a propósito da proposta que prefere. Essa preferência, que serve de *input* ao processo, é informada pela motivação, que pode ser a maximização do próprio interesse “(‘A aceita x porque crê convir a seu próprio interesse) ou a maximização do ‘interesse geral, a partir de uma concepção de bem comum necessariamente imparcial (... ‘A’ aceita x porque crê ser justo)”.³⁴ A democracia deliberativa reclama, ao menos idealmente, preferências imparciais.

Para os fins deste trabalho, é válido reproduzir também a definição de Amy Gutmann e Dennis Thompson:

[Democracia deliberativa] é forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitam uma discussão futura.³⁵

Verifica-se que os Autores enfatizam dois elementos ausentes da definição de Jon Elster: a condição de igualdade e liberdade na qual devem estar os cidadãos (e seus representantes), bem como o caráter provisório da decisão tomada.

determinada propuesta o un conjunto de ellas con la finalidad de convencer racionalmente a los demás, y en el que los participantes perseguen la imparcialidad en sus juicios y valoraciones”.

³² Sobre o caráter público do processo, Amy Gutmann e Dennis Thompson assinalam que “(...) os motivos devem ser públicos em duplo sentido. Em primeiro lugar, a própria deliberação deve acontecer em público, não apenas na privacidade da mente de alguém. (...) O outro sentido em que os motivos devem ser públicos diz respeito ao seu conteúdo. Uma justificação deliberativa nem ao menos começa se aqueles aos quais ela é endereçada não conseguem compreender seu conteúdo essencial. Não seria aceitável, por exemplo, apelar apenas para a autoridade da revelação, tanto divina quanto secular em natureza”. (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Op. cit.* p. 20 e 21)

³³ HELD, David. *Op. cit.* p. 239.

³⁴ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 43.

³⁵ GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Op. cit.* p. 23.

Das definições depreende-se que a democracia deliberativa funda-se no princípio da argumentação. Os modelos alternativos baseiam-se no princípio da negociação³⁶ ou no princípio do voto³⁷. Relacionar a democracia deliberativa ao princípio da argumentação significa apenas que esse modelo de democracia assenta-se *preponderantemente* no princípio da argumentação, e não *exclusivamente* nele, porquanto todos os procedimentos reais de tomada de decisão combinam dois ou mais desses três princípios – da argumentação, da negociação, do voto³⁸.

Pelo princípio da argumentação³⁹, os participantes, em condições de liberdade, igualdade e movidos pela imparcialidade, deduzem razões em prol de uma posição prévia com o objetivo de persuadir uns aos outros. Embora entrem no debate com uma opinião mais ou menos pré-definida, mantêm-se abertos e dispostos a se deixar convencer pela *força do melhor argumento*. As predileções inicialmente manifestadas não são, portanto, completas ou definitivas. Antes, caracterizam-se pela possibilidade de serem transformadas no curso do processo, em virtude de um argumento melhor deduzido em prol de outra preferência. As preferências finais são fruto de reflexão⁴⁰. Sob a óptica dessa teoria, a troca de

³⁶ “El principio de la negociación, a imagen de los procesos de negociación privados entre individuos particulares, es aquel en el que la decisión (el acuerdo) resulta de un proceso de acomodación de preferencias, regateo, concesiones mutas, engaño, amenazas, etc., en el que cada una de las partes defiende abiertamente sus preferencias autointeresadas, y en que dicho acuerdo está determinado por la capacidad o el poder negocial de las partes. El elemento subjetivo lo conforman las preferencias autointeresadas. El primer elemento objetivo es el proceso de comunicación e interacción negocial que produce una transformación de las preferencias del otro, no a la luz de los mejores argumentos o razones sobre la corrección substantiva de una de las propuestas, sino como resultado de una o varias estrategias negociales”. (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 48 e 49). O princípio da negociação informa a teoria pluralista da democracia. Sobre o tema, conferir MARTÍ José Luis. *Op. cit.* p. 50 e 68 a 70.

³⁷ “El principio del voto establece que las decisiones colectivas deben basarse en las preferencias individuales de cada uno de los ciudadanos, considerados como agentes racionales, siendo tales preferencias un elemento exógeno al modelo que se toma como algo dado. El principio se mantiene neutral respecto a si las preferencias deben ser imparciales o autointeresadas, de modo que no asume compromiso respecto del elemento subjetivo. A su vez, dichas preferencias deben ser expresadas mediante algún mecanismo que, como la elección de una papeleta, permita su agregación posterior, es decir, a través de votos en sentido estricto. Y se excluye en la medida de lo posible toda comunicación previa orientada a la transformación de tales preferencias. (...) Por último, una vez expresadas las preferencias a través de los votos, se agregan las mismas aplicando una regla de unanimidad o de algún tipo de mayoría para pasar a una decisión colectiva.” (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 47). O princípio do voto informa tanto o modelo rousseauiano de democracia, no qual o *input* do processo são as preferências imparciais dos partícipes, quanto o modelo de democracia como mercado, que parte da premissa de que as preferências dos partícipes são meramente auto-interessadas. (p. 50).

³⁸ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 41.

³⁹ Ao relacionar os princípios estruturantes da democracia deliberativa, José Luis Martí destaca, além do princípio central da argumentação, o princípio do procedimento coletivo, o princípio da inclusão, o princípio da publicidade, o princípio do procedimento aberto, o princípio do procedimento contínuo, o princípio da liberdade dos participantes, o princípio da igualdade formal dos participantes. Todos esses princípios referem-se, de algum modo, ao princípio da argumentação. A propósito do conteúdo de cada qual, conferir: MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 90 e seguintes.

⁴⁰ HELD, David. *Op. cit.* p. 233: “[...] deliberative democrats make a very distinctive case; that is, they contend that no set of values or particular perspectives can lay claim to being correct and valid by themselves, but they

argumentos conduz à filtragem das preferências e, em última análise, ao consenso razoável⁴¹. Dada a impossibilidade de obter, no plano real, o consenso razoável⁴² e⁴³, a democracia deliberativa admite que se recorra à negociação ou, como em geral acontece, ao voto, a fim de que as preferências finais, já filtradas e transformadas, sejam convertidas em decisões coletivas⁴⁴.

Cabe acrescentar a advertência de José Luis Martí de que a democracia deliberativa é um modelo de tomada de decisão situado no plano ideal⁴⁵. Embora não empregue a expressão, o Autor concebe o modelo como um *mandado de otimização*, isto é, a democracia deliberativa deve ser observada na maior medida possível⁴⁶. Não se trata de uma questão de tudo ou nada, mas de gradação, aferida pela proximidade com o paradigma ideal. O respeito ao procedimento democrático-deliberativo determina a legitimidade da decisão política, *“de modo que quanto mais democrático e deliberativo for o procedimento, mais legítima será a decisão dele*

are valid only in so far as they are justified. Moreover, individuals points of view need to be tested in and through social encounters which take account of the point of view of others – the moral point of view”.

⁴¹ Eis a definição de José Luis Martí: “el principio de la argumentación consiste en un intercambio desinteresado de razones a favor de una propuesta u otra, en condiciones de absoluta igualdad, con la disposición a ceder ante la prestación de un mejor argumento y con el objetivo compartido de tomar una decisión correcta. El elemento subjetivo exige (...) *inputs* de procesos en forma de preferencias imparciales. En el primera fase del proceso se expresan libremente y se intentan justificar dichas preferencias imparciales frente a los demás mediante un proceso comunicativo discursivo, a la vez que intentamos convencerles racionalmente de su corrección. Es decir, se pretende la transformación racional de dichas preferencias. Por ultimo, en la segunda fase del procedimiento se aplica una regla de decisión de consenso razonado, no de consenso estratégico y mucho menos de agregación, que se obtiene por la fuerza de los argumentos utilizados, y no por la efectividad de las coacciones, amenazas, promesas o cualquier otra estrategia negociadora, ni por una mayoría de votos emitidos”. (MARTÍ, José Luis. *Op. Cit.* p. 49 e 50)

⁴² De acordo com José Luis Martí, não se trataria de impossibilidade empírica, mas de uma enorme dificuldade. (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 52). Mais adiante, porém, o Autor alude à “impossibilidade de alcançar um consenso razoável sobre a maioria dos temas políticos controvertidos”. (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 91).

⁴³ Rawls enfatiza que mesmo pessoas razoáveis, depois de discutirem livremente, podem continuar a discordar e aponta, como causas para a discordância entre pessoas razoáveis depois de intenso debate, o que chama de limites ou fardos do juízo. Um desses limites, que justifica a discordância, é a diversidade de experiências de cada qual. Como ressalta Rawls, até certo ponto, a forma como avaliamos certas evidências e a forma como pesamos valores é moldada por nossa experiência – que resulta de inúmeros fatores. Esse percurso é sempre único. Uma outra causa é a discordância a respeito do peso de certa consideração – podemos concordar que certas considerações são relevantes, mas podemos discordar da importância atribuída a cada qual. Nesse contexto, adverte Rawls, está errado “supor que todas as nossas diferenças derivam exclusivamente da ignorância e da perversidade, ou de rivalidades pelo poder, status ou benefício econômico”. (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Editora Ática, 2000, p. 102).

⁴⁴ Conforme destacam Amy Gutmann e Denis Thompson, a democracia deliberativa não requer a deliberação o tempo todo, mas dá espaço a outras formas de tomada de decisão, “desde que a utilização destas formas seja justificada em algum ponto do processo deliberativo”. (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Denis. *Op. cit.* p. 19).

⁴⁵ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 22: “[A democracia deliberativa] consiste, por encima de todo, en un modelo de toma de decisiones. El modelo es normativo porque no aspira a describir cómo es la realidad, cómo efectivamente se toman las decisiones políticas en nuestras democracias avanzadas, sino a mostrar cómo debería ser dicha realidad”.

⁴⁶ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 25: “Un ideal regulativo se podría definir como un horizonte normativo hacia el que debemos tender en la medida de lo posible. Dicho horizonte normativo es un estado de cosas que evaluamos como deseable o correcto (...) Dicho estado de cosas puede ser empíricamente alcanzable o no alcanzable, sin que ello afecte a la validez normativa del ideal.”

*resultante*⁴⁷. Situar a democracia deliberativa no plano ideal permite rebater algumas críticas a ela dirigidas, em especial, de que seria utópica em demasia⁴⁸.

Para alguns teóricos, a democracia deliberativa é um ideal alcançável, ao passo que para José Luis Martí não o é.⁴⁹ Na visão desse Autor, o que faz da democracia deliberativa um ideal inatingível é a impossibilidade de os participantes atuarem de maneira imparcial e de ostentarem idêntica capacidade⁵⁰. A motivação auto-interessada – que determina, ao menos parcialmente, o comportamento dos participantes – consiste em fato inexorável, assim como a desigualdade da capacidade dos participantes de influenciar a decisão. Nesse contexto:

O desenho institucional da democracia deliberativa deve estar preparado para fazer frente a esse fato ineludível com mecanismos que incentivem as motivações imparciais e/ou possam funcionar também com preferências auto-interessadas. Da mesma forma, “o desenho institucional [deve] encarregar-se de neutralizar, na medida do possível, as distorções resultantes da desigualdade da capacidade [deliberativa dos participantes]”⁵¹.

Em síntese, pode-se afirmar que a democracia deliberativa, enquanto modelo situado no plano ideal, reclama a possibilidade de todos participarem – em condições de liberdade e igualdade –, requer o respeito ao interlocutor e exige que a decisão tomada seja fruto de um processo argumentativo qualificado por um debate aberto, sincero, público e contínuo, em que os participantes, comprometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade, estejam dispostos a se deixar convencer pelos melhores argumentos.

Para os fins deste trabalho, é desnecessário perfilhar as premissas teóricas da democracia deliberativa como um pacote fechado. Temos dúvida, por exemplo, se a preferência imparcial dos cidadãos é um ideal a ser perseguido, o que parece aproximar-se de uma concepção perfeccionista. De qualquer forma, a controvérsia mostra-se irrelevante, pois nosso objetivo é tão-somente analisar certos aspectos do processo legislativo desenvolvido no Parlamento sob o influxo de alguns elementos valorizados pela democracia deliberativa. Esses elementos são a argumentação, o debate, o respeito ao interlocutor (o que se traduz no respeito à minoria e à oposição), a transparência, a participação da sociedade e a igualdade no acesso

⁴⁷ Tradução livre. MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 23.

⁴⁸ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 26.

⁴⁹ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 30 e 52.

⁵⁰ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 52.

⁵¹ Tradução livre. MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 95 e 96. Procedeu-se a alterações com o propósito de facilitar a compreensão. Eis a passagem original: “En la practica, como eso no es posible, el diseño institucional deberá encargarse de neutralizar en la medida de lo posible las distorsiones introducidas por una desigualdad en las capacidades”.

aos tomadores de decisão. A deliberação a que nos referimos é no Parlamento, e não a deliberação prévia no seio da sociedade, em esferas públicas não-institucionalizadas. Vale dizer, ao aludir à deliberação, estamos nos referindo a elemento que deve informar o processo de tomada de decisão no âmbito do Poder Legislativo⁵².

Adotamos a concepção de que a democracia reclama uma dimensão deliberativa⁵³, mas não a disposição de debater com sinceridade e de se deixar convencer por argumentos. Certamente, essa postura entre os interlocutores é desejável. Porém partimos de premissa mais cética. Acreditamos que a maior parte dos parlamentares age de maneira estratégica, busca o benefício próprio ou interesses paroquiais e precisa ser fiscalizada e controlada pelos eleitores para melhor desempenhar seu papel. Não pressupomos a virtude. Ao contrário. Cremos, na linha defendida por José Luis Martí, competir ao arranjo institucional induzir os parlamentares ao caminho correto, a despeito da falta de virtude ou independentemente desta.

Mesmo nesse cenário cético, a deliberação no processo legislativo tem seu valor⁵⁴. Ainda que os parlamentares cheguem ao debate com preferências pré-fixadas e orientadas pelo o auto-interesse, ainda que careçam de disposição para ouvir o argumento alheio e para mudar de opinião, a deliberação transparente é importante.

A deliberação impõe aos parlamentares movidos pelo auto-interesse que exponham as respectivas posições e deduzam argumentos em favor delas. Em razão da publicidade, o parlamentar é incentivado a traduzir sua preferência parcial

⁵² Em algumas passagens deste trabalho, o vocábulo *deliberação* significa votação, não estando atrelado à ideia da democracia deliberativa. Os contextos evidenciam o significado da expressão, motivo por que, acredita-se, o emprego do vocábulo em ambos os sentidos não implicará obscuridade.

⁵³ Para Bruce Ackerman, é a dimensão deliberativa que justifica o bicameralismo atualmente em Estados unitários. Originalmente, a Câmara dos Lordes, por exemplo, destinava-se a proteger as classes mais abastadas, o que se tornou razão inaceitável. Hoje em dia, o bicameralismo em Estados unitários apenas se legitima “para intensificar o caráter deliberativo da vida política. Discutir uma medida duas vezes e por pessoas distintas pode expor dificuldades e gerar reformulações úteis de iniciativas mal consideradas. O processo do espaço duplo fornece um espaço de arejamento [...]” (ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 59).

⁵⁴ Conforme ressalta Eduardo Mendonça, “é certamente desejável que os indivíduos sejam capazes e tenham interesse verdadeiro em um debate franco, marcado pela disposição sincera de ouvir o outro e eventualmente aderir a seus argumentos. Mas não é nesse elemento contingente que se está colocando a ênfase, mas sim na possibilidade de crítica e no equilíbrio deliberativo dele resultante. Nesses termos, o paradigma da democracia deliberativa e da política constitucional pode ser compatibilizado até mesmo com teorias que se baseiam na idealização negativa do processo político. É o caso das teorias políticas ligadas ao movimento da *public choice*, que procuram explicar a política a partir do comportamento auto-interessado”. (MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. Artigo no prelo).

em argumentos *palatáveis* ao público. Dificilmente revelará ser desfavorável ao aumento da tributação incidente sobre determinado setor por ter recebido contribuições eleitorais de empresas que o integram. Antes se esforçará em deduzir argumentos do tipo “a carga tributária já é por demais elevada”, “o ônus econômico do tributo será transferido para toda a sociedade”. Atuará, é certo, de maneira insincera ao deduzir argumentos que, de fato, não orientam a posição adotada. Essa postura, embora hipócrita, apresenta vantagens⁵⁵.

Em primeiro lugar, nem todas as posições são defensáveis em público. Vez ou outra, as posições terão que ser abandonadas ou adaptadas para submeterem-se ao escrutínio público, o que poderá reduzir o caráter auto-interessado da preferência sustentada. Voltando ao exemplo do parlamentar que recebeu contribuições para a campanha eleitoral, suponha-se que, movido pelo auto-interesse, esse parlamentar queira onerar empresa concorrente da que lhe forneceu recursos. Não poderá defender em público medida que afete tão-somente a empresa concorrente. Terá que desistir da posição inicial ou então ajustá-la para que se mostre menos parcial, estendendo, por exemplo, a medida onerosa a outros contribuintes, de maneira a conferir aparência de objetividade à proposta⁵⁶. Com isso, a preferência defendida será menos parcial do que a inicialmente pretendida.

Em segundo lugar, o parlamentar terá de manter coerência mínima com os argumentos deduzidos anteriormente e, se não o fizer, provavelmente será criticado pela oposição e, quiçá, cobrado e punido pelo eleitorado. Recorrendo mais uma vez ao exemplo anterior: caso o parlamentar se manifeste desfavoravelmente ao aumento da tributação incidente sobre determinado setor, sob o argumento de que a carga tributária já é muito elevada ou de que o ônus econômico do tributo será, ao final, suportado pela sociedade, terá dificuldades de sustentar o aumento de tributos para outro setor mais sensível do ponto de vista social. Mesmo que queira agradar o governo, potencial interessado no aumento de tributos incidentes sobre esse outro

⁵⁵ Muito pertinente é a famosa frase de La Rochefoucauld, “A hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude”, invocada por José Luis Martí precisamente neste ponto. (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 55)

⁵⁶ O exemplo fictício dado por José Luis Martí é esclarecedor: “Voltemos ao exemplo do aumento dos salários dos professores universitários. Se sou professor titular de uma faculdade de direito, o que eu prefiro, do ponto de vista meramente auto-interessado, é que subam apenas os salários dos professores titulares das faculdades de direito (ou somente dos da minha faculdade, ou, ainda melhor, somente o meu salário). Todavia, seguramente seria muito suspeito apresentar um argumento (aparentemente imparcial) em favor do aumento somente do meu salário: Por que apenas para mim? Por que apenas para os professores da faculdade de direito? Por que apenas para os titulares, e não para todos os professores? Ainda que apenas por razões estratégicas, convém a mim encontrar um argumento mais geral que oculte minhas verdadeiras motivações. Nesse passo, sou obrigado, pelo limite da imperfeição, a tornar mais imparcial a minha preferência e o meu argumento.” (Tradução livre. MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 55 e 56).

setor, o parlamentar enfrentará mais obstáculos na defesa da preferência auto-interessada. Terá de esforçar-se para minimizar a incoerência ou mesmo terá de abandonar a posição pretendida. Constatase, assim, o potencial da deliberação, desde que revestida de publicidade, para mitigar o caráter auto-interessado das preferências, mesmo na falta de sinceridade do agente envolvido.

Ademais, o embate de ideias obriga a maioria a justificar-se, por conseguinte abre espaço para que minorias critiquem os argumentos expostos e apontem falhas nas propostas apresentadas, de modo a personificar a existência de alternativas. O debate contribui, assim, para que a sociedade se informe melhor das posições de seus representantes à luz das opções disponíveis, em reforço à prestação de contas e à controlabilidade (*accountability*), o que fortalece o elo entre representantes e representados⁵⁷. Além disso, o procedimento deliberativo possibilita que minorias, por conta das críticas formuladas e das posições defendidas, ganhem novas adesões e aspirem a tornarem-se majorias. Nesse cenário, ao manter o processo democrático dinâmico, a deliberação evita que a alternância de poder dependa exclusivamente de *propagandas* e de fatores personalistas.

A troca de argumentos tem, ainda, outro efeito. Como ressalta Stuart Mill⁵⁸, diferentes perspectivas agregam em termos de conteúdo⁵⁹. *“Aquele que conhece apenas o seu próprio lado da questão pouco sabe dela. Suas razões podem ser*

⁵⁷ Como bem ressalta Eduardo Mendonça, a necessidade de as propostas coletivas serem “defendidas publicamente exige de seus defensores a capacidade de indicar alguma fundamentação racional e os expõe à crítica político-social, legitimando o processo decisório. Em outras palavras, a deliberação se justifica ainda quando funcione apenas como ‘vitrine’ das decisões – e não como verdadeira instância decisória – para que sobre elas incida a crítica pública em suas bases mais abrangentes.” MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. Artigo no prelo. Na passagem, o Autor traz, em nota de rodapé, a seguinte transcrição que, por sua relevância, ora se reproduz: “Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, pp. 357-358: ‘O ponto de partida é a percepção de que as decisões políticas mais do que produzidas no Parlamento, são nele apresentadas. Tal apresentação não se converte, contudo, em simples ritual, antes atua de volta na formação da opinião pública e, por outro lado, também na formação da vontade estatal, em caráter prospectivo. No Parlamento a maioria não está mais sob si mesma, tendo de expor e justificar publicamente seus propósitos, deixar que sejam comparados às alternativas propostas pelas minorias e afastar a crítica destas. O processo parlamentar possibilita assim a transparência da conduta governamental – a qual, por sua vez, é condição prévia para a crítica e o controle públicos continuados, a produção de ideias e a comunicação de interesses – e, sobretudo, abre oportunidades de participação para grupos que não dispõem de acesso institucionalizado ou informal ao poder. (...) Nessa função, apesar de todas as suas deficiências, o Parlamento ainda se apresenta, nos dias de hoje, como insubstituível por qualquer outra instituição’”. (Tradução livre do alemão feita por Eduardo Mendonça).

⁵⁸ Jon Elster informa ter sido Stuart Mill o primeiro teórico a justificar explicitamente a deliberação sob esse ângulo. (ELSTER, Jon. *Op.cit.* p. 4.)

⁵⁹ Esse argumento relacionado à maior probabilidade de acerto na decisão – chamado por José Luis Martí de *valor epistêmico* – é importante, mas não é o único relevante. Do contrário, haveria o risco de incorrer-se no elitismo democrático ou mesmo no elitismo não-democrático, como bem alerta o Autor. O processo de tomada de decisão deve considerar os cidadãos como dignos de igual respeito e consideração, inclusive no tocante à autonomia pública, esta entendida como a possibilidade de todo cidadão participar do autogoverno coletivo. Por isso, o critério da maior probabilidade de acerto na decisão não pode ser exclusivo, devendo ser combinado com o valor *igualdade* (MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 205, 210 e 213).

*boas e pode ser que ninguém tenha sido capaz de refutá-las. Mas ele é igualmente incapaz de refutar as razões do lado contrário, se ele não sabe igualmente quais são, não tem nenhuma base para preferir qualquer uma*⁶⁰. De fato, caso não se conheça possível crítica, não se conhece por inteiro a própria posição. O intercâmbio de informações permite atentar para circunstâncias e interesses não considerados, para alternativas não imaginadas, para consequências não pensadas, para inconsistências não detectadas⁶¹, de maneira que erros sejam corrigidos e melhorias, introduzidas. Assim, “*quando se podem encontrar pessoas que formam uma exceção à aparente unanimidade a respeito de qualquer assunto, mesmo se o mundo está com a razão, é sempre provável que os dissidentes tenham algo digno de ser ouvido a alegar em sua defesa e que a verdade perderia algo com o seu silêncio*”⁶².

Ademais, legislar sem deliberação pública e transparente significa tratar os cidadãos *como objetos da legislação*, como indivíduos passivos a serem governados⁶³, e não como sujeitos ativos do autogoverno coletivo, o que viola a ideia de autonomia pública e compromete a legitimidade das decisões. Autonomia pública, como é cediço, pressupõe a possibilidade de todo cidadão participar do autogoverno coletivo, isto é, a possibilidade “*de tomar as decisões básicas que afetam a organização social e as relações públicas [estabelecidas entre si]*”.⁶⁴ A lei não deve ser fruto de mera imposição⁶⁵. Os legisladores devem mostrar à sociedade o que fazem em seu nome, devem submeter seu trabalho à crítica, ao escrutínio público, da forma mais transparente possível.⁶⁶ Para que a sociedade possa avaliá-los, devem dizer o porquê de terem preferido uma solução a outra, devem enfrentar

⁶⁰ MILL, Stuart. Da liberdade de pensamento e discussão. WEFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. V. 2. São Paulo: Editora Ática, 2006. p. 213.

⁶¹ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 194. Como bem comenta o Autor, às vezes, o simples processo de verbalizar uma proposta permite ao próprio agente – idealizador da propostas – perceber falhas não identificadas num primeiro momento. Se a racionalização já ocorre de modo monológico, ela intensifica-se com a submissão da proposta a diferentes pontos de vista e críticas.

⁶² MILL, Stuart. *Op. cit.* p. 215.

⁶³ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁴ MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 207. A ideia de autonomia pública, a seu turno, compõe a de dignidade da pessoa humana, conforme enfatiza o Autor: “outorgamos valor à liberdade ou à autonomia, tanto a autonomia privada como a pública, porque reconhecemos que os seres humanos são dotados da capacidade de tomar decisões valiosas do ponto de vista da racionalidade (instrumental) e de razoabilidade (substantiva) e da capacidade de determinar seus planos de vida assim como suas ações concretas. Essa capacidade, por sua vez, forma aquilo que constitui, ao menos parcialmente, a dignidade das pessoas – fator que as faz merecedoras de igual consideração e respeito”. (Tradução livre. MARTÍ, José Luis. *Op. cit.* p. 207).

⁶⁵ Embora admita ser parcialmente um mito a ideia de que os cidadãos são destinatários e autores das normas, Waldron enfatiza a importância da elaboração transparente das leis para o ideal de autonomia pública. WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch*. Cambridge, p. 22 e 23.

⁶⁶ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 22.

e responder os argumentos contrários. Essa postura, além de reforçar a prestação de contas, incrementa a legitimidade das decisões também sob o ângulo dos que discordam da decisão tomada. Ainda que a pessoa divirja do conteúdo da lei editada, aceitá-la-á melhor na medida em que tiver ciência de que o ato normativo foi aprovado em procedimento regular, no qual diferentes argumentos foram expostos e motivadamente rejeitados.⁶⁷

Valorizar, no processo legislativo, o respeito à Constituição, o debate, o apreço à minoria e à oposição, a transparência e a participação social equilibrada parece ser a maneira apta a fortalecer o Poder Legislativo e a intensificar a conexão entre representantes e representados, mesmo à falta da tão esperada reformada política. Presentes esses elementos e a importância do Legislativo para o equilíbrio entre os Poderes, apontaremos algumas medidas concretas que podem contribuir para revigorar o Parlamento. O nosso foco, como ressaltado na introdução, são os aspectos jurídicos da legitimidade da atuação legislativa, tema que também comporta análise sob prisma da ciência política.

Atualmente, como se verá, o Legislativo simplesmente queda-se inerte e não examina os vetos a projetos de lei apostos pelo Executivo, em desrespeito a mandamento constitucional expresso. Essa omissão, além de colaborar para a hegemonia da figura do presidente da República, em violação ao equilíbrio entre os Poderes, afronta o devido processo legislativo, na medida em que inviabiliza o debate – impede a troca de argumentos e evita as críticas das minorias.

A execução orçamentária é outro ponto que precisa ser repensado. Hoje se concebe a lei orçamentária como meramente autorizativa, desprovida de caráter impositivo, o que permite ao Executivo contingenciar recursos a bel-prazer. Esse cenário – em que a liberação de verbas orçamentárias é condicionada à vontade do Executivo – dá ensejo a barganhas políticas, de sorte que muitos parlamentares tornam-se dependentes do Governo. À falta de autonomia política dos respectivos membros, o Legislativo fica enfraquecido, o que prejudica a representação popular e, mais uma vez, o equilíbrio entre os Poderes. E ainda: a execução orçamentária atual, aliada às restrições na elaboração da lei orçamentária, reduz a importância dos debates havidos no Parlamento, a ponto de retirar dos representantes da sociedade as decisões sobre as prioridades do Estado.

⁶⁷ A propósito, conferir WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, p. 18 e 25.

Outra questão a merecer destaque é o poder excessivo dos líderes, que carece de lastro popular. Externado pelo voto de liderança e pelo veto na agenda legislativa, esse poder elimina o debate e, por consequência, sufoca o dissenso, evita a crítica e impede a troca de argumentos. E ainda: compromete duas das principais características que conferem legitimidade ao Parlamento para legislar – a diversidade e a acessibilidade.

Ainda no campo das práticas que precisam ser alteradas, insere-se a tutela jurisdicional fraca do devido processo legislativo. Como se verá, é constante o desrespeito às normas regimentais que instituem o processo legislativo. Maiorias ocasionais manipulam as regras do jogo e atropelam minorias. Como consequência, o espaço para a discussão e para a crítica é reduzido; e o canal de que dispõem as minorias para o diálogo, fechado. Para esse cenário, concorre a tutela jurisdicional fraca do devido processo legislativo.

O fortalecimento das comissões temáticas, por privilegiar o potencial deliberativo do Parlamento, é uma maneira de revigorar o Poder Legislativo e de qualificar a democracia. Nesses órgãos fracionários, viabiliza-se o processo bem informado. As comissões temáticas consubstanciam o espaço propício para a troca de argumentos e para a participação da sociedade. E ainda: nessas arenas mais reduzidas, o comportamento do parlamentar torna-se mais visível, o que beneficia o controle social.

Por fim, conforme se demonstrará, a regulamentação do lobby tem o papel de institucionalizar as influências externas, de forma a imprimir transparência à atividade legislativa e a valorizar seu elemento genuinamente deliberativo – o *input* plural de argumentos. A disciplina do lobby reduz o risco de a atividade degradar-se em tráfico de influência e incrementa o controle social.

2 PRIMEIRA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO PODER LEGISLATIVO: INVERSÃO DE ALGUMAS PRÁTICAS ATUAIS

2.1 Introdução

Sr. Presidente, apenas desejo dizer que não sei o que votei.⁶⁸

Senador Pedro Simon

A frase bem expressa a ausência de debate que caracteriza o processo legislativo atual. Foi proferida após apreciação de requerimento que visava a eliminar o intervalo entre os turnos de votação de proposta de emenda constitucional (PEC), aprovado exatamente para tolher o espaço de discussão⁶⁹. Às vezes, a votação é tão rápida, sobretudo no Plenário – com a adoção do chamado processo simbólico, pelo qual os parlamentares favoráveis à proposição devem permanecer como estão⁷⁰ –, que nem permite aos votantes tomar conhecimento do tema em deliberação⁷¹.

Se essa fosse a única causa da carência de debate, a solução seria simples. Bastaria acabar com a votação simbólica. Uma faceta muito mais grave é a falta de comprometimento com ideias, com projetos, com argumentos. O debate efetivo é posto de lado. Razões técnicas, jurídicas e políticas – no sentido nobre da palavra – são desconsideradas. Muitos parlamentares orientam-se pela lógica da reprodução dos mandatos. Buscam o cargo eleição após eleição, como meio para manter o

⁶⁸ BRASIL, DIÁRIO DO SENADO FEDERAL de 12.07.1996, p. 11.895. A frase foi proferida na sessão de 11/07/1996, logo após a votação do Requerimento 673/1996, no bojo da tramitação da PEC 22/96-SF. Tomou-se conhecimento da afirmação por meio da seguinte dissertação de mestrado: CARVALHO, Heraldo Pereira de. *A subtração do tempo de interstício entre turnos de votação de proposta de emenda à Constituição de 1988: uma contextualização de interesses segmentados em detrimento do direito da cidadania*. Brasília: Faculdade de Direito, UnB, 2010. 173 p. Dissertação (Mestrado)-Universidade de Brasília, 2010.

⁶⁹ Esse tema, concernente ao intervalo entre turnos de votação de propostas de emenda à Constituição, será retomado no tópico da tutela jurisdicional limitada do devido processo legislativo.

⁷⁰ Conferir, a propósito, os artigos 293 do Regimento Interno do Senado Federal e 185 do Regimento da Câmara dos Deputados.

⁷¹ Não por outra razão há quem defenda o fim da chamada votação simbólica, como o senador Cristovam Buarque. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/cristovambuarque/arquivos/Reforma%20Politica%20Republicana.pdf>. Acesso em 29.04.2011.

poder, o prestígio e a influência⁷². Não atuam pautados pelo zelo republicano, mas sim pelo objetivo de se reelegerem. O processo legislativo reflete essa lógica. É visto não como meio para o debate, mas como oportunidade para barganhas políticas, voltadas à reeleição. Em geral, o mandato é autonomizado em relação à sociedade⁷³. Há um descolamento entre representantes e representados, entre teoria e prática democráticas. A correção dos rumos reclama a tão esperada reforma política⁷⁴. Enquanto se aguardam reformas estruturais, cumpre perquirir, sob o ângulo jurídico, medidas, ainda que pontuais, para aprimorar o processo legislativo ora praticado.

A democracia exige acentuado grau de deliberação no âmbito do Parlamento, com debate e com transparência, de maneira a incrementar a legitimidade das decisões e a possibilitar o controle por parte da população, realizando-se, na maior extensão possível, o postulado da autonomia pública. Ainda que não se acredite ou não se queira acreditar na possibilidade de um debate político sincero – em que os participantes estejam dispostos a se deixar convencer –, a deliberação efetiva justifica-se, pois, além de outros aspectos referidos no capítulo anterior, permite que as oposições se expressem no espaço político, demonstrem a fragilidade das ideias da maioria e revelem a existência de alternativas.

Este capítulo tratará de práticas atuais que demandam correção, por comprometerem o devido processo legislativo e o papel do Poder Legislativo no desenho da separação entre os poderes. São elas: a falta de apreciação do veto, a prática orçamentária, o poder excessivo dos líderes e a tutela jurisdicional limitada. Por conta de fatores relacionados a tempo e a espaço, que impuseram cortes a este trabalho, outros gargalos ficaram de fora, tais como o constante sobrestamento da pauta do Poder Legislativo provocado pela edição excessiva de medidas provisórias e o regime de urgência constantemente empregado, o qual abrevia o debate e

⁷² A síntese do deputado Chico Alencar revela-se precisa: “O processo legislativo no Brasil, e aqui no Congresso Nacional é a culminância disso, é muito condicionado pelo sistema político eleitoral. Partidos não doutrinários, fracos, sem nitidez ideológica e programática elegem legisladores que, por sua vez, também não vão ter esse zelo republicano – ou seja, tentar trabalhar em torno de ideias, causas, projetos, perspectivas para o município, estado, país, visão global de mundo. Isso é muito precário e isso eu diria que é a exceção, inclusive no Congresso Nacional. Logo, argumentos técnicos, argumentos científicos, argumentos de conteúdo político, que não sejam da politicagem rasteira, ficam subordinados a uma dinâmica que eu chamaria de dinâmica da reprodução dos mandatos e do exercício da atividade de legislador como carreira, como profissão, como locus, espaço de poder, prestígio e influência. Portanto, na minha visão, o processo legislativo é muito precário no país [...]”. (Informação verbal, obtida em entrevista que nos foi concedida pelo Parlamentar em 01.06.2011).

⁷³ A expressão é de Chico Alencar. É de ressaltar que há exceções, entre elas o deputado por nós entrevistado.

⁷⁴ Aliás, como bem destacou o deputado Chico Alencar, é sintomático que, a cada início de legislatura, a reforma política volte à tona, a revelar a consciência latente de que mudanças são necessárias.

compromete a deliberação. O primeiro aspecto será tratado de passagem, enquanto o último ficará para outra oportunidade.

2.2 A falta de apreciação do veto

O Poder Executivo participa ativamente do processo de elaboração legislativa, seja ao deflagrá-lo, quando versada matéria cuja iniciativa a Constituição lhe reserva⁷⁵, seja ao sancionar ou vetar projetos de lei. A Constituição assinala prazo exíguo, de 48 horas, para que o presidente da República comunique o veto e os respectivos motivos ao presidente do Senado⁷⁶ e prevê a possibilidade de rejeição, em sessão conjunta das Casas Legislativas, por maioria absoluta de votos dos deputados e senadores, em escrutínio secreto^{77 e 78}. Diferentemente do que sucede, por exemplo, na Argentina e no México, em que o veto acarreta o retorno ao Parlamento do projeto de lei como um todo para nova deliberação⁷⁹, no Brasil, se o

⁷⁵ A Constituição, no artigo 61, arrola as matérias cuja iniciativa de lei é privativa do presidente da República. Sobre o tema, é preciso ter presente a advertência do Supremo Tribunal Federal: “A natureza especial que assume a cláusula referente à iniciativa reservada das leis caracteriza, em nosso sistema de direito, derrogação que excepciona o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo de formação das espécies legislativas. Disso decorre, portanto, que não se deve presumir a incidência da cláusula de reserva, que deve resultar, necessariamente, como no caso ora em exame, de explícita previsão constitucional”. (Trecho do voto do relator. ADI 2364 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2001, DJ 14-12-2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00551)

⁷⁶ Artigo 66, “§1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

⁷⁷ Artigo 66, “§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

⁷⁸ A Constituição Americana, que inspirou a Constituição Republicana do Brasil e dos demais países no tema, também exige quórum qualificado para a derrubada do veto, fixando-o em 2/3 de cada Casa Legislativa (Artigo 1º, Seção 7). Possivelmente, o quórum qualificado decorre do receio que tinham os *founding fathers* da hipertrofia do Poder Legislativo. Sobre o tema, conferir a nota de rodapé adiante. No Brasil, o quórum para a derrubada do veto também era de 2/3 até a Constituição de 1988, que o passou à maioria absoluta. A propósito da influência da Constituição Americana no tema, ver RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Editora RT, 1993. p. 32 e 77 e s/s. Como enfatiza o Autor, a Constituição Americana foi a fonte de inspiração para o veto previstos nas Constituições Republicanas brasileiras, o que não significa que o instituto tenha sido inventado nos Estados Unidos.

⁷⁹ A propósito, eis o que dispõem a Constituição da Argentina e a do México, respectivamente:

“**Art. 80.**- Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”.

Disponível em <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/leyes.php>. Acesso em: 06 jun. 2011.

veto for parcial⁸⁰, a parte sancionada do projeto segue para publicação, de maneira que a lei passa a vigor de imediato. A fim de impedir vetos longevos sem o crivo do Legislativo, a Constituição fixa o prazo de 30 dias para que sejam apreciados e estabelece mecanismo para garantir que esse interregno seja observado: o trancamento da pauta, caso esgotado o prazo sem a deliberação correspondente⁸¹.

Essas cláusulas constitucionais compõem o princípio da separação entre os Poderes, que não é algo abstrato, existente por si só⁸². Antes, deve ser compreendido com base nos preceitos constitucionais que determinam o modo como os Poderes se inter-relacionam. No desenho da separação entre os Poderes, com seus freios e contrapesos⁸³, o constituinte estabeleceu o veto fundamentado, a

“Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones. (...)

C. El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta,, (, **sic DOF 05-02-1917**) y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por esta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.”. Disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em 06.06.2011.

⁸⁰ Como o próprio nome revela, o veto parcial contrapõe-se ao veto total. O veto total incide sobre o projeto de lei como um todo, ao passo que o parcial incide sobre texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (artigo 66, §2º, da CR/88). Não é possível, portanto, o veto parcial a trechos de dispositivos. O objetivo é evitar que, por meio do veto, altere-se por completo o sentido da norma proposta pelo Poder Legislativo. Como exemplifica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi que aconteceu em 1965, “quando o Congresso votou e aprovou projeto de lei sobre o estatuto dos partidos políticos. O art. 47 desse texto dispunha que os partidos já registrados conservariam sua personalidade se preenchessem ‘ao menos uma das condições seguintes: 1 – Ter seções organizadas em onze Estados, pelo menos; 2 – Ter eleito doze deputados à Câmara Federal; 3 – Ter obtido 3% dos votos válidos nas últimas eleições para a Câmara Federal”. Essas condições, portanto, eram alternativas, para o legislador. Todavia, o Presidente vetou a expressão ao menos uma das, e assim, tendo conseguido a manutenção do veto, transformou em exigência cumulativa o que era exigência alternada”.

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

Vale registrar que o veto parcial foi introduzido no âmbito federal pela Reforma Constitucional de 1926, para evitar as chamadas caudas legislativas, que são disposições inseridas maliciosamente por parlamentares, muitas vezes sem pertinência com o projeto alterado e que possivelmente não prosperariam se constassem de projetos autônomos. A alteração foi provocada pelas caudas legislativas à Lei do Orçamento da Despesa de 1922 que obrigaram o presidente Epitácio Pessoa a vetá-la. Sobre o tema, conferir VALADÃO, Haroldo. *Natureza e efeitos do veto parcial*. Revista Forense, v.55, n.178, p.18-27, jul./ago. 1958.

⁸¹ § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

⁸² A propósito: “EMENTA: I. Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. (...)” (ADI 183, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/1997, DJ 31-10-1997 PP-55540 EMENT VOL-01889-01 PP-00047)

⁸³ Em rigor, trata-se da separação entre funções, já que o poder é uno. O objetivo é fazer com que o exercício do poder por parte de uma instituição contenha, limite o exercício do poder por parte de outra, de maneira que nenhuma das instituições abuse do poder. Sobre o tema, conferir CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 2000. Acerca do caráter uno do poder, ver ROUSSEAU, J. –J. *O contrato social*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 34 a 36, do qual se depreende a seguinte passagem: “Mas, não podendo dividir a soberania em seu princípio, nossos políticos a dividem em seu objeto; eles a dividem em força e vontade, em poder legislativo e poder

possibilidade de rejeição por quórum qualificado e a necessidade de deliberação expressa e imediata⁸⁴.

É da essência da separação entre os Poderes a possibilidade de superar o veto⁸⁵. Caso contrário, seria excessiva a ingerência do Executivo no Legislativo, cuja atividade estaria condicionada à vontade do primeiro. De fato, o veto absoluto teria como efeito sujeitar o exercício da função legislativa ao talante do Executivo. Haveria influência preponderante de um Poder sobre o outro, em violação à máxima da independência e da harmonia entre os Poderes, tão necessária à contenção do poder⁸⁶.

Ao determinar que o Executivo revele o porquê do veto, o constituinte abriu espaço ao debate fundado em razões, de maneira a possibilitar o diálogo entre os Poderes. Compete ao Legislativo analisar as razões declinadas pelo Executivo e responder a elas, mediante a rejeição ou a manutenção do veto. O dever de motivação pode ser visto como uma deferência às decisões legislativas. É possível que o Executivo discorde dos projetos de lei advindos do Parlamento, seja por

executivo(...). Decorre esse erro do fato de não se disporem de noções exatas a respeito da autoridade soberana e de terem tomado como partes dessa autoridade o que não passava de emanações dela”.

⁸⁴ Há quem entenda que a possibilidade de o Judiciário examinar o chamado veto jurídico (veto por inconstitucionalidade) também compõe os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, posição com a qual concordamos. Esse é o entendimento de Gustavo Binimbojm (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 259 e seguintes). Em sede jurisprudencial, em decisão monocrática proferida na Ação de Desumprimento de Preceito Fundamental (APDF) 45, o ministro Celso de Mello admitiu que até mesmo o veto político (veto por razões de interesse público) é passível de apreciação pelo Poder Judiciário se resultar na violação de normas constitucionais. No caso, tratava-se de violação a preceito fundamental por omissão. A ADPF, porém, não chegou a ser conhecida por perda superveniente do interesse de agir, na medida em que a inconstitucionalidade fora sanada pela edição de outro diploma normativo.

⁸⁵ Sob a égide da Constituição Imperial, o veto era imune à rejeição, conforme se depreende do artigos 62 a 70. E mais: o silêncio imperial importava o veto ao projeto. De qualquer sorte, não se poderia falar em separação e harmonia entre os poderes àquela altura, em que o Poder Moderador sobrepunha-se aos demais. A possibilidade de derrubada do veto foi introduzida pela Constituição da República de 1891.

⁸⁶ A propósito, vale conferir a seguinte passagem de Madison, em *O Federalista XLVIII*: “Todo mundo está de acordo em que os poderes próprios de um dos departamentos não devem ser administrados completa nem diretamente por qualquer dos outros. É também evidente que nenhum deles deve possuir, direta ou indiretamente, uma influencia preponderante sobre os outros no que se refere à administração de seus respectivos poderes. Não se pode negar que o poder tende a estender-se e que se lhe deve refreiar eficazmente para que não passe dos limites que se lhe fixem.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Tradução Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. p. 200 e 201). Apenas a título de curiosidade: para os *founding fathers*, o Poder que oferecia maior perigo à liberdade era o Legislativo, conforme se depreende do seguinte trecho: “(...) o departamento legislativo é o único que tem acesso aos bolsos do povo, e possui em algumas constituições uma liberdade completa e em todas um influência preponderante sobre as retribuições dos que desempenham os outros departamentos, [disso] resulta que os últimos vêm a ficar em uma situação de dependência que facilita ainda mais as usurpações do primeiro”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. Cit.* p. 202). Talvez por isso tenham chegado a cogitar do veto absoluto em *O Federalista LI*, cuja autoria não se tem certeza se é de Hamilton ou Madison. A ideia foi imediatamente afastada: “Um veto absoluto frente à legislatura apresenta-se à primeira vista como a defesa natural que se deve dotar ao magistrado executivo. Porém talvez isto não resulte nem de todo seguro nem suficiente por si só. Em ocasiões ordinárias, talvez não se exerça com bastante energia e nas extraordinárias se preste a pérfidos abusos” (*Op. cit.* p. 211). A história demonstrou a impropriedade do receio dos *founding fathers* quanto à hegemonia do Legislativo. De fato, a experiência demonstra que, nos sistemas presidencialistas, o risco é de hipertrofia do Executivo, e não do Legislativo. Conferir: ACKERMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 14 e seguintes.

inconstitucionalidade, seja por interesse público, mas, para vetá-los, precisa desincumbir-se do ônus argumentativo. Em compensação, o modelo também institucionaliza a deferência do Legislativo ao veto do Executivo ao exigir maioria absoluta para rejeitá-lo.

O veto há de ser sempre apreciado, para que seja mantido ou derrubado. A Constituição impõe, no ponto, uma agenda ao Legislativo, obrigando-o a manifestar-se explicitamente, de maneira a superar – num esforço para conter o poder legiferante do Executivo – o modelo anterior, da Constituição de 69, segundo o qual a ausência de deliberação implicava a manutenção do veto^{87 e 88}. Em razão da mudança, buscou-se, a um só tempo, evitar o veto vitalício ou duradouro e conferir maior destaque à atuação do Legislativo, forçando-o a julgar *abertamente* a decisão de veto do presidente da República. Em última instância, o sistema confere a palavra final ao próprio Legislativo, que deve pronunciá-la de forma explícita, ainda que seja para manter o veto por falta de quórum para rejeição.

A despeito do cenário normativo constitucional, a prática é diversa. Os números impressionam. Há, neste momento, 2.180 vetos pendentes de apreciação⁸⁹. São 41 vetos totais, isto é, 41 projetos de lei foram vetados na íntegra, sem que o Congresso Nacional delibere sobre a decisão presidencial. Já os outros 2.138 são vetos parciais incidentes sobre 99 projetos. São, portanto, 99 leis que vigoram com alterações decorrentes de 2.138 vetos parciais sem que o Congresso Nacional tenha-se manifestado a respeito. Não obstante o objetivo da Constituição de impedir o veto duradouro – tanto é que, como dito, assinala prazo exíguo para que o presidente da República o comunique, fixa o lapso de 30 dias para que seja apreciado e estabelece o trancamento da pauta como forma de forçar a deliberação – , existe veto apostado e lido há mais de uma década e até hoje não apreciado, sem

⁸⁷ Eis o que preceituava a Constituição de 67, com a alteração introduzida pela EC 01/69:

“Art. 59. Nos casos do artigo 43, a Câmara na qual se haja concluído a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará; para o mesmo fim, ser-lhe-ão remetidos os projetos havidos por aprovados nos termos do § 3º do artigo 51.

(...)

§ 4º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no parágrafo anterior, o veto será considerado mantido.

⁸⁸ Conforme ressalta Luiz Gonçalves Neto, “no processo legislativo, dois conceitos estão intimamente associados ao abuso de poder por parte do Executivo durante os governos militares, entre os anos de 1964 e 1985: o decreto-lei e a aprovação por decurso de prazo.” Estavam submetidos ao regime de aprovação tácita, isto é, por decurso de prazo, os projetos de lei urgentes de autoria do presidente da República, os vetos presidenciais e os próprios decretos-leis. Assim, para lograr aprovação, bastava que a base parlamentar do governo impedisse as votações. Conferir, a propósito: GONÇALVES NETO, Luiz. *O sobrestamento da pauta no processo legislativo*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5748>. Acesso em 14.06.2011.

⁸⁹ Os dados sobre o veto estão disponíveis na Ordem do Dia da sessão de 09.06.2011: <http://legis.senado.gov.br/sil-pdf/Plenario/Congresso/MatTram/201106070000.pdf>. Acesso em 10.06.2011.

que se observe a regra do sobrestamento de pauta imposta pela própria Constituição^{90 e 91}.

Veja ou outra, toma-se a iniciativa de examinar os vetos pendentes, na forma de mutirão⁹². Quando isso acontece, a liderança do governo, interessada em mantê-los, distribui um calhamaço em que constam cerca de 200 vetos, com as respectivas razões, para que sejam apreciados em uma só sessão⁹³. A prática foi apelidada por um parlamentar de provão⁹⁴. O número extenso de vetos inviabiliza qualquer exame cuidadoso, embate de ideias ou debate efetivo, o que acaba por favorecer a posição do Governo, na medida em que se torna ainda mais difícil reunir a maioria absoluta necessária para a rejeição. Essa prática desequilibra a separação entre os Poderes justamente em um de seus pontos mais sensíveis – o da observância rigorosa dos mecanismos de controle recíproco.

Afora isso, em razão do longo lapso transcorrido, na maior parte das vezes, o veto e o respectivo projeto ou dispositivo sobre o qual incidiu deixam de ser atuais. Como resultado, a apreciação do veto não suscita maior interesse dos próprios parlamentares, em prejuízo ao sistema de freios e contrapesos consagrado na Constituição, que determina o controle legislativo do veto presidencial⁹⁵. E mais: a

⁹⁰ Apenas a título de ilustração, é de citar o veto oposto à Lei 10.170/2000, que acrescentou parágrafos ao artigo 22 da Lei 8.212/91. O Presidente da República vetou o §12. A mensagem do veto foi lida no Congresso Nacional em 27.03.2001, mas até hoje não houve deliberação. Ver, a propósito, “Ordem do Dia” da sessão de 09.06.2011, na qual o veto chegou a constar para que fosse apreciado, o que não ocorreu:

<http://legis.senado.gov.br/sil-pdf/Plenario/Congresso/MatTram/201106070000.pdf>. p. 34.

Acesso em 10.06.2011.

⁹¹ O marco inicial do prazo para apreciação do veto é a data de seu recebimento: “§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento (...).”

Em contrariedade ao dispositivo constitucional, o Regimento Comum do Congresso Nacional fixa como marco inicial o *conhecimento* do veto, que pressuporia a respectiva leitura: “Artigo 104. Comunicado o veto ao Presidente do Senado, este convocará sessão conjunta, a realizar-se dentro de 72 (setenta e duas) horas, para dar conhecimento da matéria ao Congresso Nacional, designação da Comissão Mista que deverá relatá-lo e estabelecimento do calendário de sua tramitação.

§ 1º. O prazo de que trata o § 4º do art. 66 da Constituição será contado a partir da sessão convocada para conhecimento da matéria.”

Mesmo se esse termo inicial for considerado válido, a situação não se altera - o prazo para apreciação é corriqueiramente desrespeitado.

⁹² As últimas tentativas frustradas ocorreram em 11.05.2011 e em 09.06.2011.

⁹³ Agradecemos, no ponto, à colaboração de Graziany Reis, que atua na Liderança do PSOL na Câmara dos Deputados e nos enviou, por e-mail, o material distribuído pela Liderança do Governo.

⁹⁴ A alusão foi feita pelo deputado Chico Alencar, que se referiu ao ENADE, exame nacional de desempenho dos estudantes – longa prova aplicada pelo MEC ao final do curso universitário, a fim de aferir a qualidade de ensino.

⁹⁵ A ausência de deliberação sobre vetos é antiga, conforme se depreende de questão de ordem suscitada pelo deputado Nilson Gibson em 1993: “(...) o Congresso Nacional recebe o veto quando quer, em virtude de uma interpretação liberal. Ora, o veto é apreciado em sessão conjunta, mas com as duas Casas deliberando separadamente. Portanto, seria de se interpretar que ficariam sobrestadas as proposições existentes nas duas Casas, e não só as da Sessão Conjunta, pois neste caso, a rigor, o dispositivo torna-se inócuo, já que, além de Medidas Provisórias, que não se sobrestam, em Sessão Conjunta só se aprecia, afora os vetos, matérias com prazo. A inocuidade é tão evidente que o Congresso Nacional tem por apreciar veto apostado pelo Presidente Fernando Collor ao Projeto de Lei de Conversão nº 21, de 1990, de 12 de abril de 1990, recebido pelo

derrubada tardia de vetos parciais pode comprometer o princípio da segurança jurídica, seja porque a lei vigora há anos sem o dispositivo vetado, seja porque a lei passará a contar com duas datas de vigência muito diferentes – a parte sancionada começará a vigor quando publicada e a parte vetada poderá entrar em vigência uma década depois, com a derrubada do veto. Esses aspectos relacionados à segurança jurídica dificultam ainda mais a rejeição do veto, fazendo com que a deferência à decisão presidencial seja mais intensa do que planejara o constituinte, em violação ao equilíbrio entre os Poderes inicialmente arquitetado⁹⁶.

Alguns parlamentares insurgiram-se contra tal prática e acionaram o Supremo Tribunal Federal. Impetraram mandados de segurança para reclamar a observância da norma constitucional que determina o sobrestamento das deliberações enquanto houver veto com prazo de apreciação expirado. Impugnaram, assim, atos pelos quais o presidente do Senado Federal convocara sessão conjunta para exame de projetos, a despeito da pendência de vetos. A Corte, ao que tudo indica, não chegou a apreciar o mérito de nenhum dos mandados de segurança⁹⁷. Em juízo de deliberação, por meio de decisões monocráticas, entendeu confundir-se o pedido liminar com o de mérito e inexistir perigo na demora, sob o fundamento de que a situação não é nova e nem por isso o direito dos impetrantes perecera.⁹⁸ Em outro caso, que será comentado no tópico da tutela jurisdicional, o Supremo assentou, em decisão monocrática, que apenas haveria trancamento da pauta se o veto estivesse pronto para deliberação⁹⁹.

Congresso Nacional apenas em 23 de maio de 1990; o prazo de apreciação terminou no dia 23 de junho de 1990 e ele ainda se encontra pendente de decisão após três anos.

É um absurdo!

Sr. Presidente, o que espanta é que não se trata de um caso isolado, a pauta de vetos tem, hoje [leia-se em 1993], sessenta e oito matéria a serem apreciadas, o que importa, aproximadamente, duzentos e trinta votações, anda, em grande maioria, de 1991 e 1992.

(...)

Ex-positis, as sanções colocadas pelos Constituintes, visando a mais rápida tramitação de algumas matérias, estão sendo ignoradas pelas duas Casas do Congresso Nacional". (Questão de Ordem 10436. Publicada no Diário da Câmara dos Deputados de 08.07.1993, p. 14639).

⁹⁶ Não se sustenta que as normas constitucionais são estáticas e, por isso, o equilíbrio entre os poderes deveria seguir estanco, de forma a permanecer exatamente tal qual o concebeu o poder constituinte originário. Em outras palavras: não se ignora o processo de mutação constitucional. A hipótese em exame, porém, é diversa: trata-se de desnaturar, por completo, o mecanismo de controle recíproco, em violação à literalidade do texto constitucional.

⁹⁷ Em geral, há perda superveniente do interesse de agir, o que prejudica o exame do mérito. Isso porque os pedidos voltam-se à suspensão do ato mediante o qual o presidente do Senado convoca as sessões até a apreciação de determinados vetos. Com a realização da sessão ou com a apreciação dos vetos enumerados na inicial, a medida judicial torna-se, respectivamente, inadequada e desnecessária.

⁹⁸ MS – 25.964-MC. Relator ministro Joaquim Barbosa. DJ 12/06/2006. MS – 25.443-MC. Relatora ministra Ellen Gracie. DJ 01.08.2005.

⁹⁹ O MS nº 25.939 foi impetrado por deputado federal para contestar o ato pelo qual o Presidente do Senado Federal convocara sessão conjunta para apreciação do Projeto de Lei de Orçamento de 2006 (Projeto de Lei nº

À falta de tutela jurisdicional, permanece o cenário de ofensa ao devido processo legislativo, às regras e aos princípios constitucionais, notadamente ao disposto no artigo 66, §§4º e 6º, e ao princípio da separação entre os Poderes. Os líderes, a maioria parlamentar e o presidente do Senado Federal portam-se como se a análise do veto estivesse à disposição, como se fosse um direito de titularidade deles. Esquecem que são meros mandatários, que receberam do povo a delegação para legislar e que não podem se furtar ao exercício de suas funções, em bom e fiel cumprimento dos respectivos mandatos. Tampouco podem se furtar à regra imposta pela Constituição – de trancamento da pauta enquanto pendentes vetos com prazos de apreciação expirados. Aliás, a deliberação de matérias durante o período em que a pauta deveria estar sobrestada conduz, a nosso ver, à inconstitucionalidade formal das proposições aprovadas, por desrespeito à limitação circunstancial do poder de legislar¹⁰⁰. A situação é análoga à aprovação de emenda à Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio¹⁰¹.

É curioso observar que a inércia do Congresso Nacional leva à preservação do veto. De fato, a ausência de deliberação mantém o veto incólume. Deixar de apreciá-lo por cinco, dez anos significa mantê-lo tacitamente por esse período, o que dificulta ou mesmo inviabiliza sua rejeição posterior. É um *fazer* – conservar o veto –

40/2005). Na inicial, alegou-se violação aos §§ 4º e 6º do artigo 66 da CF/88, o último com a redação dada pela EC 32/2001, na medida em que havia vetos presidenciais pendentes de apreciação há mais de 30 (trinta) dias, o que conduziria ao trancamento da pauta e impediria o exame da proposta de lei orçamentária. Ao indeferir o pedido de liminar, o ministro relator Sepúlveda Pertence adotou o entendimento de que não caberia impor a paralisação de todos os processos legislativos porque os vetos não estariam aparelhados para a imediata inclusão na Ordem do Dia e deliberação. Na oportunidade, S. Exa. chegou a assentar: “Afigura-se-me certo, porém, que não havendo vetos aparelhados para a imediata deliberação do Congresso Nacional – porque pendentes, devida ou indevidamente, de obstáculos antepostos à sua tramitação, sem impugnação adequada – não cabe impor a paralisia de todos os processos legislativos já prontos para a deliberação”. O caso será mencionado novamente adiante, no tópico concernente à tutela jurisdicional do devido processo legislativo. Cabe registrar, de qualquer sorte, que atualmente há vários vetos em condições plenas de serem apreciados e, ainda assim, não o são.

¹⁰⁰ Essa tese foi aventada na ADI 3.146 e acolhida pelo ministro Marco Aurélio. O Tribunal, de qualquer forma, não chegou a rechaçá-la. Nessa ADI, questionou-se a Lei nº 10.828/03, que versa sobre a aplicação da tabela progressiva do Imposto de Renda de Pessoa Física, originada do Projeto de Lei nº 101/2003, sob fundamento de que o Senado Federal não poderia ter apreciado esse projeto no início da sessão de 19.12.2003, quando ainda pendiam de apreciação as Medidas Provisórias nº 132, 133 e 134, todas de outubro de 2003. A ADI foi julgada improcedente, vencido o ministro Marco Aurélio. O Tribunal entendeu que não teria havido abuso na condução do processo legislativo; reputou razoável a interpretação de que o trancamento de pauta só ocorre após a leitura das medidas provisórias pelo Presidente no Senado, e não a partir da data em que as medidas provisórias são protocolizadas na Casa. É de notar que, nesse caso específico, as medidas provisórias foram recebidas em 17.12.2003 e lidas na própria sessão deliberativa de 19.12.2003, logo após a aprovação do Projeto de Lei nº 101/2003, que resultou na lei questionada. O caso será referido novamente no tópico da tutela jurisdicional limitada. De qualquer sorte, cumpre enfatizar: o Tribunal não repeliu a tese de que a deliberação durante o período em que a pauta deveria estar sobrestada inquina de inconstitucionalidade formal as proposições aprovadas. Antes, limitou-se a assentar não configurado o trancamento da pauta, que dependeria da leitura da medida provisória.

¹⁰¹ Artigo 60, § 1º: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.

travestido de *um não fazer* – não deliberar. Trata-se de uma espécie de *obstrução* generalizada em espaço que a Constituição expressamente proíbe¹⁰². Nesse cenário, é de indagar: por que o Congresso Nacional simplesmente não analisa os vetos e os mantém explicitamente?

A primeira resposta a vir à mente toma de empréstimo uma das causas apontadas para a judicialização da política. Assim como “atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade [evitando] o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”¹⁰³, poder-se-ia imaginar que o Congresso Nacional opta pelo silêncio sobre os vetos, pela inércia deliberada, para abster-se de posicionar-se abertamente sobre temas polêmicos. Nesse contexto, o Poder Legislativo adotaria uma postura estratégica, preferindo arcar com a imagem de negligente a enfrentar discussões politicamente custosas.

Essa resposta, porém, não resiste à análise dos três vetos mais antigos pendentes de apreciação. São eles o veto apostado ao §12, que se pretendia incluir no artigo 22 da Lei 8.212/91, ao Projeto de Lei nº 76/2001 e ao Projeto de Lei nº 6/2002. Os vetos foram lidos no Congresso Nacional, respectivamente, em 27.03.2001, 05.06.2001 e 27.06.2002. O primeiro veto, parcial, foi apostado a dispositivo que pretendia dispensar as instituições religiosas do pagamento de contribuição previdenciária incidente sobre o valor pago a ministros de confissão e a membros de congregação¹⁰⁴. O dispositivo foi vetado sobretudo porque excluía tais pessoas do Regime Geral da Previdência e, por conseguinte, dos benefícios previdenciários, o que caracterizaria discriminação injustificada.

¹⁰² A obstrução é um recurso utilizado para impedir o prosseguimento dos trabalhos. Em geral, é mecanismo empregado pela oposição para se fazer ouvir, o qual conta com respaldo regimental (artigo 82, §6º, da Câmara dos Deputados). Uma vez declarada a obstrução pelo líder, a presença de seus liderados deixa de ser computada para efeito de quórum. A obstrução é feita, também por outros meios, como pronunciamentos, pedidos de adiamento, formulação de questão de ordem, saída do Plenário etc.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, p. 3-42, out./dez. 2009. p. 8. O artigo também foi publicado na internet, sob o título *No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>. Acesso em 13.06.2011.

As demais causas apontadas pelo Professor para a judicialização da política e das relações sociais são: (i) “o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil” e (ii) “a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”.

¹⁰⁴ Mensagem de Veto 2.114/2000, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2000/Vep2114-00.pdf. Acesso em 12.06.2011.

O segundo veto, total, incidiu sobre o Projeto de Lei nº 76/2001, que dispõe sobre a criação de Programa de Orientação Sexual, de Prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis e de Uso de Drogas. O presidente da República entendeu ser o projeto de lei contrário ao interesse público, por duas razões: primeira, porque desconsiderava a autonomia das unidades de ensino, conferida principalmente pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação; segunda, porque estava em andamento sugestão, de caráter não-compulsório, de novos Parâmetros Curriculares Nacionais, que englobavam os temas versados no projeto de lei censurado.¹⁰⁵

Por fim, o terceiro veto, também total, incidiu sobre o Projeto de Lei nº 6/2002, que, ao criar a complementação de aposentadoria, visava, na prática, a estender o regime de aposentadoria estatutário aos empregados dos Correios, os quais são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O projeto foi vetado por inconstitucionalidade e por contrariedade ao interesse público¹⁰⁶, sob o fundamento central de que afrontava o princípio da isonomia, o artigo 195, §5º, da Constituição, que impede a criação ou majoração de benefício social sem a correspondente fonte de custeio, e o artigo 169, que veda a concessão de vantagem a servidores à conta do Tesouro Nacional, sem prévia dotação orçamentária.

Observa-se que os três vetos não versam sobre temas polêmicos, tampouco politicamente custosos. Embora tenham sido analisados apenas esses no universo de 2.180, da leitura da *Ordem do Dia* 09.06.2011 do Congresso Nacional, pode-se afirmar que essa é a realidade da maior parte dos vetos pendentes de apreciação. Deliberar sobre eles dificilmente causaria comoção à sociedade ou desgaste político-eleitoral aos parlamentares. Volta-se, então, à pergunta inicial: por que o Congresso Nacional queda-se inerte e deixa de examiná-los explicitamente, em desrespeito manifesto à Constituição? Talvez porque a análise da maioria dos vetos não resulte em ganho político – força motriz da maior parte dos parlamentares. Nesse cenário cético, o cumprimento dos ditames constitucionais, por si só, consistiria em incentivo fraco para movimentar o Legislativo.

Pode haver ainda outra explicação: talvez o Legislativo não queira arcar com o ônus político de endossar aberta e sistematicamente a decisão presidencial, de

¹⁰⁵ Mensagem de Veto nº 317/2002, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/2002/Mv317-02.htm. Acesso em 14.06.2011.

¹⁰⁶ Mensagem de Veto nº 423/2002, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/2002/Mv423-02.htm. Acesso em 14.06.2001.

maneira a reconhecer expressamente a influência decisiva e, quiçá, excessiva desse ator político no processo legislativo¹⁰⁷. Se, por um lado, o mérito dos vetos pode ser pouco relevante, talvez não o seja o reconhecimento de que a vontade presidencial quase sempre prevalece. O Congresso pode querer eximir-se da responsabilidade pela manutenção do veto. Com a inércia, a mensagem subliminar é a conservação da censura presidencial. Mas não se assume isso expressamente. O ônus de se reconhecer o papel hegemônico do presidente da República pode, portanto, ser a causa para que parlamentares optem por arcar com a imagem de negligentes, que não se revela tão negativa no que diz respeito aos vetos, já que o grande público não acompanha o tema de perto.

Deixadas as especulações de lado, fato é que tal postura viola o devido processo legislativo, o disposto no artigo 66, §4º e 6º, bem como o princípio da separação entre os poderes. Ao definir a interação entre o Legislativo e o Executivo no processo de elaboração normativa, a Constituição impôs uma agenda àquele, obrigando-o a controlar explicitamente a decisão de veto do presidente da República. Trata-se de dever jurídico, e não de direito compreendido na titularidade dos parlamentares. Se os vetos fossem examinados ou, ao menos, se a regra do sobrestamento fosse observada, é bem provável que o Executivo adotasse postura mais cautelosa ao censurar projetos de lei, até mesmo para evitar derrotas políticas. O cenário atual estimula o veto caprichoso, o veto como nova decisão puramente política, destituído de fundamentação robusta.

¹⁰⁷ Sob pena de se incorrer em reducionismo, não se pode comparar, em números absolutos, a quantidade de vetos no Brasil e nos Estados Unidos, sem atentar para certas peculiaridades. De qualquer sorte, apenas a título de curiosidade, vale registrar que, desde 2009, o presidente Barack Obama apenas vetou um projeto de lei. O presidente George W. Bush, no exercício dos dois mandatos, vetou doze projetos de lei, entre os quais quatro foram derrubados. Para maiores informações, conferir:

<http://www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoes/vetoCounts.htm>. Acesso em 11.06.2011.

Todos os vetos apostos pelos dois presidentes foram *vetos regulares*. Nos Estados Unidos, há dois tipos de veto: o veto regular e o *pocket veto* (veto de bolso na tradução literal). O primeiro é semelhante ao existente no Brasil. O presidente da República censura o Projeto de Lei e encaminha suas razões ao Congresso, que poderá rejeitá-lo por quórum de 2/3. O segundo veto – *pocket veto* – relaciona-se à inércia do presidente da República. Nos Estados Unidos, se o presidente da República não vota o projeto de lei no prazo de dez dias, a lei é considerada sancionada. Até aqui, afóra o prazo, nenhuma diferença significativa em relação à disciplina brasileira, em que a sanção tácita ocorre se o presidente da República permanece silente por quinze dias. Nos Estados Unidos, porém, a sanção tácita somente se verifica se o Congresso Nacional estiver em pleno funcionamento e na mesma legislatura. Vale dizer: se terminar a legislatura ou se o Congresso entrar em férias ou recesso, a inércia presidencial acarretará o *pocket veto*, que não pode ser rejeitado, de modo que, para tornar-se lei, o projeto deverá ser reapresentado e deverá passar, mais uma vez, por todo trâmite legislativo. A propósito, conferir RODRIGUES, Ernesto. *Op. cit.* p. 78 e s/s, bem como KOSAR, Kevin. R. *Regular Vetoes and Pocket Vetoes: An Overview*, este disponível em: <http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/RS22188.pdf>. Acesso em 10.06.2011.

Ademais, a ausência de apreciação impede o embate de ideias não só sobre o mérito do veto, mas também sobre o próprio papel de destaque do presidente da República na condução do processo legislativo. A atividade parlamentar perde, assim, transparência e, por conseguinte, controlabilidade (*accountability*), o que contribui para aumentar a distância entre representantes e representados. De fato, sem a deliberação expressa, não é possível saber como esse ou aquele parlamentar se posicionaria. A ausência de apreciação dos vetos revela, ainda, a falta de *vontade de Constituição*, o que compromete a respectiva força normativa, além de enfraquecer o Poder Legislativo, que perde ainda mais protagonismo, ficando à deriva das principais decisões tomadas pelo Estado. Impõe-se, portanto, o exame tempestivo do veto, de maneira a afastar a violação constitucional e a concretizar o devido processo legislativo e o princípio da separação entre os Poderes.

2.3 A prática orçamentária

O orçamento é outro domínio a ser explorado em prol do fortalecimento do Legislativo. Em artigo interessante, intitulado “*Legislativos Fortes, Democracias Fortes*”¹⁰⁸, o professor de ciências políticas M. Steven Fish chama a atenção para o intenso debate acerca de qual o melhor sistema de governo para robustecer a democracia. Enfatiza que, embora as discussões entre defensores do parlamentarismo, do presidencialismo, do semi-presidencialismo e de outras variações tenham produzido *insights* interessantes, elas são inconclusivas, porquanto, destaca o professor, o sistema de governo não indica necessariamente onde o poder reside. Os Estados Unidos, o México e o Uzbequistão, por exemplo, adotam o regime presidencialista. Nem por isso apresentam idêntico equilíbrio entre os Poderes. Enquanto o Legislativo dos Estados Unidos é forte, o do México é fraco e o do Uzbequistão é mais fraco ainda. M. Steven Fish propõe uma abordagem nova, que consiste em verificar a relação entre a força do Poder Legislativo e a concretização da democracia. Ao final do artigo – que compreende a análise empírica dos países ex-comunistas à exceção da Bósnia, do Turcomenistão, da

¹⁰⁸ Tradução livre. FISH, M. Steven. Stronger Legislatures, Stronger Democracies. DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F (ed). *Democracy: a reader*. The Johns Hopkins University Press. Baltimore. p.197-210.

Sérvia e de Montenegro –, conclui haver vigorosa conexão: à medida que cresce a importância do Poder Legislativo, maior é a concretização dos ideais democráticos.

A aferição da força do Legislativo de cada país é feita pelo Índice de Poderes do Legislativo (*Parliamentary Powers Index – PPI*), criado pelo Autor juntamente com Matthew Kroenig. O índice resulta da confirmação ou negação de 32 assertivas a propósito do Poder Legislativo. Para obtê-lo, o número de confirmações deve ser dividido pelo número de assertivas (32). Quanto maior o índice, mais forte, para o Autor, é o Legislativo do país. Há afirmações acerca do regime de derrubada de veto, da competência para a deflagração do processo legislativo, do procedimento de emenda à Constituição, do interesse dos parlamentares em se reelegerem, da necessidade de aprovação legislativa para declaração de guerra, da imunidade dos congressistas, da regularidade do funcionamento do Legislativo, etc¹⁰⁹.

Uma assertiva chama especial atenção: refere-se ao caráter vinculante das leis orçamentárias¹¹⁰. No Brasil, não há essa vinculação – menos um ponto para o Poder Legislativo brasileiro. Apenas a título de curiosidade: se nossas respostas estiverem corretas¹¹¹, o índice do Legislativo brasileiro (PPI) é de 0,5625, o que o coloca próximo, em relação a força, ao Legislativo da Armênia (PPI: 0,53), da Ucrânia (PPI: 0,50)¹¹² e da Geórgia (0,59), mas atrás do Legislativo da Letônia, da Mongólia, da Bulgária, da Eslovênia, da Macedônia, da República Checa, da Albânia, da Estônia, da Croácia, da Lituânia, de Moldova, da Romênia, da Eslováquia, da Hungria e da Polônia. Apenas o Legislativo do Azerbaijão, da Rússia, do Quirguistão, do Tadjiquistão, do Cazaquistão, de Belarus e do Uzbequistão são ainda mais fracos do que o brasileiro.

No Brasil, o orçamento é uma peça de faz-de-conta.¹¹³ Depois de um procedimento complexo¹¹⁴, o Congresso Nacional aprova a lei orçamentária anual, a qual é considerada mera *autorização*. Isso quer dizer que, de um lado, ao Poder

¹⁰⁹ Conferir o questionário, que se encontra no Anexo A.

¹¹⁰ Eis a assertiva original: “Expenditure of funds appropriated by the legislature is mandatory; the executive lacks the power appropriated by the legislature”. Tradução livre: “O uso de verba determinado pelo Legislativo é compulsório; falta ao Executivo o poder de usar verba sem autorização do Legislativo”.

¹¹¹ Também responderam ao questionário a mestrandia Daniela Giacomet e o doutorando Eduardo Mendonça, a quem agradeço.

¹¹² Desconsideradas as reformas havidas na Ucrânia em 2005, com o propósito de fortalecer o Poder Legislativo daquele país.

¹¹³ Sobre o tema, conferir MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de Mendonça. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

¹¹⁴ A propósito, conferir os artigos 165 e seguintes da Constituição Federal e a Resolução nº 01/2006 do Congresso Nacional. Esta estabelece uma série de restrições aos direitos dos parlamentares, motivo pelo qual sua constitucionalidade é questionada por Eduardo Mendonça. Conferir, MENDONÇA, Eduardo. *Op.cit.* p. 57 e seguintes.

Executivo é vedado realizar despesas sem previsão na lei orçamentária¹¹⁵; mas, de outro, ele não é obrigado a empregar os recursos nas dotações orçamentárias previstas em lei. Na prática, o que ocorre? Depois de editada a lei orçamentária, o Poder Executivo simplesmente corta recursos destinados a diversas dotações¹¹⁶.

Em análise apressada, a atitude poderia soar como positiva. O Poder Executivo estaria economizando, poupando recursos públicos, o que parece ser algo digno de elogio. Essa conclusão, porém, não resiste à reflexão. Na verdade, ao cortar recursos mediante decisão unilateral e desprovida de fundamentação, o Poder Executivo simplesmente ignora importantes decisões políticas tomadas pelo Legislativo. O Estado é mero instrumento para a realização de direitos fundamentais. A concretização desses direitos passa, em larga medida, pela existência de verbas orçamentárias. De nada adianta, a previsão legal de que os presos têm direito ao exercício de atividades profissionais, intelectuais, artística e desportivas¹¹⁷, se não há recursos para viabilizá-las. Os recursos são essenciais para o cumprimento das decisões legislativas. O problema é que, na prática, mediante decreto e sem fundamentação alguma, o Executivo pode simplesmente cortar as verbas alocadas na lei orçamentária, de modo a tornar inócuas as decisões legislativas¹¹⁸.

¹¹⁵ É vedado **em regra**, porquanto há a possibilidade de o Executivo valer-se dos créditos adicionais, que se dividem em três espécies: suplementares; especiais e extraordinários. Os créditos suplementares têm como propósito aumentar dotações já existentes, são abertos por decreto e dependem de autorização legislativa. O artigo 165, §8º, da CF/88 possibilita que a autorização seja concedida já na lei orçamentária. Os créditos especiais destinam-se a fazer frente a despesas não previstas no orçamento. São abertos mediante decreto e também dependem de autorização legislativa, que deve ser específica. Por fim, como o nome sinaliza, os créditos extraordinários destinam-se a suprir necessidades urgentes e imprevisíveis. São abertos por medida provisória, na forma do artigo 167, §3º: “A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62”. Conforme noticiado anteriormente, superando jurisprudência anterior, segundo a qual lei orçamentária não poderia ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, nas ADI 4048 e 4049, declarou a inconstitucionalidade de medidas provisórias que instituíam crédito extraordinário em inobservância ao artigo 167, §3º, da CF/88.

¹¹⁶ A Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe, no artigo 8º, que, até 30 dias depois da publicação dos orçamentos, “o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso”. É nessa oportunidade que o Poder Executivo anuncia os contingenciamentos. No ano corrente, os cortes orçamentários, veiculados pelo Decreto 7.445/2011, atingiram a marca de R\$ 50,1 bilhões. A redação do artigo 1º do referido Decreto simboliza a indiferença do Poder Executivo para com a lei orçamentária: “*Art. 1º Os órgãos, os fundos e as entidades do Poder Executivo, integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, poderão empenhar as dotações orçamentárias aprovadas na Lei nº 12.381, de 9 de fevereiro de 2011, observados os limites estabelecidos no Anexo I deste Decreto.*”

¹¹⁷ Artigo 41, inciso VI, da Lei de Execução Penal.

¹¹⁸ No ponto, vale transcrever a crítica de Eduardo Mendonça: “O problema surge na execução do orçamento. Salvo pelas chamadas obrigações legais, referidas acima, nada impede que o Executivo retenha as verbas que dariam concreção às decisões orçamentárias, aprovadas pelo Poder Legislativo. Em muitos casos, aliás, as decisões orçamentárias estarão concretizando leis anteriores: imagine-se o Fundo Penitenciário Nacional ou os Conselhos Tutelares, instituídos por lei e cujas atividades são dimensionadas, a cada ano, pelo volume de recursos que recebem. Se esses órgãos forem deixados à mingua pela retenção de recursos, não estará ocorrendo asfixia de uma decisão legislativa? Ainda quando não seja possível identificar uma lei, a decisão orçamentária em si mesma deve ser considerada uma decisão legislativa. Lembre-se do exemplo do orçamento: a aprovação de um crédito de 300 milhões para atender a uma necessidade social notoriamente negligenciada

Os dados revelam a dimensão dos cortes¹¹⁹. Em 2005, apenas foram liberados R\$ 4.066,00 do valor destinado a programa para aumentar a eficiência energética, embora estivessem previstos, na lei orçamentária, R\$ 1.294.701,00. Ou seja, foram cortadas 99,68% das verbas, a despeito da necessidade notória de se investir em eficiência energética. Outro exemplo refere-se ao sistema penitenciário, para o qual foram liberados apenas 58,2% dos recursos previstos na lei orçamentária, apesar do estado crítico em que estão os estabelecimentos prisionais.

Para justificar os cortes do Executivo, não é dado sustentar a incompatibilidade da lei orçamentária com a realidade financeira do Estado. Além de a iniciativa da lei orçamentária ser privativa do presidente da República¹²⁰, os parlamentares, no curso da deliberação, estão sujeitos a uma série de restrições, entre elas, a impossibilidade de aumentar a despesa global¹²¹. Logo o contingenciamento não pode ser imputado à atuação legislativa.

O contingenciamento tampouco pode ser atribuído a fatores imprevisíveis. Pressupõe-se que, ao elaborar o projeto de lei orçamentária, o Poder Executivo atue amparado em informações e técnicas confiáveis para estimar receitas e gastos. É evidente que fatores múltiplos podem influenciar a arrecadação e as despesas, de modo a exigir ajustes. Em regra, esses ajustes devem ser apenas pontuais. Não se justifica que, ano após ano, o Executivo proceda a cortes significativos e de maneira

não é uma decisão? Ainda mais quando se pensa que 300 milhões não irão resolver o problema, mas certamente podem ajudar mais do que 200 e menos do que 400. É inevitável reconhecer que existe uma decisão. Sendo assim, como negar que a liberação de apenas metade do valor previsto equivale a uma contradecisão?" (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op. cit.* p. 197).

¹¹⁹ Dados colhidos de MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.* p.94 e s/s

¹²⁰ "Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais".

¹²¹ "Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

- I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;"
- "Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...)

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

- I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;
- II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

- a) dotações para pessoal e seus encargos;
- b) serviço da dívida;
- c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou
- III - sejam relacionadas:

- a) com a correção de erros ou omissões; ou
- b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual."

global. Se as reservas e o cumprimento de metas demandam tanto assim, compete ao Executivo, em face de experiências anteriores, destinar verbas para tais finalidades no projeto de lei submetido à análise do Parlamento. O corte, como ressalta Eduardo Mendonça¹²², é uma decisão orçamentária e, como tal, deve receber tratamento jurídico adequado, ou seja, deve passar previamente pelo crivo do Legislativo. Tolerar cortes feitos pelo Executivo mediante decreto significa admitir alocação de recursos sem prévia autorização legislativa, o que é inconstitucional à luz do artigo 167¹²³. Os contingenciamentos consubstanciam, portanto, um *drible* à necessidade de autorização legislativa prévia em matéria orçamentária¹²⁴.

A prática atual – que concebe a lei orçamentária como mera autorização – fomenta, ainda, barganhas políticas, porquanto o presidente da República pode liberar seletivamente os recursos orçamentários, a fim de auferir ganhos políticos, sobretudo em ano eleitoral. Um exemplo é a execução de emendas parlamentares individuais. Parte do orçamento é destinada a elas¹²⁵. Em geral, as emendas individuais são automaticamente aprovadas, a sinalizar a ausência de deliberação efetiva¹²⁶. O valor máximo das emendas por parlamentar é fixado no parecer do relator do orçamento. Em 2011, por exemplo, correspondeu a R\$ 13 milhões. O valor é inexpressivo de uma perspectiva macro, pois insuficiente para programas amplos e profundos, ao passo que é significativo para benfeitorias pontuais em currais eleitorais. As emendas individuais revelam, assim, que “o *paroquialismo* é *institucionalizado*”¹²⁷. Por vezes há quem proponha que sejam extirpadas, posição

¹²² MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op. cit.* p. 305.

¹²³ Ressalvada a disciplina dos créditos extraordinários, que, consoante preconiza o artigo 167, §3º, da CR/88, podem ser instituídos por medida provisória para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. No mais, eis o que estabelece o artigo 167: “Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

(...)

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

(...)

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.”

¹²⁴ O objetivo aqui não é criticar o aumento de metas às custas de investimentos. As metas certamente são necessárias para a economia. O problema é a maneira pela qual essas decisões são tomadas – de forma unilateral pelo Poder Executivo, sem participação do Congresso Nacional, à revelia, portanto, da Constituição.

¹²⁵ O valor corresponde a 1% da receita líquida corrente.

¹²⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Op. cit.* p. 56.

¹²⁷ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Op. cit.* p. 56.

com a qual concordamos¹²⁸. Na medida em que as emendas individuais representam expediente eleitoreiro, a liberação dos recursos correspondentes assume especial importância nas barganhas políticas. A execução orçamentária transforma-se em valiosa moeda de troca. Para manipular condutas parlamentares, basta que o Poder Executivo proceda de forma estratégica, liberando as emendas de maneira seletiva^{129 e 130}.

As emendas individuais são o aspecto mais visível do problema. Praticamente todo o orçamento¹³¹ está sujeito a negociações desse tipo, nada republicanas, que não só envolvem o Legislativo, mas também estendem-se ao setor privado. E isso tudo porque prevalece a concepção de que a lei orçamentária não obriga, competindo ao Poder Executivo a liberação de recursos a seu bel prazer. Se preponderasse o entendimento de que é vinculante, o espaço para barganhas políticas ficaria reduzido¹³².

Salvo raras exceções¹³³, a doutrina respalda a prática atual de se considerar a lei orçamentária mera *autorização* para que o Poder Executivo utilize as verbas públicas. Dois fundamentos são comumente invocados para embasar essa compreensão¹³⁴. O primeiro consiste na caracterização da lei orçamentária como lei apenas em sentido formal. O conteúdo corresponderia a um ato administrativo de efeito concreto. Como consequência, a lei orçamentária veicularia mera autorização, não sendo de observância obrigatória. O segundo fundamento diz respeito às

¹²⁸ Nesse sentido, Eduardo Mendonça. Em entrevista, o ministro Jorge Hage da Controladoria-Geral da União também defendeu o fim das emendas parlamentares individuais, cujos recursos, muitas vezes, são desviados. Disponível: http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=12&cod_publicacao=35621. Acesso em 24.05.2011.

¹²⁹ Eis o depoimento do deputado Chico Alencar a propósito das emendas individuais: "Algo considerado normal que eu acho absurdo é deputado viver no Palácio do Executivo. Lá não é lugar para deputado estar. O Poder Executivo tem um papel, o Poder Legislativo tem outro, que é inclusive, de fiscalização do Executivo, e não de dependência.

O que mais movimenta os deputados, sempre ressalvando que há exceções honrosas, é a emenda individual parlamentar. (...) Os deputados ficam desesperados para liberar esses recursos dessas emendas, a fim de manter a sua base eleitoral, o seu curral eleitoral. É um despachante de luxo. Por isso, a maioria quer ficar na base do governo. Porque sem emendas não se tem eleitor. Digamos que são mandatos de resultados, mas resultados que apequenam a boa prática política, confundem a ideia de direitos. É muito ruim nesse sentido."

¹³⁰ Para evitar o contingenciamento das verbas destinadas a emendas individuais, os parlamentares pretendem, em 2012, destinar as emendas parlamentares individuais a áreas contempladas pelo PAC, cuja execução costuma ser implementada pelo Poder Executivo. A informação foi extraída da reportagem de Janary Júnior, editada por Daniela Cronemberger. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/197170.html>. Acesso em 19.05.2011.

¹³¹ Praticamente porque algumas verbas são de emprego compulsório, não por estarem previstas na Lei Orçamentária, mas por conta de outros diplomas normativos.

¹³² Em defesa do orçamento impositivo, conferir NÓBREGA, Mailson da. *Orçamento Atrasado*. Veja. São Paulo: Editora Abril, edição 2227, ano 44, n. 30, 27 de julho de 2011, que aponta o orçamento autorizativo como um espaço fecundo para a corrupção.

¹³³ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.*

¹³⁴ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.* p.211 e s/s.

supostas consequências de compreender a lei orçamentária como imperativa. Sustenta-se que, a prevalecer esse entendimento, terceiros poderiam recorrer ao Judiciário, para deduzir pretensões de que o Estado empregue recursos dessa ou daquela forma no âmbito das respectivas dotações orçamentárias.

Quanto ao primeiro fundamento, ainda que fosse procedente a premissa de que a lei orçamentária apenas é lei em sentido formal e corresponde, em sentido material, a um ato de efeitos concretos, ela não conduziria à conclusão de que não haveria efeito vinculante. A imperatividade é um atributo dos atos estatais. Atos de efeitos concretos são, em regra, cogentes¹³⁵. Há atos e mesmo leis autorizativas, como, por exemplo, uma lei que autorize o Poder Executivo a alienar um bem público. Nesses casos, porém, o caráter de autorização depende-se do ordenamento jurídico ou do próprio enunciado do ato. Não é dado presumir que atos do Estado veiculem meras autorizações. A presunção é oposta – em regra, eles são de observância compulsória, a não ser que se extraia o contrário diretamente do seu texto ou de algum diploma normativo, o que não é o caso da lei orçamentária¹³⁶.

Ademais, a premissa – de que a lei orçamentária apenas é lei em sentido formal – pode ser questionada. A lei formal diferencia-se da material por ser destituída de generalidade e abstração, ou seja, por não conter normas que disciplinam relações em abstrato¹³⁷. Normalmente, a lei orçamentária é tida como lei formal. Porém, esse diploma encerra as opções sobre *quanto* alocar na concretização de *quais* direitos. É na lei orçamentária que se definem as prioridades estatais – saúde, educação, saneamento básico, produção de energia ou assistência social etc. Por meio dela, são tomadas decisões políticas fundamentais, haja vista a escassez dos recursos e a infinitude das demandas. A lei orçamentária consolida, portanto, uma *pauta de prioridades*¹³⁸. Suas disposições projetam-se sobre um sem-número de relações, na medida em que, ao definir a alocação de recursos, condiciona toda a atividade da Administração¹³⁹. Nesse contexto, até mesmo a

¹³⁵ Como exemplifica Eduardo Mendonça, um ato que altere o nome de uma rua é de observância obrigatória. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.* p.215.

¹³⁶ Como demonstra Eduardo Mendonça, não prevalece a óptica segundo a qual o artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal permitiria a distinção entre despesas autorizadas e despesas obrigatórias. Conferir MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.* 107 e s/s.

¹³⁷ Conferir, a propósito, acórdão da ADI 647. Relator ministro Moreira Alves. DJ 27.03.1992.

¹³⁸ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.*

¹³⁹ Depreende-se do acórdão proferido no julgamento da medida cautelar na ADI 4049, que tem como objeto medida provisória mediante a qual se abriu crédito extraordinário: “Acrescento: em se tratando de lei orçamentária, avulta um traço peculiar: abaixo da Constituição não há lei mais importante para a Administração Pública, porque o orçamento anual é o diploma legal que mais influencia o destino de toda a coletividade

premissa de que seria destituída de qualquer grau de generalidade e abstração comporta controvérsia.

O segundo fundamento invocado para a compreensão de que a lei orçamentária seria destituída de imperatividade reside na necessidade de impedir que, com base nela, sejam deduzidas pretensões individuais, o que, em última análise, poderia levar o Estado ao caos. O fundamento não procede, pois a lei orçamentária não descreve medidas específicas a serem implementadas. Assim, não se poderia sustentar, com base nela, que o indivíduo “A” tem direito subjetivo a que o Estado lhe proveja ensino superior. Se por acaso a lei orçamentária descer a detalhes e estabelecer condutas específicas que não invadam a esfera de *reserva da Administração*¹⁴⁰, nada mais consentâneo com o princípio da juridicidade do que o seu cumprimento. Não é dado presumir que o legislador, no âmbito do orçamento, atuará de forma tão irresponsável a ponto de inviabilizar o funcionamento da máquina pública.

A par de a execução orçamentária dar-se à revelia do devido processo legislativo, o procedimento de elaboração da lei orçamentária também merece crítica. Há uma série de limitações, de constitucionalidade duvidosa, à atuação parlamentar durante a tramitação do projeto de lei orçamentária¹⁴¹. Entre as restrições¹⁴², introduzidas pela Resolução nº 01/2006 do Congresso Nacional¹⁴³, destacam-se as impostas aos relatores, às comissões permanentes e às bancadas

administrada, na medida em que fixa todas as despesas e prevê todas as receitas para um determinado exercício financeiro. Donde se chamar a lei orçamentária de lei de meios. Deixá-la de fora do controle de constitucionalidade em processos objetivos parece um dar às costas ao reconhecimento de uma relevância que é tão intrínseca quanto superlativa. Lei orçamentária que, formalmente, é de natureza ordinária, não se nega. Materialmente, porém, é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre toda a máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda a sociedade”. (Trecho do voto do Relator, ministro Ayres Britto).

¹⁴⁰ Conforme salienta Arícia Fernandes Correia, “a reserva de administração em sentido estrito em face do Parlamento equivaleria a um núcleo funcional de administração pública infenso à intervenção legislativa, o que impediria a ingerência do legislador em matérias sujeitas à exclusiva competência do administrador público *in concreto* [...] O parlamentar não poderia, a pretexto de legislar, administrar” (p. 597). Há, por exemplo, reserva de administração para a celebração de acordos, convênios e contratos. CORREIA, Arícia Fernandes. *Reserva de Administração e Separação de Poderes*. Barroso, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2007. p. 575-612.

¹⁴¹ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op. cit.* p. 57 e, ainda, p. 115 e s/s especificamente sobre a DRU – desvinculação das receitas da União. Às fls. 283 a 296, o Autor sintetiza as limitações que não deveriam ser admitidas.

¹⁴² A questão, que é árida, foi muito bem sistematizada por Eduardo Mendonça. Conferir: MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op. cit.* p. 58.

¹⁴³ Novas restrições à apresentação de emendas podem ser introduzidas por meio do parecer preliminar do Relator-Geral, que pode conter limitações à apresentação de emendas por parlamentares e apenas precisa ser aprovado pela maioria simples da Comissão Mista de Orçamento, a qual é composta por 33 parlamentares. Em 2008, por exemplo, foram blindadas as verbas do plano de aceleração do crescimento (PAC). MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op. cit.* p. 289.

estaduais. Além do relator-geral do orçamento, há o relator para exame da receita pública e os relatores setoriais. Com exceção do relator-geral, os demais apenas podem fazer emendas destinadas a corrigir erros ou sanar omissões.

As comissões permanentes, por seu turno, além de estarem submetidas a um número máximo de emendas, devem ater-se ao respectivo âmbito temático ao sugerir remanejamentos e – o que parece mais grave – devem manter a natureza inicial da despesa (gasto com pessoal, com investimento etc). As bancadas estaduais estão, igualmente, sujeitas a limitações numéricas e temáticas. Quanto a estas, além de estarem restritas à parcela do orçamento destinada ao respectivo estado, o que parece razoável para evitar guerras orçamentárias nos moldes das guerras fiscais, as bancadas participam de maneira bastante pontual do orçamento, porquanto as verbas remanejadas devem permanecer no mesmo órgão inicialmente contemplado e com idêntica natureza.

Como bem demonstra Eduardo Mendonça¹⁴⁴, tais restrições cerceiam o debate e fazem com que a atuação do Congresso Nacional volte-se ao detalhe, ao aspecto *micro* do orçamento, às decisões específicas – atribuição oposta à qual está vocacionado. O Congresso Nacional tem mais *capacidade institucional* para deliberar sobre o aspecto macro do orçamento – para decidir se o Estado deve gastar mais em saúde, em assistência ou em educação; para decidir se os valores aplicados em publicidade são razoáveis ou demasiados. Faltam-lhe condições técnicas, políticas e democráticas para decidir, por exemplo, se a Polícia Federal deve investir mais ou menos em informática ou em cursos de aprimoramento dos seus agentes. Há, portanto, uma inversão: por conta das restrições, o Congresso está fadado a fazer o que não está apto, enquanto deixa de definir as prioridades político-orçamentárias, justamente sua missão constitucional.

Nesse contexto, Eduardo Mendonça propõe, entre outras mudanças, o fim dessas limitações impostas por normas internas do Poder Legislativo, de maneira a não haver restrição numérica para emendas coletivas (de comissões e de bancadas) tampouco condicionamento a área temática, região geográfica, órgão contemplado ou natureza de despesa. Propõe, também, o fim das emendas individuais. No que diz respeito à execução orçamentária, defende uma inversão da prática atual, para

¹⁴⁴ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.* p. 287.

torná-la compatível com a Constituição, de modo a viabilizar o controle político e social. Sustenta o que chama de *vinculação autêntica* da lei orçamentária.

Por essa óptica, a lei orçamentária não é concebida como mera autorização, mas sim como diploma normativo dotado de imperatividade, como o são as leis e os atos do Estado em geral. Disso decorre a observância compulsória que lhe é inerente. Eventuais modificações orçamentárias devem seguir a disciplina constitucional dos créditos adicionais. Se o Poder Executivo desejar contingenciar verbas para cumprir metas, deverá obter, para tanto, autorização legislativa, sendo-lhe vedado deixar simplesmente de aplicar as verbas nas dotações correspondentes. A vinculação, adverte o Autor, não significa “*um dever genérico de gastar, e sim um dever de concretizar as dotações orçamentária de forma razoável*”

145

De fato, cumpre alterar a prática orçamentária atual, para torná-la condizente com a Constituição. Temos dúvida apenas quanto a excluir uma das limitações impostas às bancadas estaduais, qual seja, a exigência de as emendas aterem-se ao orçamento destinado ao respectivo estado. Como antecipado, o receio é que haja uma guerra orçamentária nos moldes das guerras fiscais, de maneira a favorecer o Estado com o maior número de representantes na Comissão Mista de Orçamento ou ainda a formar blocos regionais para favorecer essa ou aquela região em detrimento das demais. Afora esse aspecto, procedentes são as ponderações Eduardo Mendonça. A prática atual de elaboração e de execução orçamentária é uma forma de mitigação do devido processo legislativo, mais precisamente do devido processo legislativo orçamentário. Para revigorar o Poder Legislativo, é preciso invertê-la.

2.4 O poder excessivo dos líderes

O poder excessivo dos líderes é outro ponto que demanda alteração. No início das legislaturas, a maioria, a minoria, o governo e os deputados agrupados por

¹⁴⁵ Eduardo Mendonça propõe, ainda, uma *vinculação mínima*, que, embora esteja aquém das exigências constitucionais, já representaria avanço significativo em relação à prática atual. Por essa proposta – feita de maneira subsidiária em relação à principal, ou seja, válida apenas no caso de não ser endossada a proposta inicial de vinculação autêntica –, o Poder Executivo estaria obrigado a fundamentar todas as suas decisões orçamentárias de maneira inteligível, a fim de possibilitar o controle político e social (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *Op.cit.* p. 343 a 346).

partido ou bloco parlamentar com mais de cinco membros elegem os respectivos líderes¹⁴⁶. A estes compete, por exemplo, indicar os membros de comissões e fazer uso da palavra, livre de aparte, em qualquer momento da sessão, por tempo proporcional ao tamanho da bancada representada, com o mínimo de três e o máximo de dez minutos¹⁴⁷. O partido com bancada igual ou inferior a cinco membros da Casa é destituído de Liderança, mas pode indicar um integrante para expressar a posição do partido e para utilizar a palavra uma vez por semana, por cinco minutos, durante o período destinado às Comunicações de Liderança¹⁴⁸. No Senado, igualmente, a maioria, a minoria, o governo e os parlamentares, agrupados por bloco ou por partido, indicam os respectivos líderes, que têm também prerrogativa diferenciada para fazer uso da palavra¹⁴⁹.

Os poderes dos líderes não param aí. São mais extensos. O Regimento Interno do Senado prevê o chamado *voto de liderança* no inciso II do artigo 293, cuja redação é a seguinte: “o voto dos líderes representará o de seus liderados presentes, permitida a declaração de voto em documento escrito a ser encaminhado à Mesa para publicação”. O antigo Regimento Interno da Câmara também continha dispositivo semelhante – o artigo 176, segundo o qual a “(...) manifestação do voto dos líderes representará o voto de seus liderados, permitida a declaração de voto”¹⁵⁰.

A redação de ambos os preceitos é dúbia. A expressão *permitida a declaração de voto*, contida na parte final dos dispositivos, faculta antever a possibilidade de o parlamentar dissentir do respectivo líder e votar em sentido contrário. Essa, porém, não era a interpretação adotada quanto ao antigo regimento da Câmara, tampouco é a interpretação vigente quanto às atuais normas internas do Senado. Prevalece o entendimento de que o voto de liderança confere ao líder o poder de representar a bancada nas votações mesmo contra a vontade dos

¹⁴⁶ Artigo 11 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

¹⁴⁷ Artigo 10 do RICD.

¹⁴⁸ Artigo 9, §4º, do RICD.

¹⁴⁹ Artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

¹⁵⁰ Eis a íntegra do dispositivo: “Art. 176 Pelo processo simbólico, o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convidará os Deputados a favor a permanecerem sentados, e proclamará o resultado manifesto dos votos. A manifestação do voto dos líderes representará o voto de seus liderados, permitida a declaração de voto.”

liderados. Portanto, ainda que o parlamentar divirja, seu voto é computado em prol da posição manifestada pelo líder^{151 e 152}.

Com o advento da Constituição de 1988, a Câmara dos Deputados elaborou novo Regimento Interno e aboliu o mecanismo^{153 e 154}. No Regimento Comum da Câmara e do Senado, que estabelece as disposições para o Congresso Nacional, inexistia o voto de liderança. Não obstante, em caso de omissão do Regimento Comum, aplica-se o Regimento do Senado, razão pela qual há o risco de entender-se possível, também no âmbito do Congresso Nacional, essa modalidade de votação existente no Senado. Tal interpretação, porém, não se coaduna com a Constituição, que repele o mecanismo.

Aliás, quando estava em vigor, a norma regimental da Câmara que previa o *voto de liderança* teve a constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal. Em 1985, um deputado impetrou mandado de segurança preventivo para ter assegurado o direito ao exercício pleno do mandato, de maneira que pudesse votar sempre que presente às sessões legislativas. Ante o término do mandato parlamentar, o mérito do *writ* não foi apreciado.

O Procurador-Geral da República da época, Sepúlveda Pertence, que depois se tornaria ministro da Corte, chegou a proferir parecer no caso. Após classificar o voto de liderança como a contribuição do próprio Parlamento à série de instrumentos

¹⁵¹ De fato, embora a norma do regimento da Câmara fizesse menção à *declaração de voto*, a interpretação então vigente impedia que o parlamentar votasse em sentido oposto à posição do respectivo líder. Tanto é assim que, conforme se verá, o deputado Norton Correia impetrou mandado de segurança (MS – 20.499) justamente para ver assegurado o seu direito de votar sempre que presente às sessões da Câmara, ao contrário do que ocorrera na votação do projeto de lei 1.737/79, aprovado somente pelo voto dos líderes partidários. Tratava-se de *writ* preventivo. A seguinte passagem do parecer proferido no caso pelo então procurador-Geral da República, Sepúlveda Pertence, dissipa qualquer dúvida a propósito da interpretação então prevalente: “Já o instituto do voto de liderança faz, dos líderes, mandatários dos seus liderados, independentemente ou mesmo contra a vontade deles. Tanto que nem a presença do deputado na sessão e a sua manifestação contrária ao voto do líder impedirão que este tenha o peso do número total da bancada partidária”.

¹⁵² No Senado, essa é a interpretação que até hoje vigora, como nos esclareceu gentilmente, por e-mail, o analista legislativo Pérsio Henrique Barroso, que atua na Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal. Conforme informado, “o dispositivo regimental (art. 293, II, RISF) é claro ao estabelecer que, no processo de votação simbólica, o voto dos líderes representará o de seus liderados. Ou seja, conta-se simbolicamente, não nominalmente; p. ex., se um líder representa 25 liderados, seu voto conta por 25. Como havia te dito por telefone, nunca vi acontecer de um senador encaminhar declaração de voto por escrito à Mesa, como permite a parte final do texto. E, consultando um dos secretários-adjuntos, ele também me confirmou que isso nunca aconteceu [desde que] ele trabalha no plenário (e isso tem muitos anos). A finalidade é apenas para constar em ata e marcar a posição do senador. O que acontece, às vezes, é de um parlamentar fazer declaração oral de voto. Mas isso também, de qualquer forma, não altera o resultado da votação; essa declaração não é contada como voto. Portanto, a resposta é no mesmo sentido do que ocorria na Câmara”.

¹⁵³ O Regimento Interno expressamente o repudia, conforme se vê do artigo 180, §7º: “O voto do Deputado, mesmo que contrarie o da respectiva representação ou sua liderança, será acolhido para todos os efeitos”.

¹⁵⁴ Um fato curioso: diferentemente da Câmara, que editou novo regimento interno quando da promulgação da Constituição, o Senado limitou-se apenas a “adequar” o anterior às normas constitucionais supervenientes. Igualmente, o Regimento Comum às duas Casas apenas foi objeto de adaptação. Esse fato permite inferir o caráter mais conservador do Senado em comparação com o da Câmara, conclusão que é corroborada pela análise dos últimos nomes que dirigiram ambas as Casas.

autoritários voltados ao esvaziamento do conteúdo real do mandato, opinou pela concessão da segurança, ante a *patente* inconstitucionalidade do instrumento, por ofensa ao princípio geral da personalidade do voto parlamentar.

Na ocasião, destacou o ineditismo do voto de liderança no direito comparado – à exceção do Brasil, apenas Luxemburgo adotava expediente semelhante. Ressaltou que, na França, a preocupação com o absenteísmo parlamentar justificou, por muitos anos, o uso do chamado *voto por procuração*, muito criticado pela doutrina. Por esse instrumento, um deputado confiava a outro as cédulas de votação, de maneira que, mesmo quando ausente, o voto do parlamentar era computado. Enfatizou que, “*ao contrário do voto de liderança, a prática francesa do voto por procuração nem dispensava um ato de vontade do deputado ausente – na entrega ao colega dos seus boletins nominais – nem o inibia do voto pessoal, se presente à sessão*”¹⁵⁵. O *voto por procuração* gerou o *voto coletivo*, pelo qual um grupo parlamentar depositava na urna um envelope com as cédulas de votação de todos os seus membros. De qualquer forma, o voto coletivo pressupunha a entrega da cédula – ato de vontade do parlamentar – e a possibilidade de divergência. Com o advento da Constituição francesa de 1958, que consagrou expressamente o exercício pessoal do voto parlamentar, o voto coletivo ficou superado; e o voto por procuração, circunscrito a situações excepcionais, podendo cada parlamentar receber apenas uma procuração, a evidenciar que ao líder é vedado representar os parlamentares liderados¹⁵⁶.

Em pesquisa de direito comparado, não houve êxito em localizar parlamentos que adotem a prática do *voto de liderança*. Mesmo em Luxemburgo, hoje vigora sistema semelhante ao francês, em que é possível delegar o voto, mas o parlamentar que receber a delegação é proibido de representar mais de um colega¹⁵⁷. Na Alemanha, a Constituição assegura o exercício livre do mandato,

¹⁵⁵ Trecho extraído da fl. 10 do parecer do então Procurador-Geral da República Sepúlveda Pertence, prolatado no MS – 20.499/STF.

¹⁵⁶ Eis o que dispõe o artigo 27 da Constituição francesa:

“ARTICLE 27. No Member shall be elected with any binding mandate.

Members' right to vote shall be exercised in person.

An Institutional Act may, in exceptional cases, authorize voting by proxy. In that event, no member shall be given more than one proxy”.

Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais.pdf.

Acesso em 23.06.2011.

¹⁵⁷ Agradecemos, no ponto, aos esclarecimentos de Benoît Reiter, Secretário-Geral Adjunto do Parlamento luxemburguês, que, por e-mail, informou:

“Comme vous pouvez le constater, la délégation de vote est possible, mais un député ne peut pas représenter

garantia que é voltada sobretudo contra o próprio partido. Conforme assevera Hartmut Maurer, qualquer tentativa de forçar o parlamentar a determinado comportamento é inconstitucional e até mesmo punível penalmente. O parlamentar tem o direito a exercer o mandato com liberdade, podendo divergir do partido, que, em contrapartida, pode excluí-lo de determinada comissão caso haja cisão relevante entre a posição individual e a partidária¹⁵⁸. Nesse contexto, parece inconcebível que líderes partidários representem o voto dos liderados, sobretudo contra a vontade destes. É possível afirmar, assim, que o voto de liderança revela-se incompatível com os fundamentos básicos do sistema legislativo alemão.

A nosso ver, o voto de liderança tampouco se coaduna com a Constituição brasileira. Além de violar a igualdade entre os parlamentares – que pode ser traduzida na máxima um parlamentar = um voto –, o instituto subverte a própria representação democrática, pois desconsidera o mandato daqueles que foram democraticamente nele investidos e outorga aos líderes uma espécie de *supermandato* sem lastro popular correspondente. Além disso, o instituto desestimula discussões. Como apenas poucos parlamentares – os líderes – votarão sobre a matéria, o processo de formação de opinião acaba se fechando. Conseqüentemente, o espaço para reflexões, para o debate, para o confronto de ideias se reduz de maneira significativa, em prejuízo à própria legitimidade das decisões. O voto de liderança dificulta também que o público monitore as ações de seus representantes, de sorte a comprometer a prestação de contas dos mandatários e, por conseguinte, a controlabilidade do parlamentar, que passa a ficar protegido sob o escudo partidário. Mesmo que o voto de liderança fosse interpretado de maneira a permitir a divergência do liderado, todos esses efeitos negativos seriam verificados, na medida em que a simples possibilidade de o líder

plus d'un de ses collègues (article 44 (13)). La majorité des membres de la Chambre doit être réunie pour voter (article 44 (1)).

Eis os dispositivos pertinentes do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: "Article 44 (1) La Chambre ne peut prendre de décision pour autant que la majorité de ses membres se trouve réunie; (13): Aucun député n'a le droit de représenter plus d'un de ses collègues".

(Tradução livre: Artigo 44 (1) A Câmara não pode tomar uma decisão a menos que a maioria de seus membros encontre-se reunida. Artigo 44 (13) Nenhum deputado terá o direito de representar mais do que um de seus colegas).

¹⁵⁸ De qualquer sorte, o Autor ressalta que há bons incentivos para o parlamentar seguir a orientação partidária, como a falta de conhecimento especializado em determinada material, o que o leva a confiar na orientação dos especialistas do partido etc. (MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*. Beck Juristischer Verlag, 2007). Essas informações relativas à Alemanha apenas foram possíveis graças à ajuda de Eduardo Mendonça, que traduziu o texto correspondente.

manifestar-se por todos seria suficiente para inibir que os demais parlamentares dele divergissem, sufocando o dissenso.

O voto de liderança caminha, ainda, na contramão de duas das principais características do Parlamento que lhe conferem legitimidade. Como é cediço, a origem popular do mandato é comum ao Legislativo e ao presidente da República. Tanto um quanto outro são eleitos pelo povo. Em termos de legitimidade, o Parlamento apresenta, porém, as vantagens da diversidade¹⁵⁹ e da acessibilidade¹⁶⁰.

Por ser composto por grande número, o Parlamento tende a refletir a diversidade de opiniões, de maneira a espelhar melhor a sociedade. Maiorias e minorias são por ele representadas¹⁶¹. Já o presidente da República, embora governe para todos, simboliza apenas a vontade majoritária, o que, por si só, reduziria, em comparação ao Parlamento, sua legitimidade para legislar, ainda que fosse autorizado a tanto em situações ordinárias^{162 e 163}. Quanto à acessibilidade,

¹⁵⁹ ESKRIDGE JR., William; FERREJOHN, John. *Super-Statutes: The New American Constitutionalism*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch*. Cambridge, p. 325.

¹⁶⁰ ESKRIDGE JR., William; FERREJOHN, John. *Op. cit.* p. 325.

¹⁶¹ A propósito, Jeremy Waldron assevera: "I think these numbers are valued not just because more is better for, say, the reasons elaborated in Condorcet's jury theorem, but because more gives us the opportunity to diversity the membership, to have legislators form a variety of places, representing a diversity of interests and opinions. Legislatures are formally structured to ensure diversity, and the modern idea of legislation rests philosophically on an insistence that society, being pluralistic, is in essence incapable of representation by a single voice or by reference to a single of interests.(...)"

Why is this diversity so important for lawmaking? Partly it is informational. We hope that representatives will come from different parts of the country, bringing with them knowledge of the special needs and circumstances of different groups. We want to ensure an adequate representation of the diversity of interests in society. (...) But the value of diversity also has to do with heterogeneity of opinions. The legislature is a place where we argue and debate, and we want to ensure a hearing for the largest possible variety of opinions concerning the issues that are raised when a change in the law is being contemplated. The idea is that new law emerging from this institution cannot claim its authority on the basis of any cozy consensus among likeminded people (whether in the community or in the legislature). Instead, its claim to authority must make reference to the controversies surrounding its enactment. If a citizen, who disagrees with the new law, asks why she should obey it, we want to be able to say to her that disagreements (along the lines that she is expressing) were aired as fiercely and as forcefully as possible at the time the law was considered and that it was enacted nevertheless in a fair process of deliberation and decision." (WALDRON, Jeremy. *Principles of legislation*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch*. Cambridge, p. 25).

¹⁶² No ponto, vale lembrar o óbvio. Apesar dos abusos verificados, o presidente da República apenas dispõe do poder de legislar de forma extraordinária, mediante a edição de medidas provisórias que, de acordo com a Constituição, deveriam estar reservadas a situações urgentes e relevantes.

¹⁶³ Além do argumento da diversidade, há outro de índole liberal para reconhecer que, no desenho institucional, deve competir ao Parlamento a função de legislativa. A concentração do poder de legislar em uma só pessoa com amplo respaldo popular pode estimular abusos, sobretudo porque, no exercício da função, seria dispensável o diálogo. Justamente por conta do amplo respaldo popular, o Presidente da República tenderia ao arbítrio, em especial em relação à minoria. Já no Parlamento, o exercício da função legiferante permite o embate, a crítica e, a depender da equação de poder, reclama até o diálogo, motivo pelo qual é a arena institucionalmente mais adequada para a atividade legislativa, que tanto impacto causa na vida de todos. É claro que o grande número de parlamentares não impede um parlamento tirano, apenas o dificulta. A propósito desse último aspecto, vale conferir o seguinte trecho em sentido oposto da obra *Notas sobre o Estado de Virgínia*, de Thomas Jefferson, reproduzido no artigo XLVIII dos Federalistas, de autoria de Madison: "Todos os poderes do governo, o legislativo, o executivo e o judicial, convergem precisamente a definição do governo despótico. Não atenua a coisa que esses poderes sejam exercidos por muitas mãos e não por uma só, e se alguém o duvida, que volte

os parlamentares são mais abertos e próximos à sociedade do que o presidente da República, seja pelo maior número, seja pelo eleitorado mais reduzido. Com o voto de liderança, perdem-se as duas características, a diversidade e a acessibilidade. Na medida em que a função legislativa é transferida para poucos líderes, a diversidade se esvai e o acesso torna-se mais difícil. Nesse contexto, por ir de encontro às bases do devido processo legislativo e ao princípio democrático, o *voto de liderança* há de ser extirpado.

Há uma outra espécie de voto de liderança, utilizado para deliberações regimentais. Esta espécie está presente também na Câmara dos Deputados. Os líderes têm o poder de abreviar os debates nas Comissões e remeter o tema mais rapidamente ao Plenário, por meio do requerimento de urgência. O pedido de urgência pode ser formulado por 1/3 dos membros da Câmara ou por líderes que representem 2/3 dos membros da comissão. Também nesse caso a assinatura do líder conta como se fosse o voto unânime da respectiva bancada. Por essa razão, aludiu-se a uma espécie de voto de liderança em matéria regimental. Aprovado o requerimento de urgência¹⁶⁴, dispensam-se exigências, intervalos e formalidades regimentais. Apenas não se abre mão dos pareceres das comissões ou do relator em Plenário, do quórum para votação e da publicação da proposta principal e acessórias¹⁶⁵. Na prática, a urgência retira os projetos das comissões e os leva para apreciação direta do Plenário. Com isso, a ação individual dos parlamentares no curso do processo legislativo é minimizada, ao passo que a dos líderes é potencializada. Essa prerrogativa atinente ao requerimento de urgência, com o consequente deslocamento da matéria para o Plenário, apresenta tanto potencial que é apontada por Argelina Figueiredo e Fernando Limongi como uma das causas

seus olhos para a república de Veneza. Tão pouco nos vale que os tenhamos eleitos nós mesmos. Um despotismo electivo não é o governo pelo qual lutamos [...]” (em HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. cit.* p. 202)

¹⁶⁴ Conforme informam Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, o requerimento de urgência, em geral, é acordado com os líderes e aprovado em plenário por maioria simples em votação simbólica. FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*. Lua Nova, São Paulo, v.44, p. 81-106,1998. p. 92.

¹⁶⁵ “Art. 152. Urgência é a dispensa de exigências, interstícios ou formalidades regimentais, salvo as referidas no § 1o deste artigo, para que determinada proposição, nas condições previstas no inciso I do artigo antecedente, seja de logo considerada, até sua decisão final.

§1o Não se dispensam os seguintes requisitos:

I - publicação e distribuição, em avulsos ou por cópia, da proposição principal e, se houver, das acessórias;
II - pareceres das Comissões ou de Relator designado;
III - *quorum* para deliberação.

para a obediência partidária. Com esse expediente, os líderes limitam, inclusive, a possibilidade de apresentação de emendas por parte dos parlamentares¹⁶⁶.

Os líderes também determinam a modalidade de votação no Plenário: se por votação nominal ou por votação simbólica. Nesse âmbito, agem de forma estratégica, a depender do resultado pretendido. Se a matéria é politicamente custosa aos integrantes de seus partidos, optam pela votação simbólica¹⁶⁷. E mais: os líderes definem, ainda, juntamente com o Relator, a ordem de votação da proposição principal e das respectivas emendas, o que pode influenciar decisivamente os resultados das votações.

Outro campo de atuação importante dos líderes que merece atenção é a definição da agenda legislativa. Na Câmara dos Deputados, há a previsão regimental do Colégio de Líderes, que tem como uma de suas principais funções colaborar na definição das prioridades legislativas. De acordo com o Regimento Interno da Câmara, a agenda é feita pelo presidente, *ouvido* o Colégio de Líderes. Na prática, porém, o Colégio de Líderes tem poder de decisão^{168 e 169}, inclusive de vetar o exame de determinadas proposições. No Senado, diferentemente da

¹⁶⁶ Fernando Limongi e Argelina Figueiredo asseveram: “A preponderância do plenário como centro decisório é assegurada pela intervenção dos líderes, que, por intermédio da aprovação do requerimento de urgência, retiram as matérias das comissões e as enviam diretamente à apreciação do plenário. [...] Além de alterar o ritmo da tramitação da matéria, retirando-a da comissão e forçando a manifestação pronta do plenário, a aprovação do requerimento de urgência limita a capacidade dos próprios parlamentares de apresentar emendas ao projeto. Para que seja considerada, a emenda tem que atender a um dos seguintes requisitos: ser apresentada por uma das comissões permanentes; ser subscrita por 20% dos membros da Casa; ou ser subscrita por líder partidário que represente esta porcentagem de deputados. A limitação à apresentação de emendas e seu controle pelos líderes partidários tolhem a ação dos deputados, retirando-lhes a possibilidade de perseguir com sucesso os interesses específicos de seu eleitorado a partir de uma estratégia individual. [...] A atividade em plenário, na verdade, minimiza a possibilidade de que o deputado, individualmente, influencie o curso dos eventos e participe ativamente do processo legislativo. O papel dos líderes, por outro lado, é potencializado. [...]”

Ou seja, por força regimental, líderes dispõem de um arsenal significativo de recursos por meio dos quais controlam e circunscrevem a atuação dos parlamentares. [...]”. FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*. Lua Nova, São Paulo, v.44, p. 81-106,1998. p. 92-95. Sem grifos no original.

¹⁶⁷ Conferir, a propósito, FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*. Lua Nova, São Paulo, v.44, p. 81-106,1998. p.93 e 94.

¹⁶⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art.17. São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste regimento ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: (...) s) organizar, ouvido o Colégio de Líderes, a agenda com a previsão de proposições a serem apreciadas no mês subsequente, para distribuição aos Deputados; t) designar a Ordem do Dia das sessões, na conformidade da agenda mensal, ressalvadas as alterações permitidas por este regimento;”.

¹⁶⁹ No Colégio, os líderes de partidos que participem de bloco parlamentar e o líder do governo terão direito a voz, mas não a voto (artigo 20, §1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Na forma do artigo 20, §2º, do Regimento, as deliberações devem ocorrer por consenso; quando não for possível, prevalece o critério da maioria absoluta, ponderados os votos dos líderes em função da expressão numérica de cada bancada. A depender do perfil do presidente da Câmara, o consenso é perseguido com maior ou menor empenho. Conforme nos relatou Graziary Reis, o ex-presidente da Câmara Luís Eduardo Magalhães esforçava-se sobremaneira para alcançá-lo, enquanto o ex-presidente Arlindo Chinaglia, percebendo a formação da maioria, já definia a agenda (Informação verbal obtida em 01.06.2011).

Câmara, inexistente a figura formal do Colégio de Líderes, mas estes são ouvidos para a confecção da agenda a despeito da ausência de previsão regimental expressa.

Evidente que os líderes racionalizam os trabalhos. Do ponto de vista prático, seria inviável que todos os parlamentares fossem, por exemplo, chamados a definir a pauta legislativa. *Decidir o que decidir* levaria à paralisia. Por ser mais democrático, o modelo atual – que viabiliza a participação dos líderes – é preferível a confiar a formulação da agenda tão-somente aos presidentes das Casas Legislativas. A crítica aqui dirige-se à ausência de alternativa caso o presidente e o Colégio de Líderes vetem da pauta algum tema polêmico ou politicamente custoso. Um caso real é emblemático e esclarecedor para dimensionar o *poder de veto* sobre a agenda legislativa que detêm os líderes e os dirigentes das Casas Legislativas.

Depois da rejeição, por falta de quórum, da Emenda Dante de Oliveira, que restabelecia imediatamente as eleições diretas para presidente da República, foram reunidas 249 assinaturas de parlamentares, que representavam a maioria absoluta de cada Casa Legislativa, a fim de viabilizar o exame de proposta de emenda constitucional com idêntico objetivo – a PEC nº 20/84, chamada Emenda Theodoro Mendes. Após alguma controvérsia – que incluiu a formulação de consulta à Comissão de Constituição e Justiça do Senado –, o Presidente do Congresso Nacional reconheceu estar a PEC em condições de ser submetida à votação. Não obstante, recusou-se a colocá-la em pauta, por entender que caberia a si ou às lideranças partidárias definir o momento oportuno e conveniente para tanto. Com isso, a PEC jamais foi posta em votação e, em 1985, realizaram-se eleições indiretas para a presidência da República¹⁷⁰.

Vê-se que os Líderes e o Presidente do Senado obstaram debate relevante, de modo a inviabilizar apreciação de proposta de emenda constitucional subscrita pela maioria absoluta dos parlamentares de ambas as Casas. Com isso, sufocaram a discussão na origem e desrespeitaram a vontade majoritária. Manipularam o processo legislativo para impedir resultado que lhes fosse desfavorável. O *poder de veto* dos líderes e das direções das Casas sobre a agenda legislativa não se coaduna, portanto, com a dimensão deliberativa exigida pela democracia, que pressupõe o diálogo e o embate de ideias. É um poder que tende ao abuso. É preciso contê-lo, mediante a introdução de mecanismo que o compense, criando

¹⁷⁰ Sobre o tema, conferir o acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no MS 20.464.

uma válvula de escape. Talvez bastasse a previsão de que certa matéria entraria necessariamente na *Ordem do Dia* se houvesse requerimento assinado por determinado número de parlamentares.

2.5 A tutela jurisdicional limitada do devido processo legislativo

A tutela jurisdicional fraca também concorre para que o devido processo legislativo seja desrespeitado.

Mediante a observância do procedimento, é possível fomentar a deliberação. O procedimento não é um fim em si mesmo¹⁷¹. Por meio dele, criam-se oportunidades para exposição e análise de diversos pontos de vista, bem como momentos para reflexão. Além disso, o procedimento funciona como proteção das minorias contra abusos perpetrados pela maioria. O devido processo legislativo, composto por normas constitucionais, legais¹⁷² e regimentais, é, portanto, instrumento apto para fortalecer a legitimidade democrática das decisões.

Sem dúvida, muitas das normas que o instituem revelam-se problemáticas, reclamam alterações e estão longe de garantir a deliberação efetiva por parte do Poder Legislativo. É o caso, por exemplo, dos dispositivos sobre a definição da agenda do Legislativo, que a entregam exclusivamente à direção da Casa e aos líderes, tema tratado anteriormente. Mesmo assim, a existência de um procedimento organizado e previamente conhecido pelos envolvidos é exigência lógica para haver articulação de posições divergentes e deliberação efetiva. Isso sem contar que algumas normas específicas são aptas a incrementar a qualidade do processo deliberativo, como o dispositivo regimental que determina a apreciação dos projetos por diferentes comissões técnicas¹⁷³, o que prevê a apresentação de justificativa às

¹⁷¹ Não por outra razão que, no modelo do Estado Regulador, a solução advogada para suprir o déficit de legitimidade é a criação de procedimentos que possibilitem a participação e a deliberação ampla da sociedade, até porque ninguém detém o monopólio do conhecimento. Na *procedimentalização*, a preocupação volta-se ao modo de elaboração das normas, aos meios, ao processo de decisão, ao caminho adotado para atingir os fins sociais. Ver, sobre o tema, BLACK, Júlia. *Procedimentalizando a regulação: Parte I* em MATTOS, Paulo Todescan L. (Org.). *Regulação Econômica e Democracia – O debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

¹⁷² A Lei Complementar 95/98, por exemplo, estabelece normas de elaboração das leis, conforme determina o artigo 59 da Constituição Federal.

¹⁷³ Artigos 34 e 139 do Regimento Interno da Câmara.

proposições normativas¹⁷⁴, o que estabelece prazo mínimo entre o primeiro e o segundo turno de votação de propostas de emenda constitucional¹⁷⁵, entre outros.

Por mais que padeçam de imperfeição, as balizas previamente acordadas não de ser respeitadas na condução da atividade legislativa. Afinal, o princípio da juridicidade, característica básica do Estado Democrático de Direito, impõe a observância das normas estabelecidas. E não é só. Na medida em que o princípio da juridicidade coloca-se a serviço de outros – princípio republicano, democrático e princípio da segurança jurídica –¹⁷⁶, estes também exigem que a produção normativa seja desenvolvida em consonância com as normas que compõem o devido processo legislativo.

Do princípio republicano, depreende-se a necessidade de respeitar regras previamente estabelecidas para evitar que prevaleçam os caprichos de quem está no poder¹⁷⁷. Do princípio da segurança jurídica, extrai-se a exigência de previsibilidade – de antemão, é preciso saber as regras do jogo para fugir de surpresas e casuísmos. Do princípio democrático, deduz-se a necessidade de observar as regras instituídas pela maioria em procedimento respeitoso aos direitos das minorias. Não se deve, pois, confiar à casuística, às maiorias ocasionais, formadas a cada votação, a definição das diretrizes de elaboração das normas. Sempre será possível questionar a correção dos procedimentos estabelecidos, o que é até positivo, a fim de que sejam aperfeiçoados. O que não se deve fazer é ignorá-los, já que tal conduta não atende a objetivo legítimo algum. Pelo contrário, apenas permite que as maiorias formadas a cada momento imponham a sua vontade pela força.

É exatamente essa a realidade atual do Brasil. Dia a dia, maiorias desrespeitam a regência do processo legislativo. Essa atuação é de tal modo consolidada que nem sequer se tenta ocultá-la. Apenas um exemplo entre tantos existentes: durante a tramitação do projeto que resultou na lei do salário mínimo de

¹⁷⁴ “Art. 103. 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”.

¹⁷⁵ Artigo 202, §6º: “A proposta [de emenda constitucional] será submetida a dois turnos de discussão e votação, com interstício de cinco sessões”.

¹⁷⁶ Conferir, a propósito, MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 223, em que trata especificamente da legalidade orçamentária.

¹⁷⁷ Como bem destaca Waldron, o governo das leis, em contraposição ao governo dos homens, imprime um tom de moralidade justamente porque traz a idéia de que as decisões são fundadas em razões, e não em mero capricho (WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 21).

2011, a Lei 12.382/2011, um Senador alegou desrespeito ao Regimento Interno da Casa. Ouviu, em resposta, que a maioria decidira por prosseguir daquela forma¹⁷⁸.

Nesse campo, o Poder Judiciário poderia desempenhar um importante papel ao exigir do Legislativo o cumprimento estrito das normas procedimentais que regem o processo legislativo. Cientes da possibilidade de toda a tramitação do projeto de lei ser anulada pelo Poder Judiciário, os parlamentares, ainda que compusessem a maioria, refletiriam mais antes de perpetrar violações às normas do devido processo legislativo.

No ponto, discordamos de Mark Tushnet¹⁷⁹, para quem o *judicial review* pode estimular um comportamento irresponsável por parte do legislador. Referindo-se ao *judicial review* em geral, sem se circunscrever às normas que compõem o devido processo legislativo, o Autor argumenta que os legisladores não se importam em editar leis inconstitucionais por anteverem a respectiva anulação pelo Judiciário, o que lhes permite auferir bônus eleitorais advindos da aprovação da lei inconstitucional e, ao mesmo tempo, ficar tranquilos ante a perspectiva de que a atuação judicial impedirá a concretização da afronta à Constituição. Além desse aspecto, concorreria para o pouco comprometimento com a Constituição o fato de os legisladores sentirem-se como instâncias de passagem no tocante à interpretação constitucional, já que, ao final, o Poder Judiciário deliberará sobre o tema.

Seria ingenuidade negar o agir estratégico de parlamentares que, vez ou outra, editam leis sabidamente inconstitucionais com o propósito de reter o crédito eleitoral¹⁸⁰ ou com o intuito de ver realizada a providência inconstitucional até que o

¹⁷⁸ Eis o diálogo travado entre o senador Itamar Franco, que se insurgia por entender que a tramitação do projeto ocorrera em desrespeito ao Regimento Interno, e o presidente do Senado José Sarney:

Senador Sarney (Presidente do Senado):

- Para atender a lideranças e o acordo dos líderes, submeti ao Plenário, uma vez que perguntei se havia alguma objeção de fazermos a votação na sessão de hoje.
- A argumentação era que, na quinta-feira, quase sempre, V. Exa. sabe, nós não temos número nesta Casa e muitos senadores têm programas de viagem. Então, pediram para antecipar para hoje.
- E já que o Plenário concordou, porque submeti ao Plenário, nós incluímos na reunião de hoje a votação dessa matéria

Senador Itamar Franco:

- V. Exa. descumpriu o Regimento. Então, se V. Exa. vai sempre descumprir quando lhe interessar ou quando interessar à maioria desta Casa, vai ser difícil nós nos calarmos aqui. Se nós formos nos basear em prejuízo ou não, então é melhor nós jogarmos o Regimento de lado e vamos ficar ao arbítrio da maioria nesta Casa.

¹⁷⁹ TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch*. Cambridge. p. 357.

¹⁸⁰ Quiçá a aprovação e a ausência de veto à Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei do Ficha Limpa, tiveram esse propósito.

ato venha a ser extirpado¹⁸¹. Acreditamos, porém, que o exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário não estimula tal prática, antes a inibe. Saber que há um órgão de controle faz, em regra, o legislador mais responsável no exercício de suas atividades, especialmente quanto às normas que compõem o processo legislativo. A tutela jurisdicional forte incentivaria os parlamentares a observá-las. Antevendo que todo o esforço empreendido na aprovação de um projeto poderá ser em vão em caso de inobservância das normas procedimentais, os parlamentares pensariam de forma estratégica e refletiriam duas vezes antes de desrespeitá-las.

No tocante às normas regimentais, hoje inexistente tal incentivo. Quando instado a tutelar o procedimento da produção legislativa, o Supremo Tribunal Federal limita-se a examinar alegações de ofensa à Constituição. Violações a normas exclusivamente regimentais não são causas de pedir válidas, muito embora a Corte reconheça o direito subjetivo dos parlamentares ao devido processo legislativo. A assertiva comum encontrada na jurisprudência é que atos praticados durante o processo legislativo com respaldo no Regimento Interno situam-se no âmbito *interna corporis*.

A recusa do Tribunal em conhecer alegações regimentais, como se fossem questiúnculas, cinge-se ao tema do devido processo legislativo. Em processos de cassação de parlamentares, de *impeachment* de presidente da República e em procedimentos das comissões parlamentares de inquérito, a Corte impõe ao Parlamento que observe o respectivo regimento¹⁸², ao menos em seus aspectos essenciais. Essa postura interpretativa é paradoxal. Tanto em um caso quanto em outro, a Corte reconhece a existência de direito subjetivo¹⁸³. Logo, em nenhuma das hipóteses, uma vez alegada a violação a direito subjetivo, poderia haver espaço

¹⁸¹ Trata-se da chamada *inconstitucionalidade útil*, em que o Poder Público auferir as vantagens decorrentes de um ato manifestamente inconstitucional, valendo-se da inércia ou demora dos interessados em impugná-lo e/ou da demora do Judiciário em reconhecer-lhe a inconstitucionalidade. Um caso clássico é o das guerras fiscais. Até que o Poder Judiciário declare a inconstitucionalidade da lei, o Estado-Federado autor da lei impugnada e muitos contribuintes beneficiam-se da inconstitucionalidade. Sobre o tema, conferir voto do ministro Sepúlveda Pertence, proferido na ADI 1.102.

¹⁸² A título de exemplo, vale citar o paradigmático MS – 21.564, impetrado pelo presidente Fernando Collor, com fundamento no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para garantir maior número de sessões para defender-se. Na mesma linha, conferir o MS – 21.360 (Caso Nabel Moura). A propósito, ver também TEIXEIRA, José Elares Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

¹⁸³ A propósito do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que apenas o parlamentar é titular do direito subjetivo ao devido processo legal, conferir a crítica de Leonardo Augusto de Andrade Barbosa. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 192.

imune ao controle judicial, haja vista o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República¹⁸⁴.

E mais: carece de sentido tutelar direitos subjetivos que repercutirão apenas na esfera individual do jurisdicionado e recusar a proteção ao direito subjetivo ao devido processo legislativo, cujos efeitos serão suportados por toda a sociedade. Dizer que *“um hipotético abuso de poder por parte de dirigente de Casa do Congresso, em tema regimental, quedaria circunscrito no terreno da responsabilidade política que ele tem perante seus pares”*¹⁸⁵ significa relegar o efeito maior que esse ato pode ter: a edição de uma lei maculada ou a ausência de deliberação sobre proposições politicamente custosas, de modo a permitir que dirigentes e líderes das maiorias ditem a agenda do Parlamento e evitem certas discussões relevantes. Outro efeito ainda pior é a legitimação do casuísmo, empregado por maiorias ou lideranças para influir no próprio resultado das votações, mediante a modificação de ritos e exigências procedimentais, de maneira a garantir a prevalência de determinados interesses.

De acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, apenas são passíveis de exame violações às normas regimentais que reproduzam dispositivos constitucionais¹⁸⁶. As demais não o são. Com isso, deixam de ser examinadas alegações de descumprimento de normas regimentais importantes, como a que estabelece o quórum mínimo para abertura de sessão legislativa, a que

¹⁸⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

¹⁸⁵ Trecho do voto do Relator, ministro Francisco Rezek, no MS – 20.471, cuja controvérsia está sintetizada em nota de rodapé adiante.

¹⁸⁶ Nesses casos, a Corte aproveita as razões deduzidas pela parte, ainda que não haja indicação expressa do dispositivo constitucional considerado ofendido. Foi o que aconteceu no MS – 22.503. Tratava-se de mandado de segurança, impetrado por parlamentares de oposição ao governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, contra ato do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados, pelo qual submetera ao Plenário emenda aglutinativa à Proposta de Emenda Constitucional nº 33/95, que resultou na chamada Reforma da Previdência Social (implementada pela Emenda Constitucional nº 20/98). Os Impetrantes sustentaram, entre outros argumentos, que a referida emenda aglutinativa fundiu “textos ou partes” da PEC encaminhada ao Congresso pelo Poder Executivo com textos do substitutivo apresentado pelo relator deputado Euler Ribeiro, o qual fora rejeitado pelo plenário da Câmara naquele mesmo mês. Nesse particular, articularam com a violação do artigo do inciso VI do artigo 163 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Tal dispositivo prevê o prejuízo da emenda quando versar matéria idêntica à de outra já aprovada ou rejeitada. Os Impetrantes apontaram também ofensas a outros dispositivos regimentais, advindas do impedimento do relator da emenda aglutinativa. O Supremo Tribunal Federal conheceu do mandado de segurança parcialmente – apenas quanto à alegação de que a matéria submetida à votação fora rejeitada na mesma sessão legislativa. E o fez por verificar a possibilidade de ofensa ao artigo 60, § 5º, da Constituição, que, ao versar sobre o processo de mudança da Constituição, impede que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio (Relator), Ilmar Galvão e Celso de Mello, que conheciam integralmente da impetração, inclusive quanto a dispositivos regimentais não reproduzidos na Constituição, e os Ministros Carlos Velloso e Octavio Gallotti, que dela não conheciam.

determina a deliberação do projeto de lei por mais de uma comissão temática e a que fixa intervalo entre os turnos para votação de proposta de emenda constitucional.

No MS 21.754, por exemplo, os Impetrantes alegavam desrespeito ao quórum mínimo previsto regimentalmente para abertura de sessão do Congresso Nacional. A sessão destinava-se, nada mais nada menos, a apreciar a Resolução que disciplinou o processo de revisão constitucional. Apesar da gravidade da alegação, a Corte assentou que o tema seria imune à censura judicial, pois inserido no domínio *interna corporis*, vencido o ministro Marco Aurélio¹⁸⁷.

O quórum para o funcionamento do Legislativo é questão que toca diretamente à Constituição¹⁸⁸, mais precisamente, ao princípio democrático, pois intrínseca à democracia representativa. As normas regimentais que fixam quórum garantem a representação popular mínima nas deliberações legislativas, de modo a sustentar o postulado da autonomia pública, segundo o qual os cidadãos, por meio de seus representantes, dão normas a si próprios. Com a fixação do quórum mínimo, evita-se que leis sejam aprovadas, por exemplo, por apenas três parlamentares que, em razão da reduzida representatividade, carecem de legitimidade para atuar em nome do povo.

O exemplo, apesar de esdrúxulo, é real. Em 1990, nos Estados Unidos, Terri Schiavo sofreu uma parada cardíaca que a deixou em estado vegetativo por longos anos. Seu marido era favorável à retirada das sondas de alimentação e de hidratação que a mantinham viva, ao passo que os parentes de Terri – pais e irmãos – eram contrários. Depois de intensa disputa iniciada em 1998, o Judiciário da Flórida assentou caber ao marido a decisão. Embora o caso contasse com decisão judicial definitiva, o Congresso Nacional norte-americano, em 2005, aprovou projeto de lei para conferir à Justiça Federal competência para analisar o litígio. No Senado, composto por 100 parlamentares, o projeto foi aprovado sem qualquer debate e por

¹⁸⁷ O Relator, ministro Marco Aurélio, havia deferido a medida liminar para suspender o processo de revisão constitucional. Ao final, todavia, ficou vencido e a liminar foi derrubada.

¹⁸⁸ Para as sessões unicamerais do Congresso Nacional, a Constituição não fixa uma regra geral sobre o quórum de votação. Já para as Casas Legislativas, estabelece no artigo 47: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”. Em algumas situações, a Constituição determina quóruns específicos para determinadas aprovações. O artigo 60, §2º, por exemplo, fixa o quórum de 3/5, em cada turno e em cada Casa, para aprovação a emenda constitucional. O artigo 66, § 4º, exige maioria absoluta para rejeição de veto. O artigo 69 estabelece ser necessária maioria absoluta para aprovação de lei complementar.

apenas 3 senadores. O presidente George W. Bush, por sua vez, interrompeu férias para sancioná-lo à 1h11 da manhã¹⁸⁹.

Parece inegável: apenas 3 senadores num universo de 100 não exercem em nome do povo o poder de legislar. No Brasil, a previsão regimental de quórum de abertura e de votação evita, portanto, situações como essa e garante um mínimo de representatividade para a tomada de decisões legislativas. Quanto maior o número de parlamentares presentes na sessão, mais o povo estará refletido no Parlamento. Uma Casa Legislativa com apenas 3 membros não espelha a diversidade existente na sociedade, o que agrava ainda mais os problemas de legitimidade inerentes à democracia representativa¹⁹⁰. Ao estabelecer o grau de representatividade mínimo para que o Poder Legislativo possa funcionar, as normas regimentais servem para concretizar o princípio democrático, de maneira a evitar que a representação política circunscreva-se a uma ideia meramente artificial. São normas, portanto, de suma importância, cuja violação ultrapassa o domínio *interna corporis*. Impõe-se tutelá-las.

Ainda no âmbito das normas regimentais, em outro caso, na ADI 2.938, impugnava-se lei baiana – cujo processo legislativo, arguia-se, havia tramitado em desrespeito ao Regimento Interno, o qual impunha a deliberação do projeto por determinada comissão da Assembleia. O Supremo Tribunal Federal absteve-se de examinar a alegação, sob o fundamento de que a matéria circunscrevia-se ao âmbito *interna corporis*¹⁹¹, imune à censura judicial.

¹⁸⁹ O caso é relatado por Amy Gutmann. Há outros detalhes interessantes, como a tentativa do Legislativo da Flórida de autorizar o Governador do Estado a intervir no caso. A lei local foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte da Flórida. GUTMANN, Amy. Foreword: Legislature in the Constitutional State. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed). *The least examined branch*. Cambridge. p. XI.

¹⁹⁰ Como ressalta Andrew Arato, quando "o Parlamento no século XVII e as Convenções Constitucionais e Assembleias Constituintes no século XVIII passaram a demandar que exercessem atividades constituintes ou legislativas baseadas na ideia de que representavam a soberania do povo, surgiu um problema de legitimação que não foi resolvido naquele período, nem desde então e que nunca será plenamente resolvido". ARATO, Andrew. *Representação, soberania popular e accountability*. Lua Nova, São Paulo, v. 55-56, p. 85-103, 2002. p. 85.

¹⁹¹ Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei baiana nº 7.483/99, que autorizou a privatização da empresa de águas e saneamento. Durante o trâmite da proposição legislativa, um parlamentar reclamara da inobservância ao Regimento Interno, o qual determina que projetos relacionados à higiene e saúde comunitárias bem assim à política de saneamento básico passem pela Comissão de Saúde e Saneamento. Em resposta, o Presidente da Assembleia asseverou que os demais projetos sobre desestatização não haviam passado pela Comissão de Saúde, mas pelas Comissões de Justiça, Educação, Esporte e Serviço Pública, Finanças e Orçamento. Afirmou, ainda, que o projeto de lei então sob exame não trataria de política de saneamento básico, mas de desestatização da empresa de saneamento básico. O Partido dos Trabalhadores ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, em que alegou violação aos artigos 5º, inciso LIV, 25, 58 e 59, todos da Constituição. O Relator, ministro Marco Aurélio, deferiu a liminar para suspender a eficácia da lei, sob o fundamento de que a decisão do Estado da Bahia de alienar ações da empresa estadual de águas e saneamento integra a política estadual para o setor, motivo pelo qual a proposição legislativa deveria ter passado pela Comissão de Saúde e Saneamento, na forma do Regimento Interno da Assembleia Legislativa. Assim considerou que a tramitação do projeto desrespeitara o procedimento estabelecido e, por conseguinte, o devido processo legislativo, cuja garantia entendeu estar compreendida no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição

Preterir a análise da comissão temática faz com que justamente o órgão especializado na matéria deixe de apreciá-la. Além de mostrar-se irracional e de reduzir a legitimidade da deliberação, o artifício pode ser utilizado para evitar a rejeição de determinado projeto por parte do órgão especializado. Em situações como essa, podem as majorias recorrer à violação de dispositivos regimentais para *manipular* o resultado do processo legislativo. Elas podem *escolher* ou mesmo *criar* as vias que lhes pareçam mais propícias para atender a interesses momentâneos. Também esse exemplo demonstra que a manipulação do processo legislativo não viola apenas as normas regimentais pontualmente ofendidas, mas também, de forma direta, o princípio democrático¹⁹².

Nos Mandados de Segurança 24.154 e 24.949, o Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se sobre a supressão de intervalos, previstos regimentalmente, para a votação de emenda constitucional. No primeiro mandado de segurança, o Impetrante, senador da República, insurgia-se contra o Requerimento nº 768, aprovado pelo Senado, que institucionalizou o desrespeito aos interstícios para uma série de emendas constitucionais¹⁹³. No segundo, o Impetrante, também senador da República, questionava a tramitação de PEC específica, porque não observado o intervalo mínimo previsto regimentalmente entre a publicação do parecer da Comissão da Constituição e Justiça (CCJ) e a primeira deliberação, tampouco entre o primeiro e o segundo turnos de votação. No caso, o segundo turno ocorrera no dia seguinte ao primeiro. Em ambos os mandados de

Federal. A maioria dos Ministros, contudo, houve por bem não conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. A maior parte deles asseverou que o desrespeito às normas regimentais durante a tramitação da projeto de lei cinge-se ao âmbito *interna corporis*. Um dos ministros que integrou a corrente vencedora entendeu que, no caso então em exame, o projeto não precisaria passar pela Comissão de Saúde e Saneamento. Com isso, na verdade, indeferiu a liminar, porquanto admitiu ser a violação regimental passível de exame pelo Poder Judiciário. Outro adotou ambos os fundamentos – de que a matéria era *interna corporis* e de que não era necessária a análise da Comissão de Saúde.

¹⁹² Agradeço, no ponto, a importante sugestão de Eduardo Mendonça.

¹⁹³ No MS 24.154, o Impetrante, senador Jefferson Péres, insurgia-se contra o Requerimento nº 768, que estabelecera, ao arripio do Regimento Interno do Senado Federal, calendário novo para a tramitação das PECs nº 2-A/95, nº 610/98 na Casa de Origem, PEC nº 53/2001, nº 222/2000, na Casa de Origem, PEC nº 49/2001. Pelo calendário estabelecido, dispensaram-se os interstícios, previstos regimentalmente, para votação das propostas em primeiro e em segundo turno. Na inicial, alegou-se que, com o calendário introduzido, tornou-se possível iniciar e encerrar o processo de votação de três propostas de emenda constitucional em apenas sete dias corridos. O Impetrante apontou ofensa ao princípio da legalidade e ao devido processo legislativo. Não obstante, o Ministro Relator entendeu que se cuidava de tema *interna corporis*. Essa não foi a primeira vez que o Senado aprovara requerimento a fim de suprimir o interstício previsto regimentalmente para aprovação de PECs. O caso pioneiro ocorreu durante a tramitação da Emenda Constitucional nº 15/96, que dispõe sobre criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios. Depois de aprovado, em sessão esvaziada, o primeiro requerimento que dispensava o interstício, o senador Pedro Simon proferiu a sentença que abre este capítulo: “Sr. Presidente, apenas desejo dizer que não sei o que votei.” A assertiva dá a dimensão da total falta de transparência e de debate na tomada da decisão. (Conferir, a propósito, CARVALHO, Heraldo Pereira de. *Op.cit.* p. 57).

segurança, mediante decisões monocráticas¹⁹⁴, a Corte deixou de examinar a alegação de desrespeito aos intervalos, sob o fundamento de que a matéria estaria inserida no domínio interno – insuscetível ao controle jurisdicional.

A Constituição exige, para aprovação de emendas constitucionais, o quórum de 3/5 em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, o que pressupõe intervalo mínimo entre uma votação e outra. Os dois turnos não foram estabelecidos por mero capricho – têm sua razão de ser. O objetivo é que, entre um e outro, haja espaço e, assim, maior reflexão. O interregno é necessário para que a sociedade participe do debate e para que a minoria derrotada se articule¹⁹⁵. É preciso haver um momento em que se pare e se avalie o contexto e as consequências, antes de se tomar a decisão de alterar a Constituição. Por meio de uma prestação normativa – leia-se, por meio de normas regimentais –, concretiza-se esse objetivo constitucional.

O Regimento Interno do Senado Federal estabelece, para a primeira votação, o intervalo mínimo de cinco sessões a partir da publicação do parecer da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ)¹⁹⁶. Entre o primeiro e o segundo turno, fixa o interstício de cinco dias úteis¹⁹⁷. O Regimento da Câmara, por sua vez, determina o intervalo de duas sessões entre a publicação do parecer e a primeira votação e de cinco sessões entre os dois turnos de votação¹⁹⁸. Não obstante, é corriqueiro o desrespeito aos intervalos, no Senado e na Câmara¹⁹⁹, o que impede

¹⁹⁴ Proferidas, respectivamente, pelos ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa.

¹⁹⁵ Numa assentada em que desconsiderados os intervalos para votação de PEC, os deputados Luísa Erundina e Jair Balsonaro ficaram irredimidos. Na ocasião, a Deputada sustentou: “(...) Não podemos concordar com a eliminação desse rito processual, pois se trata de matéria que altera o texto constitucional. Portanto, é matéria especial (...)” “(...) Não dá para, simplesmente, a partir de interesse conjuntural, estabelecer precedentes, sobretudo em se tratando de matéria cujos efeitos vão recair sobre o conjunto da sociedade (...)”. E continuou: “(...) Abrir um precedente em relação ao § 6.o do art. 202 é grave, deixando-se de dar ao texto constitucional sua importância devida. Em outros países, inclusive, não se altera o texto da Constituição de forma tão simples, irresponsável e pouco debatida com a sociedade (...)”. (CARVALHO, Heraldo Pereira de. *A subtração do tempo de interstício entre turnos de votação de proposta de emenda à Constituição de 1988: uma contextualização de interesses segmentados em detrimento do direito da cidadania*. Brasília: Faculdade de Direito, UnB, 2010. 173 p. Dissertação (Mestrado)- Universidade de Brasília, 2010. p. 60).

¹⁹⁶ “Art. 357. Cinco dias após a publicação do parecer no Diário do Senado Federal e sua distribuição em avulsos, a matéria poderá ser incluída em Ordem do Dia.”

¹⁹⁷ “Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis. (NR)”

¹⁹⁸ “Art. 202. A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer.

[...]

§ 5º Após a publicação do parecer e interstício de duas sessões, a proposta será incluída na Ordem do Dia.

§ 6º A proposta será submetida a dois turnos de discussão e votação, com interstício de cinco sessões.”

¹⁹⁹ No Senado, ao menos 24 emendas constitucionais foram aprovadas sem observância dos interstícios regimentais. Na Câmara, o intervalo foi desrespeitado, ao menos, em duas oportunidades. Sobre o tema, conferir CARVALHO, Heraldo Pereira de. *A subtração do tempo de interstício entre turnos de votação de proposta de emenda à Constituição de 1988: uma contextualização de interesses segmentados em detrimento do direito da*

as articulações, dificulta a publicidade, obsta a participação da sociedade, cerceia o debate, enfim impede a consecução do objetivo visado com a exigência de dois turnos de votação.

Vê-se que o desrespeito às normas regimentais implica, em muitos casos, violação à própria Constituição. Assim, ao negar-se a tutelar as normas regimentais, o Supremo Tribunal Federal, em última análise, recusa-se a proteger a Constituição. De qualquer sorte, ainda que os preceitos regimentais não cumpram diretamente ditames constitucionais, há de se impor sua observância, em nome do princípio da juridicidade e dos demais princípios que aquele concretiza (o republicano, o democrático e o da segurança jurídica). As normas regimentais são cogentes e devem ser tomadas como tal, quer pela Casa Legislativa, quer pelo Judiciário. Em um Estado de Direito, a autonomia do Poder Legislativo materializa-se na prerrogativa de editar as normas que cuidam de seu funcionamento interno – e de alterá-las por decisão própria –, e não numa espécie de arbitrariedade institucional, em que as regras podem ser contornadas quando convier ao grupo majoritário. Onde houver desrespeito ao devido processo legislativo há de existir o controle judicial, como forma de evitar o arbítrio.

Aliás, desconsideradas variantes complexas, talvez a história do país fosse outra se o Supremo examinasse violações às normas regimentais que compõem o devido processo legislativo. Em 1984, dois mandados de segurança chegaram à Corte: o 20.464 e o 20.471. Em ambos, parlamentares federais insurgiam-se contra a recusa do então Presidente do Congresso Nacional de submeter à votação propostas de emenda à Constituição (PEC) que tinham como objetivo restabelecer imediatamente as eleições diretas para presidente da República. O Tribunal não conheceu das impetrações, sob o fundamento de que estaria envolvida matéria regimental, a atrair o enquadramento da questão como *interna corporis*, insindicável pelo Poder Judiciário^{200 e 201}.

cidadania. Brasília: Faculdade de Direito, UnB, 2010. 173 p. Dissertação (Mestrado)- Universidade de Brasília, 2010.

Vale notar que, na Câmara, a tramitação da EC 39/2002, que instituiu a contribuição de iluminação pública, por exemplo, ocorreu em desrespeito ao interstício. Essa questão, todavia, ainda não foi suscitada junto ao Supremo Tribunal Federal.

²⁰⁰ No MS 20.464, a Impetrante alegou que, após a rejeição da Emenda Dante de Oliveira, por falta de quórum, foram reunidas 249 assinaturas a fim de viabilizar o exame da PEC nº 20/84, chamada Emenda Theodoro Mendes. Depois de alguma controvérsia, o Presidente do Congresso Nacional reconheceu estar a PEC em condições de ser submetida à votação, porquanto subscrita pela maioria absoluta dos membros de cada Casa Legislativa. Não obstante, recusou-se a colocá-la em pauta, por entender que, conforme o artigo 188 do Regimento Interno do Senado Federal, caberia a si ou às lideranças partidárias definir o momento oportuno e

Mesmo em relação às violações constitucionais, o Supremo longe está de zelar pelo respeito irrestrito ao devido processo legislativo constitucional. Antes, confere ampla margem de atuação às maiorias parlamentares, que, em vez de adaptarem as respectivas condutas à Constituição, adaptam esta àquelas²⁰². É o que demonstram os precedentes relativos à ADI 3146 e ao MS 25.939. Ambos os casos versaram sobre causas de trancamento da pauta do Parlamento. No primeiro havia medida provisória com prazo para apreciação exaurido; no segundo, veto pendente de apreciação. A Corte adotou o entendimento de que, para trancar a pauta, essenciais seriam a *leitura* da medida provisória²⁰³ e o *aparelhamento* do veto²⁰⁴. *Aparelhar* o veto significa prepará-lo para ser apreciado. Com esse entendimento, o Tribunal flexibilizou as normas constitucionais que determinam o sobrestamento das demais votações e não exigem, para tanto, prévia leitura da medida provisória ou prévio aparelhamento do veto²⁰⁵. Surge uma ironia. Tais

conveniente para tanto. Na inicial do MS, a Impetrante sustentou que referida recusa configuraria abuso de poder e feriria o artigo 58, §3º, da Constituição de 69, o qual estabelecia as condições para submeter a PEC à votação naquela sessão legislativa. Embora satisfeitas tais condições, a autoridade coatora estaria a frustrar a votação da PEC na mesma sessão legislativa em que rejeitada a Emenda Dante de Oliveira.

A Corte, a uma só voz, não conheceu do mandado de segurança. Consignou que o dispositivo constitucional apenas autoriza a renovação da matéria na mesma sessão legislativa, mas a inclusão na Ordem do Dia seria disciplinada pelo Regimento Interno, a atrair o enquadramento da questão como *interna corporis*, insindicável pelo Poder Judiciário.

²⁰¹ No MS 20.471, o Impetrante insurgia-se contra a recusa do Presidente do Congresso Nacional de abrir a sessão do dia 28 de junho de 1984. Nessa data, seriam votadas as PECs que tivessem como objeto as eleições diretas para Presidente da República, entre elas a PEC nº 11/1984, conhecida como Emenda Figueiredo ou Emenda Leitão, e a PEC nº 23/1984, de autoria do Impetrante. Momentos antes de iniciada a sessão, o Presidente Figueiredo retirou a PEC de sua autoria. O Presidente do Congresso recusou-se, então, a proceder à abertura da sessão, sob a alegação de “motivo de força maior”, o que impediu o exame das demais PECs pautadas. Contra essa recusa, insurgiu-se o Impetrante, sob a alegação de que a retirada da PEC Figueiredo não poderia prejudicar o exame das demais. Sustentou que o ato implicaria a retirada na prática da PEC de sua autoria, em arrepio ao artigo 42 do Regimento do Congresso Nacional, segundo o qual “*a retirada de qualquer proposição só poderá ser requerida por seu autor e dependerá de despacho da Presidência*”. O Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, não conheceu do mandado de segurança sob o fundamento de que a matéria em discussão não galgava o plano constitucional, estando circunscrita ao âmbito regimental de domínio *interna corporis*. Nessa linha, a Corte absteve-se de examinar a defesa da autoridade coatora que fora deduzida à luz de preceitos regimentais.

²⁰² As maiorias parlamentares agem, assim, na contramão do que leciona o professor Konrad Hesse, segundo o qual é preciso que os principais responsáveis pela ordem constitucional tenham *vontade de Constituição*, isto é, é preciso que tenham consciência da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável e que adaptem as respectivas condutas à Constituição. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 19 a 21).

²⁰³ Na ADI 3146, a Corte ressaltou que não houvera abuso na condução do processo legislativo, porquanto as medidas provisórias foram recebidas em 17.12.2003 e lidas na própria sessão deliberativa de 19.12.2003, logo após a aprovação do Projeto de Lei nº 101/2003, que resultou na lei questionada. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio.

²⁰⁴ O MS 25.939, que versava sobre o trancamento da pauta por haver vetos não apreciados, não chegou a ser submetido ao Plenário, tendo sido examinado apenas pelo Relator, ministro Sepúlveda Pertence.

²⁰⁵ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...]”

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.”

normas constitucionais sobre o trancamento da pauta destinam-se a reduzir o domínio do Poder Executivo no campo da produção normativa e a fortalecer o Poder Legislativo²⁰⁶. Assim, ao mitigá-las, com o endosso do Supremo, o Legislativo enfraquece a si próprio.

É bem verdade que, se por um lado o trancamento da pauta obriga o Parlamento a apreciar e a controlar as atividades legislativas do Executivo, por outro pode ter como consequência a monopolização da agenda do Legislativo²⁰⁷, de maneira a consumi-lo com a apreciação de atos executivos, o que o impossibilita de seguir pauta própria e de exercer sua função primária de legislar com autonomia temática, isto é, fora dos limites representados pelos projetos de conversão de medidas provisórias.

Tendo presente a submissão do Legislativo à agenda imposta pelo Executivo, o então presidente da Câmara Michel Temer conferiu interpretação heterodoxa ao artigo 62, §6º, da Constituição. De acordo com esse dispositivo, a ausência de apreciação de medida provisória no prazo de quarenta e cinco dias depois de

“Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. [...]”

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

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

No que diz respeito ao veto, conforme antecipado, o artigo 104 do Regimento Comum do Congresso Nacional estabelece que o prazo de 30 dias fixado no §4º do artigo 66 é contado da data da sessão convocada pelo Presidente do Senado para dar conhecimento da matéria:

“Art. 104. Comunicado o veto ao Presidente do Senado, este convocará sessão conjunta, a realizar-se dentro de 72 (setenta e duas) horas, para dar conhecimento da matéria ao Congresso Nacional, designação da Comissão Mista que deverá relatá-lo e estabelecimento do calendário de sua tramitação. § 1º O prazo de que trata o § 4º do art. 66 da Constituição será contado a partir da sessão convocada para conhecimento da matéria.”

Contra o dispositivo, o PSOL ajuizou a ADI 3.719, a qual, mediante decisão monocrática, não foi conhecida, porquanto o dispositivo impugnado é anterior à Constituição de 88. A alusão ao § 4º do art. 66 da Constituição no dispositivo decorreu de mera consolidação.

²⁰⁶ Há outras duas hipóteses previstas constitucionalmente para o trancamento da pauta que não têm esse objetivo. A primeira resulta da ausência de apreciação de projeto que tramita em regime de urgência, também chamado procedimento abreviado (artigo 64, §§2º e 4º). A segunda, cuja disciplina remete à do procedimento abreviado, decorre da ausência de apreciação tempestiva de atos de não-renovação de outorga para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como de recursos contra deliberações conclusivas das comissões que endossam atos de outorga ou os renovam.

Impende esclarecer: compete ao Poder Executivo outorgar ou renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. O ato, porém, deve passar pelo crivo do Poder Legislativo, não havendo exigência de que as duas Casas se reúnam para tanto. Na Câmara dos Deputados, as comissões parlamentares podem endossar conclusivamente tal ato, caso em que a matéria apenas será levada a Plenário se houver recurso subscrito por 52 deputados. Já a não-renovação é necessariamente apreciada pelo Plenário, por força do artigo 223, §2º.

Por fim, há uma quinta hipótese, na Câmara, para o trancamento pauta, esta com lastro regimental, cujo objetivo é impedir o engavetamento de representações por quebra de decoro parlamentar. Conferir, a propósito, o artigo 16 do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, veiculado pela Resolução nº 25, de 2001. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/a-camara/eticaedecoro/resolucao.html>. Acesso em 18.06.2011.

²⁰⁷ Fernando Limongi e Argelina Figueiredo assim definem *agenda* como “a capacidade de determinar quais propostas serão objeto de consideração do Congresso e quando o serão”. FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*. Lua Nova, São Paulo, v.44, p. 81-106,1998. p.86.

publicada acarreta, até que se ultime a votação, o sobrestamento de “*todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando*”. Realçando os efeitos inconstitucionais da interpretação literal do dispositivo – paralisa do Legislativo e subordinação ao Executivo –, o então Presidente defendeu que o preceito deveria ser interpretado de maneira restritiva e sistemática, de modo a impedir, em *sessões ordinárias*, apenas as deliberações legislativas *passíveis de serem veiculadas por medidas provisórias*. A inteligência possibilita, portanto, em *sessão extraordinária*, a apreciação de qualquer matéria e, em *sessão ordinária*, de todas as proposições que não possam ser objeto de medida provisória, tais como propostas de emenda à Constituição, propostas de lei complementar, projetos de lei ordinária que versem sobre nacionalidade, direito penal etc^{208 e 209}.

²⁰⁸ O Senado também encampou parcialmente essa linha, passando a entender que, em sessão extraordinária, pode discutir e votar quaisquer projetos, ainda que a pauta esteja trancada por medida provisória ou por projeto com requerimento de urgência do Presidente da República. A propósito, ver Questão de Ordem suscitada pelo senador Arthur Virgílio no PLC 58/2010, decidida em 19.05.2010 pelo senador Marconi Perillo. No caso, os projetos do Pré-Sal estavam trancando a pauta e se queria votar o referido PLC 58/2010, que resultou na LC 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa. (Conferir Diário do Senado Federal de 20.05.2010, p. 22029 e seguintes).

²⁰⁹ Oportuno transcrever parte dos argumentos utilizados pelo então Presidente da Câmara:

“Dou um fundamento para esta minha posição. O primeiro fundamento é de natureza meramente política. Os senhores sabem o quanto esta Casa tem sido criticada, porque praticamente paralisamos as votações em face das medidas provisórias. Basta registrar que temos hoje 10 medidas provisórias e uma décima primeira que voltou do Senado Federal, porque lá houve emenda, que trancam a pauta dos nossos trabalhos. Num critério temporal bastante otimista, essa pauta só será destrancada no meio ou no final de maio, isso se ainda não voltarem para cá outras medidas provisórias do Senado Federal, com eventuais emendas, ou, ainda, outras vierem a ser editadas de modo a trancar a pauta. Portanto, se não encontrarmos uma solução, no caso, interpretativa do texto constitucional que nos permita o destrancamento da pauta, nós vamos passar, Deputadas e Deputados, praticamente esse ano sem conseguir levar adiante as propostas que tramitam por esta Casa que não sejam as medidas provisórias. Aqui, estou me cingindo a colocações de natureza política. Eu quero, portanto, dar uma resposta à sociedade brasileira, dizendo que nós encontramos, aqui, uma solução que vai nos permitir legislar. [...]”

Fechada a explicação de natureza política, eu quero dar uma explicação de natureza jurídica que me leva a esse destrancamento. A primeira afirmação que quero fazer, agora sob o foco jurídico, é uma afirmação de natureza genérica. [...] Uma primeira é que esta Constituição - sabemos todos - inaugurou, política e juridicamente, um estado democrático de direito. Não precisamos ressaltar que nasceu como fruto do combate ao autoritarismo. Não precisamos ressaltar que surgiu para debelar o centralismo. Não precisamos repisar que surgiu para igualar os poderes e, portanto, para impedir que um dos poderes tivesse uma atuação política e juridicamente superior à de outro poder, o que ocorria no período anterior à Constituinte de 1988. [...] E, na sequência, estabeleceu uma igualdade absoluta entre os poderes do Estado, ou seja, eliminou aquela ordem jurídica anterior que dava prevalência ao Poder Executivo e, no particular, ao Presidente da República.[...]

Aliás, aqui faço um parêntese: imaginem os senhores o que significa o trancamento da pauta. Se hoje estourasse um conflito entre o Brasil e um outro país, e o Presidente mandasse uma mensagem para declarar a guerra, nós não poderíamos expedir o decreto legislativo, porque a pauta está trancada até maio. Então, nós mandaríamos avisar: só a partir do dia 15 ou 20 de maio nós vamos poder apreciar esse decreto legislativo. Não é?

Então, em face dessas circunstâncias, a interpretação que se dá a essa expressão ‘todas as deliberações legislativas’ são todas as deliberações legislativas ordinárias. Apenas as leis ordinárias é que não podem trancar a pauta. E ademais disso, mesmo no tocante às leis ordinárias, algumas delas estão excepcionadas. O art. 62, no inciso I, ao tratar das leis ordinárias que não podem ser objeto de medida provisória, estabelece as leis ordinárias sobre nacionalidade, cidadania e outros tantos temas que estão elencados no art. 62, inciso I. Então, nestas matérias também, digo eu, não há trancamento da pauta. Esta interpretação, como V. Exas. percebem, é uma interpretação do sistema constitucional. O sistema constitucional nos indica isso, sob pena de termos que dizer o seguinte: [...] a Constituinte de 1988 não produziu o Estado Democrático de Direito; a Constituinte de 1988 não produziu a igualdade entre os órgãos do Poder. A Constituinte de 1988 produziu um sistema de

Essa interpretação foi endossada, em juízo de deliberação, pelo ministro Celso de Mello no MS 27.931, oportunidade na qual destacou que “*a competência extraordinária de editar medidas provisórias não pode legitimar práticas de cesarismo governamental nem inibir o exercício, pelo Congresso Nacional, de sua função primária de legislar*”. Asseverou, ainda, que a interpretação impugnada busca reequilibrar as relações entre Legislativo e Executivo e a neutralizar a submissão do Parlamento à vontade unipessoal do presidente da República, “*cuja hegemonia no processo legislativo tende, cada vez mais, a inibir o poder de agenda do Legislativo, degradando-o [...] à condição de aparelho estatal inteiramente subordinado aos desígnios do Executivo [...]*”²¹⁰.

A despeito da nobre intenção de desobstruir a pauta do Legislativo subjacente a essa interpretação, há de se atentar para os efeitos dela advindos, que, a nosso sentir, são *ainda mais inconstitucionais* do que aqueles por ela combatidos. Se, por um lado, a inteligência conferida permite que o Legislativo tenha algum espaço para seguir pauta própria; por outro, resulta na ausência de deliberação de medidas provisórias, o que significa hegemonia ainda mais intensa do Executivo no processo legislativo, que passa a inovar na ordem jurídica quando lhe aprover, sem a fiscalização do Parlamento. Se, com a apreciação imposta pelo sobrestamento da pauta, o controle exercido pela Câmara mostrava-se precário, agora, na falta de deliberação, o controle torna-se ainda mais débil. Elimina-se, na prática, o contrapeso à atividade legislativa do Executivo, que passa a exercê-la sem contenção alguma.

Além de potencializar o agigantamento do Executivo, frustrando o sistema de equilíbrio e harmonia estabelecido na Constituição, o que viola o princípio da separação entre os Poderes, a interpretação pretendida afronta o princípio da segurança jurídica e o da isonomia. Consoante o artigo 62, §3º, da Constituição, a medida provisória perde a eficácia, desde a edição, se não for convertida em lei no prazo de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período, o que totaliza 120 dias. Havendo a perda da eficácia ou a rejeição da medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência serão

separação de Poderes, em que o Poder Executivo é mais relevante, é maior, politicamente, do que o Legislativo, tanto é maior que basta um gesto excepcional de natureza legislativa para paralisar as atividades do Poder Legislativo.” (Trecho colhido da transcrição constante da decisão do ministro Celso de Mello no MS 27.931, por meio da qual indeferiu a liminar pleiteada).

²¹⁰ O julgamento do mérito foi suspenso pelo pedido de vista da ministra Carmem Lúcia. Apenas o Relator, ministro Celso de Mello, chegou a proferir voto para denegar a segurança.

disciplinadas por decreto-legislativo. Não editado o decreto-legislativo até 60 dias após a perda de eficácia ou a rejeição da medida provisória, as relações jurídicas continuarão regidas pela medida provisória, por força do artigo 62, §11, da CR/88.

Isso significa que, se a medida provisória não for apreciada, um sem-número de relações jurídicas dela decorrentes ficará no limbo por até 180 dias, desconhecendo-se o diploma legal que as regerá. Atos serão praticados sem se saber, ao certo, os respectivos efeitos jurídicos. O clima será de suspense, de incerteza, por falta de previsibilidade da disciplina aplicável, em violação ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança^{211 e 212}.

E mais: com a ausência de deliberação, a tendência é que incida o §11 do artigo 62 da CR/88, de maneira que as relações jurídicas decorrentes da medida provisória permanecerão por ela regidas, com os respectivos benefícios e malefícios. Porém, a medida provisória será inaplicável a outros tantos casos praticamente idênticos, mesmo que o respectivo suporte fático para a incidência dela tenha-se completado apenas um dia depois da perda de sua eficácia. A convivência

²¹¹ Não se olvida que a possibilidade de editar medidas provisórias, por si só, conduz à insegurança jurídica, porquanto tais diplomas normativos poderão ser rejeitados, o que faz com que atos previamente praticados sejam regidos por decretos-legislativos supervenientes. A ausência de apreciação das MPs, que é consequência da interpretação heterodoxa ora criticada, agrava esse cenário de incerteza, na medida em que o prolonga no tempo. Por isso, entende-se que a interpretação pretendida afronta o princípio da segurança jurídica.

²¹² O princípio da proteção da confiança corresponde à dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica. Sobre eles, Canotilho leciona: "O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexonada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos». É quase unânime, entretanto, o entendimento de que o «princípio da proteção da confiança» tem como matriz constitucional o «princípio da segurança jurídica», que é subprincípio, ainda que não expresso, do princípio do Estado de Direito". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 371). A propósito do princípio da segurança jurídica, conferir ainda: BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais, *Revista de Direito do Estado*, nº 2, 2006, do qual se extrai: "[...] a segurança jurídica ostenta também uma dimensão material, identificada com a possibilidade que as pessoas devem ter de prever razoavelmente as obrigações decorrentes do sistema normativo. [...] Embora estejam empregados aqui com certo grau de fungibilidade, por estarem associados ao núcleo dos princípios do Estado de direito e da moralidade, os conceitos acima apresentam conteúdo próprio. Confiança legítima significa que o Poder Público não deve frustrar, deliberadamente, a justa expectativa que tenha criado no administrado ou no jurisdicionado. Ela envolve, portanto, coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos".

Conferir também: COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>. Acesso em 02.12.2010.

simultânea de dois regimes totalmente diversos – um aplicável aos casos cujo suporte fático completou-se sob o pálio da medida provisória e outro aplicável aos demais – poderá configurar grave ofensa ao princípio da isonomia, princípio que deve orientar não só o aplicador da norma, mas também o legislador. Hipóteses praticamente idênticas receberão tratamento jurídico diverso e, o que é pior, por critério aleatório – ter-se completado, ou não, o suporte fático nos 120 dias do prazo de eficácia da medida provisória. É uma fonte de desequiparação fortuita e injustificada²¹³.

Pode-se objetar que, mesmo com a apreciação das medidas provisórias, haveria o risco de quebra da isonomia, dada a possibilidade de a disciplina instituída pelo presidente da República ser rejeitada sem a edição de decreto-legislativo correspondente. Com isso, incidiria o §11 do artigo 62, ou seja, as situações constituídas sob a égide da medida provisória seriam por ela regidas, de maneira que haveria também nesse caso a convivência de regimes jurídicos diversos – um voltado ao suporte fático concretizado no prazo de 120 dias de eficácia da medida provisória e outro, às demais situações.

Exposto o argumento, cumpre refutá-lo. A diferença é que, no último caso, ao apreciar e rejeitar a medida provisória, o legislador será confrontado com a violação à isonomia. Estará ciente de que aquela disciplina rechaçada incidirá sobre determinadas situações, caso não edite o decreto-legislativo pertinente. A depender de quão díspar seja o tratamento estabelecido pela medida provisória, o legislador poderá sentir-se instado a sopesar os valores envolvidos e a agir, editando o decreto para regular as relações jurídicas apanhadas pela medida provisória, e protegendo, por conseguinte, o princípio da isonomia. Nesse contexto, pode-se afirmar que a obrigação de apreciar a medida provisória é um incentivo, é uma oportunidade para que o legislador atue de modo a evitar a ofensa à isonomia. Se não for forçado a examinar a medida provisória, o legislador dificilmente atentará para a situação que reclama sua atuação. Por isso, acredita-se que a interpretação heterodoxa dada ao artigo 62, § 6º, pelo ex-Presidente da Câmara – a qual, na prática, resulta na não-apreciação das medidas provisórias – pode ofender o princípio da isonomia.

²¹³ Sobre o princípio da isonomia, conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 1984.

É inegável: o trancamento perene da agenda do Legislativo, ocasionado pela pendência de medidas provisórias, frustra a independência desse Poder²¹⁴. O diagnóstico do problema está correto. A resposta institucional, porém, não pode ser a ausência de apreciação das medidas provisórias, contornando-se, mediante interpretação, o mecanismo estabelecido pela Constituição justamente para forçar a deliberação e garantir, assim, o controle recíproco entre os Poderes. Do contrário, como demonstrado, obter-se-á um *resultado ainda mais inconstitucional* do que aquele que se buscou evitar²¹⁵.

É de se atentar para a causa da constante obstrução. Certamente, não reside na regra constitucional do sobrestamento em si, mas no uso alargado do poder de editar medidas provisórias, o qual deveria ser manejado em caráter excepcional, em caso de relevância e urgência²¹⁶. Se o poder extraordinário de

²¹⁴ Para se ter uma ideia da dimensão do sobrestamento causado pela falta de apreciação de medidas provisórias, basta referir que, do início de 2011 até o dia 01.06.2011, não houve um dia sequer de sessão da Câmara dos Deputados em que a pauta estivesse liberada.

²¹⁵ A constatação de que dois resultados são inconstitucionais justifica a escolha daquele *menos inconstitucional*. Busca-se, assim, evitar a violação ainda mais grave à Constituição, que seria perpetrada com o resultado ainda mais inconstitucional. Justamente em razão disso permite-se a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e até mesmo a aplicação de leis inconstitucionais. O caso clássico é do salário mínimo: ainda que se reconhecesse a inconstitucionalidade da lei do salário mínimo, sob o fundamento de que o valor fixado não supre as exigências do artigo 7º da Constituição, inciso IV – salário “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo” – a pronúncia de nulidade da lei teria como efeito restabelecer o valor fixado na lei anterior, que certamente, era mais reduzido, o que provocaria um resultado ainda mais inconstitucional. Sobre o tema, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

²¹⁶ Vale transcrever as seguintes passagens da decisão do ministro Celso de Mello, das quais se infere que a subtração do poder de agenda é ocasionada não pela previsão constitucional do trancamento de pauta, mas sim pelo exercício ordinário de competência extraordinária, ou seja, pelo abuso na edição de medidas provisórias: “Quero registrar, desde logo, uma vez mais, a minha extrema preocupação 'que já externara, em 1990, quando do julgamento da ADI 293-MC/DF, de que fui Relator - com o excesso de medidas provisórias que os sucessivos Presidentes da República têm editado, transformando a prática extraordinária dessa competência normativa primária em exercício ordinário do poder de legislar, com grave comprometimento do postulado constitucional da separação de poderes.

O exame da presente controvérsia mandamental suscita reflexão em torno de matéria impregnada do mais alto relevo jurídico, pois está em debate, neste processo, para além da definição do alcance de uma regra de caráter procedimental (CF, art. 62, § 6º), a própria integridade do sistema de poderes, notadamente o exercício, pelo Congresso Nacional, da função primária que lhe foi constitucionalmente atribuída: a função de legislar.

Ao julgar a ADI 2.213-MC/DF, de que sou Relator, salientei, então, a propósito da anômala situação institucional que resulta do exercício compulsivo do poder (extraordinário) de editar medidas provisórias, que o postulado da separação de poderes, que impõe o convívio harmonioso entre os órgãos da soberania nacional, atua, no contexto da organização estatal, como um expressivo meio de contenção dos excessos, que, praticados por qualquer dos poderes, culminam por submeter os demais à vontade hegemônica de um deles apenas [...]

As razões expostas pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados põem em evidência um fato que não podemos ignorar: o de que a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem causado profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Os dados pertinentes ao número de medidas provisórias editadas e reeditadas pelos vários Presidentes da República, desde 05 de outubro de 1988 até a presente data, evidenciam que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culminou por introduzir, no processo institucional brasileiro, verdadeiro cesarismo governamental em matéria legislativa, provocando graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes”.

legislar do presidente da República fosse exercido como deveria, ou seja, como competência excepcional reservada a situações realmente urgentes e relevantes, não haveria tantas medidas provisórias para trancar a pauta do Legislativo. Logo, a resposta institucional constitucionalmente apropriada para que o Legislativo se desvencilhe da subordinação ao Executivo em tema de processo legislativo não pode ser a ausência de apreciação das medidas provisórias. Há de ser, isso sim, a análise rigorosa dos pressupostos de relevância e urgência, de maneira a forçar o Executivo a rever os parâmetros, *in concreto*, para o exercício da competência extraordinária do poder de legislar.

Trata-se de incentivo semelhante ao proporcionado pelo controle jurisdicional do devido processo legislativo. Da mesma forma que a tutela jurisdicional sistemática tornará o legislador mais responsável no desempenho de suas funções, saber que há um órgão que controle efetivamente a presença dos pressupostos da relevância e urgência fará com que o presidente da República exerça de maneira mais prudente a competência que lhe é atribuída em caráter extraordinário.

Aliás, a própria Constituição confere instrumental para que o Congresso Nacional caminhe nessa linha, ao preconizar expressamente a apreciação dos pressupostos constitucionais para a edição de medida provisória antes do exame do mérito²¹⁷. A aferição rigorosa dos pressupostos autorizadores é o meio adequado e eficaz para volver a edição da medida provisória ao campo das competências extraordinárias. É interessante observar que o Legislativo brasileiro reclama do agigantamento do Executivo, mas deixa de contê-lo, na medida em que não exerce a função de fiscalizar os requisitos da *relevância e urgência*. Em vez de fazer vista grossa ante a ausência dos pressupostos, sendo deferente para com o Executivo, o Congresso Nacional deveria se impor mediante o cumprimento do dever que a Constituição lhe atribui e verificar a constitucionalidade do exercício, pelo Executivo, da competência excepcional de legislar²¹⁸.

²¹⁷ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”.

“§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”.

“§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”

²¹⁸ O Congresso Nacional brasileiro deveria inspirar-se no norte-americano que, quando percebeu a potencial ameaça da usurpação de sua competência em matéria orçamentária, agiu para retomar esse poder. Depois de

O Legislativo, portanto, dispõe de mecanismo para retomar a própria agenda, o qual demanda tão-somente a observância da Constituição. Contornar a previsão de trancamento de pauta, por meio de interpretação que esvazia o objetivo constitucional, apenas contribui para intensificar a hegemonia do Executivo. A previsão de sobrestamento é essencial, a fim de induzir o Legislativo a desempenhar o papel que lhe cabe, qual seja, de controlar a atividade normativa do Executivo, de modo a manter a harmonia e a independência entre os Poderes. Daí se dizer que flexibilizar a regra do trancamento significa enfraquecer o próprio Legislativo.

Por fim, ainda quanto à tutela do devido processo legislativo constitucional, é digna de nota a posição do Supremo Tribunal na ADI 2666. Cuidava-se de emenda constitucional destinada a prorrogar a CPMF. O Senado Federal suprimira a cláusula que determinava a observância da anterioridade nonagesimal e deixara de remeter a PEC de volta à Câmara. De acordo com o Tribunal, não haveria ofensa ao sistema bicameral, na medida em que a referida anterioridade seria inaplicável. Ainda que assim fosse, mister seria o retorno da PEC à Câmara dos Deputados, que, quiçá, a rejeitaria. Não competia à Corte adentrar na pertinência da exigência suprimida, mitigando o bicameralismo.

Ademais, afigura-se controverso o argumento de que a anterioridade nonagesimal seria inaplicável. É de indagar: seria vedado ao Congresso, por meio de emenda à Constituição, estabelecer, entre uma prorrogação e outra da CPMF, o período de 90 dias sem contribuição? Poderia o Senado Federal presumir essa vedação, suprimir a alusão à anterioridade nonagesimal e encaminhar a Emenda para promulgação sem remetê-la de volta à Câmara? Parece que o Congresso poderia sim determinar a ausência de contribuição pelo período de 90 dias. É certo que tal interregno não se revelava obrigatório para a espécie, o que significa dizer que sua ausência não inquinaria a emenda de inconstitucionalidade. Essa constatação, todavia, não impediria que o Congresso Nacional deliberasse, via emenda constitucional, instituir a anterioridade. E, ainda que fosse vedado ao

se portar de maneira descuidada nessa seara, perdendo o domínio de fato sobre o orçamento, mantendo apenas o domínio formal, seja por ausência de estrutura e informações para atuar com vigor, seja por tolerância a medidas presidenciais de contingenciamento, o Congresso Nacional resolveu reagir, reivindicando a observância ao seu poder de alocar verbas públicas e limitando os contingenciamentos presidenciais. Para tanto, editou o *Congressional Budget and Impoundment Control Act*, de 1974, por meio do qual impôs uma disciplina aos contingenciamentos e criou o Congressional Budget Office (CBO) – um órgão interno com a função de avaliar as opções orçamentárias, o que aumentou sua capacidade técnica para efetuar mudanças no orçamento e para controlar a execução orçamentária. O *Congressional Budget and Impoundment Control Act* conferiu tratamento formal ao contingenciamento. (MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 362).

Congresso estabelecê-la, a PEC, após a supressão levada a cabo pelo Senado, teria que retornar à Câmara para apreciação, em razão do bicameralismo²¹⁹. Não seria aplicável a jurisprudência do STF segundo a qual é desnecessário o retorno da proposição à Casa iniciadora nas hipóteses em que a Casa Revisora promova mudanças apenas redacionais, sem alteração substancial.²²⁰ No caso, houve mudança substancial, de modo que a promulgação direta constituiu violação ao devido processo legal.

A postura interpretativa do Supremo quanto à tutela do devido processo legislativo passa a impressão de que a Corte equipara o princípio democrático ao princípio majoritário. A sensação é que se quer *salvar* ao máximo a vontade do Parlamento, como se esta representasse a vontade democrática. Pouco parece importar o desrespeito ao procedimento para formação dessa vontade. No atual contexto, as maiorias e as Direções da Casa observam os respectivos regimentos apenas quando lhes convém. Está instaurado, no campo do processo legislativo, o governo dos homens, em contraposição ao governo das leis. As normas constitucionais, por seu turno, são flexibilizadas em prol da conveniência majoritária.

É de notar a quantidade elevada de leis declaradas inconstitucionais, total ou parcialmente, muito superior à média registrada em países cujas jurisdições constitucionais são tradicionais, como Estados Unidos e Alemanha²²¹. Observa-se certa incoerência: ao mesmo tempo em que confere poderes quase monárquicos ao Parlamento na conformação casuística do processo legislativo, o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade, sem maior cerimônia, de atos normativos, inclusive de emendas constitucionais. Não se trata aqui de questionar a deferência do Poder Judiciário pela presunção de constitucionalidade das leis, mas sim de constatar que o respeito excessivo às chamadas decisões *interna corporis* certamente não constitui derivação necessária do princípio democrático ou do princípio da separação entre os Poderes.

²¹⁹ Não participou do julgamento o ministro Marco Aurélio.

²²⁰ ADC 3, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/1999, DJ 09-05-2003 PP-00043 EMENT VOL-02109-01 PP-00001.

²²¹ Na Alemanha, em 61 anos, entre 1951 e 2010, 29 leis federais e 19 leis estaduais foram declaradas inconstitucionais ou incompatíveis com a Constituição no todo ou em parte (com ou sem declaração de nulidade). Isso corresponde a 48 leis em 61 anos. Em matéria de regulamentos, os números são 19 e 2, respectivamente. Nesses dados, foram desconsideradas as decisões sobre as chamadas normas individuais. Agradecemos, no ponto, a tradução de Eduardo Mendonça. Fonte de pesquisa: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-VI.html>. Acesso em 17.06.2011.

Uma mudança na postura do Poder Judiciário é apta a inverter esse cenário de desrespeito ao devido processo legislativo. A tutela judicial incisiva – ou, pelo menos, minimamente efetiva –, acompanhada da introdução de normas que fomentem o debate, a racionalidade, a transparência e a participação popular, pode fazer com que o Legislativo delibere mais e melhor. O *input* do Judiciário provavelmente produzirá uma resposta institucional positiva por parte do Legislativo²²². No tocante às normas regimentais, vale notar que alguns ministros da atual composição do Supremo reconhecem a necessidade de maior controle jurisdicional²²³. Há de se aguardar uma evolução jurisprudencial, tal como se deu em relação a outros temas relevantes²²⁴.

É certo que o processo legislativo não pode ser hermético ou inflexível em excesso. Anulá-lo ou declarar a inconstitucionalidade da lei dele resultante em razão da inobservância de dispositivos regimentais pode revelar-se uma demasia em certas situações. Contudo, decidir caso a caso a consequência da violação regimental conduz à insegurança jurídica, o que é ainda pior. A definição casuística traz imprevisibilidade e sensação desconfortável decorrente do subjetivismo²²⁵. Melhor solução parece ser a tutela sistemática do processo legislativo, e não de

²²² Embora não guarde relação especificamente com a atividade legislativa, mas sim com a atividade fiscalizatória do Parlamento, é exemplar o pedido de intervenção no Distrito Federal decorrente da operação *Caixa de Pandora*. Bastou que o Procurador-Geral da República pleiteasse, no Supremo Tribunal Federal, a intervenção federal no DF para que a Câmara Legislativa saísse do estado de inércia e desse andamento ao processo de cassação do Governador. O caso bem revela o potencial da atuação judicial. Conferir, a propósito, o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na IF-5179.

²²³ Na atual composição, os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes comungam do entendimento de que violações regimentais no curso do processo legislativo são suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário. Conferir, a propósito, as decisões proferidas no MS 20.471 e no MS 26.915. Igualmente, essa parece ser a posição do ministro Celso de Mello, como se depreende do seguinte trecho do voto por ele proferido no julgamento do MS 22.503: “É da essência de nosso sistema constitucional, portanto, que, **onde quer que haja uma lesão a direitos subjetivos**, não importando a origem da violação, **ai sempre incidirá, em plenitude, a possibilidade de controle jurisdicional**. A invocação do caráter **interna corporis** de determinados atos, cuja prática **possa ofender** direitos assegurados pela ordem jurídica, não tem o condão de impedir a revisão judicial de tais deliberações. **Os círculos de imunidade do poder** – inclusive aqueles que concernem ao Poder Legislativo – **não o protegem da intervenção corretiva e reparadora do Judiciário**, que tem a missão, **tão temida pelos regimes autoritários**, de fazer cessar os **comportamentos ilícitos** que vulnerarem direitos públicos subjetivos.” (Destques no original).

²²⁴ Apenas a título de exemplo, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal evoluiu para emprestar real eficácia ao mandado de injunção (MI – 670). Igualmente, para admitir ação direta de inconstitucionalidade contra lei orçamentária (ADI – 2925, relatora ministra Ellen Gracie, redator do acórdão min. Marco Aurélio) e contra medida provisória que institui crédito extraordinário (ADI – 4048, relator ministro Gilmar Mendes; ADI 4049, relator ministro Ayres Britto), superando anterior entendimento de que tais atos seriam de efeito concreto, insuscetíveis de impugnação via ação direta de inconstitucionalidade. A propósito da evolução jurisprudencial quanto à eficácia do mandado de injunção, conferir BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 143 e s/s.

²²⁵ Em sentido contrário, Leonardo Barbosa para quem “nenhuma construção teórica ou solução legislativa resolverá de antemão o problema sobre os limites e os fundamentos do poder de controlar a regularidade do processo legislativo. A autoridade judicial chamada a essa tarefa deve ser capaz de reconstruir as premissas que justificam sua interferência a partir do caso concreto.” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010).

maneira excepcional. Se uma ou outra norma regimental afigurar-se menos relevante para a formação democrática da vontade política, competirá às Casas Legislativas alterar o respectivo regimento para possibilitar a convalidação de alguns vícios resultantes de sua inobservância.

Portanto, no que se refere às normas constitucionais que compõem o processo legislativo formal, cumpre tutelá-las de maneira vigorosa, velando pela observância irrestrita de todos os dispositivos que balizam o procedimento de elaboração legislativa, como, por exemplo, aqueles que preveem o trancamento da pauta quando há veto, medida provisória ou projeto sob regime de urgência pendente de apreciação (artigos 66, §6º, 62, §6º, 64, §2º, da CF/88); aquele que estabelece o retorno do projeto de lei à Casa iniciadora se a revisora proceder à emenda do projeto (artigo 65, parágrafo único); aquele que veda o reexame de matéria rejeitada na mesma sessão legislativa a não ser mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas (artigo 67), etc.

Não é apenas sob o ângulo formal que o devido processo legislativo constitucional merece tutela, mas também sob o material. Sob este prisma, impõe-se proteger os princípios constitucionais de textura mais aberta que incidem sobre o processo legislativo, notadamente, o princípio democrático, o republicano, o da separação entre os poderes, o da moralidade e o da publicidade. Do núcleo desses princípios extraem-se deveres mínimos a serem observados no curso da atividade legislativa. É o que se chama de eficácia positiva dos princípios constitucionais²²⁶. Não se defende que qualquer alegação de afronta ao princípio da moralidade – fundada, por exemplo, em barganhas corriqueiras nada admiráveis – possa dar ensejo à anulação do processo legislativo. Não se pretende a judicialização excessiva desse processo, menos ainda para tentar subverter a lógica da acomodação de interesses, que é própria da política. Tampouco se trata de transformar o Poder Judiciário em terceiro *round*, para que os vencidos no debate legislativo tenham nova chance. Cuida-se apenas de reconhecer que os princípios constitucionais são normas jurídicas e, como tal, imperativos. Incidem no curso do processo legislativo e devem orientar a atividade interna do Parlamento²²⁷.

²²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67.

²²⁷ A propósito, conferir BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.* p. 35 e seguintes.

Dois exemplos para elucidar o ponto - um real e um outro fictício. No inquérito policial resultante da operação apelidada de *Caixa de Pandora*, afirma-se que deputados distritais da base aliada teriam recebido dinheiro do Poder Executivo para votar a favor da lei que instituiu o Plano Diretor de Ordenamento Territorial (PDOT)²²⁸. Se a suspeita se confirmar, o processo legislativo estará viciado, por violação ao núcleo essencial dos princípios democrático, republicano e da moralidade, porquanto a representação popular e o exercício do mandato parlamentar não estão ou não deveriam estar à venda. Em algumas situações, pode haver dificuldade para saber exatamente o alcance de tais princípios – as condutas por eles impostas ou proscritas. No caso noticiado, contudo, inexistiu dúvida. Está situado na zona de certeza positiva²²⁹. Os princípios em pauta proíbem que parlamentares vendam seus votos, porque tal atitude afronta a noção mínima de retidão, de autonomia pública, de interesse público.

Agora, o exemplo fictício: suponha-se que, em vez de receber dinheiro para aprovar o projeto de lei em questão, esses mesmos deputados distritais lograssem, em troca, o apoio do Poder Executivo para aprovação do Plano de Mobilidade do Distrito Federal – importante programa de suas plataformas eleitorais. Nesse caso, o processo legislativo que culminou na aprovação do PDOT seria anulável? A motivação dos deputados para pronunciarem-se a favor do PDOT é passível de crítica; deve ser censurada pela opinião pública. É discutível, porém, se daria ensejo ao controle judicial. Diferentemente do exemplo real, não parece haver a denominada zona de certeza positiva. A nosso ver, não caberia a censura judicial.

A atuação do Poder Judiciário há de ser incisiva ao tutelar regras regimentais, legais e constitucionais que compõem o devido processo legislativo, ao passo que deve ser mais cautelosa ao extrair diretamente de princípios constitucionais de textura mais aberta deveres a serem observados. Apenas quando violado o núcleo essencial de tais princípios, legitima-se o controle judicial, sob pena

²²⁸ A assertiva consta da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal contra a Lei Complementar Distrital 803/2009, que veicula o Plano Diretor de Ordenamento Territorial (PDOT). Disponível em: http://www.mpdf.gov.br/portal/components/com_adi/midia/pdf/pi-adi-2009002017552-9.pdf. Acesso em 20.05.2011. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal deferiu parcialmente a liminar requerida pelo Procurador Geral de Justiça, para suspender vários dispositivos da lei impugnada, mas o fez sob outros fundamentos de índole formal e material. A alegação de inconstitucionalidade por corrupção não chegou a ser examinada, provavelmente porque amparada apenas em material jornalística. Contra o acórdão do Tribunal de Justiça, o Ministério Público interpôs o recurso extraordinário, que, no Supremo Tribunal Federal, tomou o nº 632.400.

²²⁹ Sobre o ponto, conferir ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208 e seguintes.

de asfixia do Poder Legislativo. O ideal é que deveres tendentes a incrementar a transparência, o debate, o respeito às minorias, a participação popular, a racionalidade do processo legislativo sejam instituídos por regulações introduzidas pelo próprio Poder Legislativo, mediante regimento interno ou mediante lei. Uma vez estabelecidos mas inobservados tais deveres, há de incidir a tutela judicial correspondente. Em casos extremos, mesmo à falta de regras específicas, legitima-se a intervenção judicial fundada em princípios de textura mais aberta²³⁰.

Em síntese, sem a tutela jurisdicional sistemática do processo legislativo, maiorias afrontam as regras estabelecidas, enfraquecem os partidários de opinião contrária, manipulam o procedimento e cerceiam o debate. Para minimizar esse cenário, é necessária a tutela judicial incisiva do processo legislativo, até porque a democracia reclama, acima de tudo, o respeito às normas estabelecidas, a transparência nas deliberações, o apreço às minorias e a deliberação efetiva.

²³⁰ Caso a violação ao devido processo legislativo decorra de ato praticado no Congresso Nacional, caberá, em regra, mandado de segurança para o Supremo Tribunal Federal com fundamento no artigo 102, inciso I, alínea "a" da CR/88 (Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.) Ainda que o ato impugnado não seja praticado diretamente pela Mesa das Casas Legislativas, caberá o *writ*, vez que o dispositivo é interpretado de maneira extensiva, conforme se vê dos seguintes precedentes: "Comissão Parlamentar de Inquérito – Competência originária do STF. Compete ao STF processar e julgar, em sede originária, mandados de segurança e habeas corpus impetrados contra Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou no de qualquer de suas Casas. É que a CPI, enquanto projeção orgânica do Poder Legislativo da União, nada mais é senão alonga manus do próprio Congresso Nacional ou das Casas que o compõem, sujeitando-se, em consequência, em tema de mandado de segurança ou de habeas corpus, ao controle jurisdicional originário do STF (CF, art. 102, I, d e j)." (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, *DJ* de 12-5-2000). "Considera-se 'ato da Mesa', para efeito de mandado de segurança (CF, art 102, I,d), o provimento de questão de ordem pelo Plenário, em grau de recurso interposto contra decisão do Presidente do Senado, eis que, neste caso, o Plenário atua como órgão de 2ª instância das decisões da Mesa Diretora." (MS 22.494, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19-12-1996, Plenário, *DJ* de 27-6-1997).

3 SEGUNDA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO PODER LEGISLATIVO: FORTALECIMENTO DAS COMISSÕES TÉCNICAS

3.1 Introdução

O Legislativo convive com o desafio de regular temas diversificados e complexos. As matérias são múltiplas – restrições ambientais, parâmetros para atuação normativa de diversas agências reguladoras, marco regulatório da exploração e produção de petróleo e gás na área do pré-sal, atualização da tabela de imposto de renda, prisão preventiva, direito de resposta, processo civil.

Ninguém discute: a atividade legislativa é de suma importância, seja porque concretiza o autogoverno coletivo, seja porque, por meio das leis, pode-se criar distorções e injustiças ou ambientes propícios ao desenvolvimento e à auto-realização. Por conseguinte, a atuação legislativa há de ser bem informada, ágil, transparente, responsiva à população. São necessários canais perenes de comunicação entre Parlamento e sociedade, sob pena de circunscrever a legitimidade do Poder Legislativo às urnas, como se a democracia fosse um momento episódico, repetido a cada quatro anos. O processo legislativo há de estar aberto à participação da população, de modo a realizar a autonomia pública na maior extensão possível.

O Legislativo precisa também seguir agenda própria e atuar com autonomia – não apenas com autonomia formal, a qual ninguém ousa discutir, mas também material. Deve deter o domínio *de direito* e *de fato* sobre matérias e políticas públicas, para fazer escolhas, tomar decisões, intervir efetivamente. Do contrário, estará fadado a atuar como caudatário do Executivo, como mero endossante de projetos de lei, o que compromete a ideia de lei como mecanismo para conter o poder Executivo²³¹.

²³¹ Essa é uma das razões da chamada crise da lei. A propósito, conferir: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

A fim de produzir leis de maneira cautelosa, consciente, bem informada, reflexiva, aberta, o Legislativo necessita de conhecimento, de ferramentas e de condições institucionais adequadas. Um colegiado com 513 ou com 81 parlamentares não parece ser o ambiente mais propício para tanto. Dificilmente, um debate com tantas pessoas passará do campo da retórica e da superficialidade.

No âmbito do Parlamento, qual é o arranjo institucional mais propício para agregar técnica a política como critério de decisão? Qual é o melhor *locus* para fomentar o debate, para estimular a discussão calcada em argumentos? Onde a comunicação entre sociedade e parlamento pode ser desenvolvida com maior eficácia, de maneira que a sociedade saiba das decisões tomadas em seu nome, as respectivas razões e possa sobre elas interferir?

Uma resposta possível: nas comissões parlamentares. É sobre elas, especificamente sobre as comissões temáticas, que este capítulo tratará. O objetivo não é descer a minúcias, mas apenas oferecer um panorama geral. Para tanto, no primeiro tópico, será apresentado o papel das comissões no processo legislativo britânico e no processo americano. Na sequência, no segundo tópico, serão referidas as espécies de comissões parlamentares que existem no direito brasileiro e relembradas as fases do processo legislativo federal. No terceiro tópico, apontar-se-á a razão de se acreditar no potencial desses órgãos fracionários. No quarto, será descrita a *avaliação de impacto* – recurso que pode ser utilizado pelas comissões para aprimorar o processo legislativo. Por fim, no quinto tópico, será proposta a deferência dos Plenários das Casas Legislativas para com as decisões das comissões.

3.2 As comissões no processo legislativo britânico e no processo americano

3.2.1 Reino Unido

Acredita-se que as comissões parlamentares tenham-se originado na Inglaterra²³², no século XIV, quando surgiram as chamadas *select committees*, comissões temporárias destinadas a diferentes fins. Até hoje, lá existem as *select committees*, que se contrapõem às comissões permanentes. O primeiro registro histórico data de dois séculos depois, século XVI, mais precisamente 1571, ano em que o Jornal dos Comuns noticiou o exame de determinada matéria por parte de uma comissão parlamentar.²³³

Apesar de terem surgido no Reino Unido, as comissões parlamentares britânicas são destituídas de poder de deliberar em caráter final sobre projetos de lei, razão pela qual não se mostram tão significativas para este estudo. De qualquer forma, vale uma nota sobre o processo legislativo britânico.

Atualmente, vigora o sistema das *três leituras*. Inicialmente, o projeto de lei é apresentado aos parlamentares em Plenário, quando são lidos apenas o assunto e o título do projeto. Nessa primeira leitura, também indica-se a data da segunda leitura, em que há o debate geral, ainda em Plenário, sobre o projeto²³⁴. Às vezes, fixam-se diretrizes e o projeto segue para as comissões, que o examinam minuciosamente. Não lhes compete decidir sobre as proposições, mas apenas apresentar parecer e sugerir emendas, observadas eventuais balizas estabelecidas pelo Plenário por ocasião da segunda leitura. Apesar da ausência do poder de deliberação, a fase das comissões é considerada das mais relevantes²³⁵, porquanto o órgão fracionário se debruça detidamente sobre a matéria.

É de notar que a criação das comissões britânicas obedece a uma lógica peculiar. Não há comissões temáticas permanentes para apreciar projetos de lei. Em geral, cria-se uma comissão temporária (*select committee*) para apreciar

²³² CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Editora RT, 2008. p. 29

²³³ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 47

²³⁴ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 47

²³⁵ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 47

determinada proposição legislativa, a não ser que se trate de projeto de lei geral, aplicável à sociedade como um todo, e não apenas a âmbito específico, caso que atrairá o exame do *public bill committee*²³⁶, comissão permanente que carece de especialização temática.

Devidamente instruído, o projeto de lei volta ao Plenário, para a terceira leitura, quando é discutido e votado. Aprovado, o projeto segue para a Casa Revisora. Depois, retorna à Casa iniciadora, que apreciará eventuais emendas. Por fim, é encaminhado para a sanção real. Uma observação a título de curiosidade: desde 1707, o monarca jamais se recusou a sancionar projetos legislativos.²³⁷

3.2.2 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, embora também careçam de poder deliberativo formal para aprovar projetos de lei, as comissões parlamentares têm papel relevante no processo legislativo, porquanto dificilmente o Plenário das Casas Legislativas deixa de seguir as orientações delas advindas. Há uma deferência natural²³⁸, motivada pelo alto grau de especialização das comissões, razão pela qual o estudo da experiência americana mostra-se importante.

De acordo com Paulo Adib Casseb, as comissões parlamentares são anteriores à independência americana. As Assembleias Legislativas das então colônias Virgínia e Pensilvânia já contavam com elas²³⁹. Na tentativa de organizar o tema, Christopher J. Deering e Steven S. Smith dividem a evolução histórica das comissões parlamentares em sete fases: origem, institucionalização, expansão, consolidação, governo por comissões, reforma e pós-reforma²⁴⁰. Na primeira fase, entre 1789 e 1810, recebeu-se, no âmbito federal, a hegemonia desses órgãos fracionários. Por essa razão, evitaram-se as comissões permanentes, de modo que prevalecia, no âmbito do Legislativo, a criação de comissões temporárias, com poderes limitados. Os projetos de lei eram inicialmente discutidos no Plenário para,

²³⁶ CASSEB, Paulo Adib. *Op.cit.* p. 39

²³⁷ CASSEB, Paulo Adib. *Op.cit.* p. 35.

²³⁸ OLESZEK, Walter. *Congressional Procedures and the policy process*. 6.ed. Washington: CQ Press. p. 88.

²³⁹ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 178.

²⁴⁰ DEERING, Christopher J.; SMITH, Steven. S. *Committees in Congress*. 3.ed. Washington: CQ Press, 1997. p. 26.

só então, seguir para as comissões, cuja análise estava submetida a balizas, que deveriam ser observadas à risca.

Na segunda fase, de 1811 a 1865, institucionalizaram-se as comissões. Passado o receio quanto ao agigantamento desses órgãos, tanto a Câmara quanto o Senado criaram várias comissões permanentes, com a atribuição de examinar e emitir pareceres sobre projetos de lei previamente à apreciação do Plenário. Nesse momento, as comissões contavam com assessores próprios. Contudo o Presidente da Câmara dos Representantes – o *Speaker* – exercia forte influência sobre os órgãos fracionários, a ponto de impor a própria vontade contra a maioria dos membros das comissões. Limitar o tempo delas para análise dos projetos de lei era o mecanismo de que se servia para manipular o resultado das deliberações.²⁴¹ Esse também é um expediente utilizado no Brasil, como se verá mais adiante.

Na terceira, fase da expansão, que vai de 1866 a 1918, a Câmara chegou a ter 60 comissões e o Senado 74. Nesse período, foram criadas as subcomissões. Também instituiu-se o princípio da antiguidade²⁴², até hoje em vigor, para a escolha do presidente de cada comissão – o chamado *chairman*. De acordo com esse princípio, o parlamentar com maior experiência na comissão assume a respectiva direção. À época, era um modo de evitar a influência do presidente da Casa Legislativa. Atualmente, o critério é, por um lado, elogiado, na medida em que evita disputas internas; por outro, criticado, pois possibilita que parlamentares senis exerçam a presidência das comissões²⁴³. É de destacar que o presidente da comissão ainda hoje tem participação crucial no processo legislativo, porquanto detém o poder de agenda do órgão fracionário e pode, por conseguinte, inviabilizar a discussão de determinadas proposições e priorizar outras²⁴⁴.

Na quarta fase, de consolidação, situada nos anos de 1919 a 1946, reduziu-se o número de comissões. Além disso, as Comissões de Despesa das duas Casas Legislativas ganharam mais autonomia. Com o *New Deal* e a 2ª Guerra Mundial, expandiu-se a Administração Pública e, por conseguinte, ampliaram-se as funções das comissões do Congresso Nacional incumbidas da autorização dos gastos públicos²⁴⁵.

²⁴¹ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 180.

²⁴² É o denominado *seniority principle*. DEERING, Christopher J.; SMITH, Steven. S. *Op. cit.* p. 28.

²⁴³ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 198.

²⁴⁴ OLESZEK, Walter. *Op. cit.* p. 89.

²⁴⁵ DEERING, Christopher J.; SMITH, Steven. S. *Op. cit.* p. 29.

A quinta fase, do Governo por Comissões, que vai do ano de 1947 a 1964, caracterizou-se pela edição do *Legislative Reorganization Act* de 1946 (Diploma da Reorganização Legislativa), que reduziu ainda mais o número de comissões: para dezenove na Câmara e quinze no Senado. Em compensação, verificou-se o aumento das subcomissões, de sorte a superar cem na Câmara e oitenta no Senado. Nesse período, aperfeiçoou-se a assessoria técnica, o que contribuiu para a autonomia das comissões. Virtualmente, toda a produção normativa passou a ser resultado do trabalho delas, que, inclusive, desenvolveram o hábito de arquivar as proposições indesejadas.²⁴⁶ A agenda das comissões passou ao controle definitivo dos respectivos dirigentes.

A sexta fase, denominada *Reforma*, entre 1965 e 1980, foi marcada pela realização de estudos e criação de mecanismos voltados ao aperfeiçoamento das comissões. Editou-se o *Legislative Reorganization Act de 1970* (Estatuto da Reorganização Legislativa de 1970), que determinou o voto aberto nas comissões, permitiu a convocação de reuniões não só pelos presidentes das comissões mas também pela maioria de seus membros e incentivou a realização de audiências públicas²⁴⁷. Foi nessa época que o Congresso Nacional retomou o domínio de fato sobre o orçamento, ao criar um órgão interno – o *Congressional Budget Office (CBO)*, que lhe conferiu capacidade técnica para avaliar as opções orçamentárias, efetuar mudanças e controlar a execução orçamentária²⁴⁸. Aprimorou-se mais ainda a assessoria técnica das comissões e, no Senado, limitou-se o número de órgãos fracionários de que podiam participar os senadores.

Por fim, na sétima fase, da pós-reforma, consolidaram-se as alterações introduzidas anteriormente. As subcomissões, primeiras instâncias de decisões legislativas, estabeleceram-se como o braço operacional das comissões²⁴⁹. Potencializou-se o papel dos líderes na seleção dos membros e fixou-se o mandato de seis anos para a presidência das comissões. Uma vez descrita a evolução histórica, passa-se a tratar da tramitação da proposições legislativas nessas comissões.

²⁴⁶ DEERING, Christopher J.; SMITH, Steven. S. *Op. cit.* p. 29 a 33.

²⁴⁷ DEERING, Christopher J.; SMITH, Steven. S. *Op. cit.* p. 35.

²⁴⁸ As alterações foram introduzidas pelo *Congressional Budget and Impoundment Control Act*, de 1974. Conferir, a propósito, MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 362

²⁴⁹ DEERING, Christopher J.; SMITH, Steven. S. *Op. cit.* p. 42.

Ao ser apresentado, o projeto de lei recebe um número²⁵⁰ e a letra da respectiva casa legislativa – HR para a *House of Representatives* (Casa dos Representantes) e S para o Senado – e é submetido à comissão temática pertinente. Incumbe ao presidente da Casa – que, na Câmara dos Representantes, é chamado de *Speaker* – proceder à distribuição²⁵¹.

Como o projeto é passível de ser enquadrado na competência de diferentes comissões, pode haver, a depender do assunto, disputa acirrada entre elas. Há assessores conhecidos como “guardas de fronteiras”, cuja função é resguardar e ampliar as competências da respectiva comissão, de maneira a evitar que outros órgãos fracionários tenham a competência elastecida, em detrimento daquela que se busca proteger. Se alguns projetos despertam interesse, outros geram repulsa e as comissões procuram deles se esquivar²⁵². Há casos em que os próprios autores das proposições buscam induzir a distribuição. Auxiliados pelo *staff* do Congresso, os parlamentares autores inserem expressões com o propósito de que o projeto seja remetido à comissão que lhes parecer mais favorável²⁵³. O presidente da Casa Legislativa pode optar, porém, por submeter o projeto de lei ao exame sucessivo de mais de uma comissão. No Senado, existe ainda a possibilidade de encaminhar o projeto para a apreciação simultânea de diferentes comissões²⁵⁴.

Quando o projeto chega à comissão, esta pode examiná-lo, aprová-lo, com ou sem emendas, e encaminhá-lo, acompanhado de parecer, para o Plenário. Pode também reescrevê-lo por completo, rejeitá-lo ou simplesmente recusar-se a apreciá-lo.²⁵⁵ Em geral, as comissões encaminham os projetos para exame das subcomissões. Estas realizam estudos e audiências públicas para debatê-los. Para as audiências públicas, são convidados especialistas, servidores do Poder Público,

²⁵⁰ O número não é necessariamente aleatório, pois é possível pedir a reserva de determinados números. OLESZEK, Walter. *Op. cit.* p. 80.

²⁵¹ Na Câmara dos Representantes, não é possível recorrer da distribuição do projeto; ao passo que, no Senado, é possível, mas isso, na prática, não acontece, pois as disputas são solucionadas informalmente. OLESZEK, Walter. *Op. cit.* p. 82.

²⁵² A propósito, oportuno transcrever o seguinte trecho da obra de Oleszek: “Jurisdictional wars influence the expansion or contraction of committees’ authority. Some committees even have ‘border cops’, whose jobs involve protecting turf and looking for new areas to conquer.’ These are even cases of reverse turf wars. In 1997 the House International Relations Committee and the House Appropriations Committee each fought to make a controversial proposal on international family planning the others panel’s responsibility and not its own. Neither committee wanted to handle the nettlesome issue, ‘in part because of the [president’s] veto threat but also because it creates conditions for a seemingly intractable battle between the House and Senate. While the House has repeatedly backed the abortion restrictions, the Senate has rejected them and kept them from becoming law”’. (OLESZEK, Walter. *Op. cit.* p. 81).

²⁵³ OLESZEK, Walter. *Op. cit.* p. 83

²⁵⁴ DEERING, Christopher J.; SMITH, Steven. S. *Op. cit.* p. 190.

²⁵⁵ OLESZEK, Walter. *Op. cit.* p. 88.

representantes de grupos de pressão, entre outros interessados. A assessoria técnica das comissões faz um trabalho prévio de pesquisa e formulação de perguntas, etc.²⁵⁶ Passada essa fase de instrução, as subcomissões analisam o projeto de lei, linha a linha, e podem aprová-lo tal qual o receberam, emendá-lo, reescrevê-lo e até a ele se opor.

Quando o projeto retorna à comissão, esta tem a opção de repetir, em parte ou no todo, o procedimento realizado pela subcomissão ou simplesmente ratificar os atos praticados. Algumas sessões são televisionadas. A tramitação do projeto de lei nas comissões pode durar várias legislaturas. É necessário, porém, reapresentá-lo a cada início de legislatura para que continue a ser apreciado. Quanto mais complexo e controverso o objeto do projeto, mais demorado e dotado de mecanismos que possibilitem a efetiva deliberação será o procedimento destinado a examiná-lo.

Ao final, a comissão decidirá rejeitar o projeto ou encaminhá-lo ao Plenário, caso em que apresentará o parecer correspondente com a finalidade da proposição, a justificativa de eventuais recomendações, os pontos de vista dos agentes consultados e ainda com os custos e benefícios estimados com a aprovação da proposta²⁵⁷. Enfim, o parecer contém uma espécie de *avaliação de impacto* informal – recurso que se apresentará adiante. Dificilmente, um projeto de lei rejeitado na comissão é apreciado pelo Plenário. Existem mecanismos institucionais para tanto, mas poucas vezes são utilizados e, raramente, são bem sucedidos. As Casas adotam postura de deferência para com as respectivas comissões, sobretudo em razão do alto grau de expertise dos respectivos membros e assessorias. É nelas que o projeto de lei é submetido ao crivo mais severo do parlamento²⁵⁸, de modo que se pode afirmar ser essa a fase decisiva do processo legislativo.

Para que seja submetido ao crivo presidencial, o projeto de lei tem que ser previamente aprovado pelo Plenário das duas Casas legislativas exatamente com os mesmos termos²⁵⁹. Ao contrário do que acontece no Brasil²⁶⁰, em que mudanças redacionais não impõem o retorno do projeto à outra Casa, nos Estados Unidos

²⁵⁶ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 208

²⁵⁷ CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 209.

²⁵⁸ “For one thing, committee members and their staffs have a high degree of expertise on the subjects within their jurisdiction, and a bill undergoes its sharpest congressional scrutiny at the committee stage.” (OLESZEK, Walter. *Op. cit.* p. 88).

²⁵⁹ OLSZEK, Walter. *Op. cit.* p. 4468 do Kindle Edition para Mac.

²⁶⁰ No Brasil, de acordo com a jurisprudência do STF, é desnecessário o retorno da proposição à Casa iniciadora nas hipóteses em que a Casa Revisora promova mudanças apenas redacionais, sem alteração substancial. Conferir, a propósito, o acórdão já referido prolatado na ADC nº 3.

qualquer alteração, por menor que seja, impede o envio do projeto ao presidente da República. Quando há impasse entre a Casa iniciadora e a Casa revisora, tenta-se conciliar as divergências de maneira informal. Se persistirem, uma alternativa é recorrer ao *pingue-pongue* entre a Câmara dos Representantes e o Senado – o projeto vai para uma casa e volta para a outra até se chegar a uma redação aprovada por ambas. Não prevalece, portanto, a vontade da Casa Iniciadora, diferentemente do processo legislativo brasileiro²⁶¹.

Outra opção para equacionar o impasse é lançar mão da denominada *conference committee* – comissão parlamentar temporária (*select committee*), constituída *ad hoc*, composta por deputados e senadores, cuja função é chegar ao denominador comum sobre determinado projeto de lei²⁶². A maior parte dos projetos polêmicos reclama a atuação dessa espécie de comissão, que é chamada por alguns de *Terceira Casa do Congresso*²⁶³. É nela que se redige a versão final do projeto enviada para a Câmara e para o Senado, que podem aprová-lo ou rejeitá-lo, mas não emendá-lo. Em 1975, as sessões dessas comissões passaram a ser, em regra, públicas. Atualmente, podem ser secretas se assim o deliberarem a Câmara dos Representantes e o Senado, o que se dá em casos excepcionais que envolvam, por exemplo, a segurança nacional.

Aprovado com idêntica redação pelas duas Casas legislativas, o projeto de lei segue para apreciação do presidente da República, que raramente deixa de

²⁶¹ A Constituição brasileira não é clara quanto à prevalência da vontade da Casa Iniciadora, mas, na prática, é o que sucede, com o endosso do Supremo Tribunal Federal, vencido o ministro Marco Aurélio. Vale conferir a ementa de uma precedente sobre o tema:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.429, DE 02.06.1992, QUE DISPÕE SOBRE AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO EXERCÍCIO DE MANDATO, CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA OU FUNDACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OCORRIDO NA FASE DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL (CF, ARTIGO 65). 1. Preliminar de não-conhecimento suscitada pela Advocacia Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei. 2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). A aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que "emenda substitutiva é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto" (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial. 3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Medida cautelar indeferida. (ADI 2182 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2000, DJ 19-03-2004 PP-00016 EMENT VOL-02144-02 PP-00385)

²⁶² Apesar da importância do papel desempenhado pela *conference committee*, os cidadãos em geral pouco a conhecem, conforme informa Walter Olszek. (OLSZEK, Walter. *Op. cit.* p.4480 do Kindle Edition para Mac).

²⁶³ OLSZEK, Walter. *Op. cit.* p. 4468 do Kindle Edition para Mac.

sancioná-lo, como dito no capítulo anterior, no tópico concernente à apreciação do veto.

Essas são as linhas gerais do processo legislativo americano, que, como visto, atribui especial importância às comissões parlamentares. Elas são tão prestigiadas que contam, inclusive, com orçamento próprio. O trabalho constante feito pela assessoria técnica, a alta especialização, os estudos que acompanham os pareceres, o procedimento repleto de oportunidades para o debate, a possibilidade de as sessões serem transmitidas pela televisão e, em especial, a deferência do Plenário para com as decisões tomadas pelas comissões são características que, a nosso ver, deveriam inspirar o modelo brasileiro das comissões parlamentares. Passemos a ele.

3.3 As comissões parlamentares e o processo legislativo brasileiro

As comissões parlamentares estão previstas constitucionalmente e exercem tanto função legislativa quanto fiscalizatória. Dividem-se em temporárias e permanentes.

As temporárias são “*criadas para apreciar determinado assunto, [e se] extinguem ao término da legislatura, ou antes dele, quando alcançado o fim a que se destinam ou expirado seu prazo de duração*”²⁶⁴. Na Câmara²⁶⁵, são divididas em *especiais* – constituídas para proferir parecer sobre PECs, projetos de código e projetos que demandem o exame de mérito por mais de três comissões²⁶⁶ –, *parlamentares de inquérito* – que se destinam a apurar fato determinado e têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais²⁶⁷ –, e *externas* – criadas para acompanhar assunto específico em local diverso da sede da Câmara²⁶⁸. No Senado, a divisão é similar, com nomenclatura levemente diversa. Existem as célebres comissões *parlamentares de inquérito*, as *externas*, voltadas à representação da Casa em congressos, solenidades e atos públicos, e, no lugar das

²⁶⁴ Artigo 22, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

²⁶⁵ Artigo 33 do RICD.

²⁶⁶ Artigo 34 do RICD.

²⁶⁷ Artigo 58, §3º, da Constituição da República de 88 (CR/88) e artigos 35 e s/s do RICD.

²⁶⁸ Artigo 38 do RICD

comissões especiais da Câmara, há, no Senado, as comissões *internas*, previstas para finalidade específica²⁶⁹.

Além das temporárias, existem as comissões permanentes, que são descritas, pelo Regimento Interno da Câmara, como de caráter técnico-legislativo. Atuam como agentes do processo legislativo e fazem, ou ao menos, deveriam fazer o acompanhamento dos planos e programas governamentais e a fiscalização orçamentária da União, no âmbito das respectivas competências²⁷⁰. Na Câmara, são 20 comissões permanentes divididas em razão da matéria, motivo da denominação *comissões temáticas*²⁷¹, enquanto, no Senado, são 11 comissões²⁷². Existem também as comissões mistas, que, como o nome sugere, são formadas por deputados e senadores. Mistas e permanentes são duas: a Comissão Mista Permanente sobre Mudanças Climáticas e a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Há, por fim, a comissão mista destinada a examinar medidas provisórias, que é temporária e formada para a análise de cada ato normativo.

Na composição das comissões, a Constituição assegura a aplicação, tanto quanto possível, do critério da representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares²⁷³. O Regimento da Câmara determina a presença de um membro da minoria em cada comissão, ainda que pelo cálculo da proporcionalidade não lhe caiba lugar²⁷⁴. Na mesma linha, dispõe o Regimento Comum das Casas

²⁶⁹ Artigo 74 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

²⁷⁰ Artigo 22, inciso I, do RICD.

²⁷¹ Na Câmara, são elas: Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional - CAINDR; Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural - CAPADR; Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática - CCTCI; Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania - CCJC; Comissão de Defesa do Consumidor - CDC; Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio - CDEIC; Comissão de Desenvolvimento Urbano - CDU; Comissão de Direitos Humanos e Minorias - CDHM; Comissão de Educação e Cultura - CEC; Comissão de Finanças e Tributação - CFT; Comissão de Fiscalização Financeira e Controle - CFFC; Comissão de Legislação Participativa - CLP; Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - CMADS; Comissão de Minas e Energia - CME; Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional - CREDN; Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado - CSPCCO; Comissão de Seguridade Social e Família - CSSF; Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público - CTASP; Comissão de Turismo e Desporto - CTD; e Comissão de Viação e Transportes - CVT.

²⁷² Eis as comissões com o número de integrantes respectivamente: Comissão de Assuntos Econômicos – CAE; Comissão de Assuntos Sociais - CAS; Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ; Comissão de Educação, Cultura e Esporte – CE; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle – CMA; Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa - CDH; Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional - CRE; Comissão de Serviços de Infraestrutura – CI; Comissão de Desenvolvimento Regional e Turismo – CDR; Comissão de Agricultura e Reforma Agrária – CRA; Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática – CCT.

²⁷³ Artigo 58, §1º, da CR/88.

²⁷⁴ Artigo 23 do RICD: “Art. 23. Na constituição das Comissões assegurar-se-á, tanto quanto possível, a representação proporcional dos Partidos e dos Blocos Parlamentares que participem da Casa, incluindo-se sempre um membro da Minoria, ainda que pela proporcionalidade não lhe caiba lugar”.

Legislativas, aplicável às comissões mistas²⁷⁵. O objetivo de tais preceitos é refletir nos órgãos fracionários a diversidade do Plenário.

Na Câmara dos Deputados, o número de membros de cada comissão é fixado no início da legislatura, observados os limites mínimo de 17 e máximo de 61. Cada parlamentar poderá integrar, na condição de titular, apenas uma comissão permanente, ressalvada a Comissão de Direitos Humanos e a Comissão da Amazônia e de Desenvolvimento Regional²⁷⁶. A todos os deputados, mesmo os destituídos de legenda partidária, é assegurado o direito de integrar, como titular, ao menos uma Comissão, salvo se compuserem a Mesa²⁷⁷. Cada comissão da Câmara pode constituir, para funcionamento simultâneo, até três subcomissões permanentes e duas subcomissões temporárias, às quais falece poder decisório²⁷⁸. Já no Senado o número de integrantes das comissões é fixo, não sendo definido no início das legislaturas. Algumas possuem 17 membros, ao passo que outras contam com 27 componentes²⁷⁹. Aos senadores é facultado participar de três comissões como titular e de três como suplente²⁸⁰. Cada comissão pode criar até quatro subcomissões²⁸¹.

Compete aos líderes indicar os integrantes das comissões, os quais poderão ser substituídos a qualquer momento, já que a vaga na comissão pertence ao partido, e não ao parlamentar.²⁸² Verifica-se também aqui poder excessivo atribuído aos líderes, na medida em que poderão alterar os membros das comissões a bel-prazer, por conta de desentendimento pessoal, e não necessariamente em razão de divergência entre a posição do parlamentar e a do partido. Os presidentes das

²⁷⁵ Artigo 10 do Regimento Comum.

²⁷⁶ Artigo 26, §2º, do RICD.

²⁷⁷ Artigo 26, §3º, do RICD.

²⁷⁸ Artigo 29, §1º, do RICD.

²⁷⁹ Vale conferir:

I – Comissão de Assuntos Econômicos, 27;

II – Comissão de Assuntos Sociais, 21;

III – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, 23;

IV – Comissão de Educação, Cultura e Esporte 27;

V – Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle 17;

VI – Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, 19;

VII – Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, 19;

VIII – Comissão de Serviços de Infraestrutura, 23;

IX – Comissão de Desenvolvimento Regional e Turismo, 17;

X – Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, 17.

XI – Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática – CCT, 17”

²⁸⁰ Artigo 77, §2º, do RISF.

²⁸¹ Artigo 73 do RISF.

²⁸² Paulo Adib Casseb afirma, com base em pesquisa realizada por Carlos Pereira e Bernardo Mueller, que a “a intensa rotatividade a que estão submetidos [os parlamentares], desenvolve-se, em larga medida, contra a sua vontade”. (CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 307).

comissões são eleitos pelos respectivos membros²⁸³, para o mandato de um ano na Câmara e de dois anos no Senado, vedada, em ambas as Casas, a reeleição para período subsequente. Os membros das comissões, por seu turno, têm mandato de um ano na Câmara e de dois no Senado, sendo passíveis de recondução sem qualquer limite temporal, prática que, em geral, se adota. O reduzido mandato dos presidentes das comissões dificulta que se especializem nas matérias. Os parlamentares, sobretudo de maior prestígio, preferem dirigir outras comissões a tornarem-se membros das que já presidiram. É de destacar, por fim, que as reuniões das comissões não devem coincidir com a *ordem do dia* das sessões plenárias, isto é, com os dias designados para deliberações do Plenário^{284 e 285}.

Expostas as comissões, cumpre lembrar como se desenvolve o processo legislativo brasileiro. Servirá de parâmetro um projeto de lei iniciado na Câmara dos Deputados.

Como é cediço, a depender da questão veiculada, os projetos de lei podem ser apresentados por deputados, senadores, individual ou coletivamente, comissões parlamentares, inclusive de inquérito, Mesas da Câmara ou do Senado, presidente da República, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Procurador-Geral da República, Tribunal de Contas, Tribunal de Justiça e cidadãos²⁸⁶. Algumas matérias são de iniciativa reservada, isto é, o Legislativo só pode normatizá-las depois de a autoridade titular da competência formular um juízo de conveniência de

²⁸³ Artigos 88 do RISF e 39 do RICD.

²⁸⁴ A coincidência, porém, não inquina de nulidade os atos praticados pela Comissão, conforme decisão monocrática do STF no MS 25.441, no qual se discutia ato do Conselho de Ética e Disciplina praticado enquanto transcorria sessão plenária com ordem do dia:

“Quanto à concomitância da atuação do Conselho de Ética e Disciplina e do implemento da ordem do dia de sessão ordinária ou extraordinária, realmente tem-se a regra do artigo 46, § 1o, que abrange - muito embora haja, na cabeça do artigo, a referência a comissões - outros órgãos da Casa dos quais participe o parlamentar. [...]

Trata-se de norma passível de ser tomada como simplesmente pedagógica, dada a importância das sessões ordinária e extraordinária da Câmara ou do Congresso Nacional, e a impossibilidade de o parlamentar estar, em cumprimento dos deveres inerentes ao cargo, em atuação dúplice, em lugares diversos. Todavia, não há, no Regimento Interno, cominação para o descumprimento da regra, muito menos a ponto de tornar insubsistente o trabalho desenvolvido pela comissão - no caso, o Conselho de Ética e Disciplina - no mesmo horário de cumprimento da ordem do dia”. (MS – 25.441. Relator ministro Marco Aurélio. Decisão de 01.07.2005)

²⁸⁵ As sessões plenárias ordinárias são compostas por pequeno expediente, por grande expediente, por ordem do dia e, se houver tempo, por comunicações parlamentares. Conferir artigos 66 e s/s do RICD.

²⁸⁶ É a chamada iniciativa popular, cujos requisitos estão previstos na Lei 9.079/98. Como se verá no próximo capítulo, com a alteração dos artigos 32, inciso XII, e 254, do Regimento Interno da Câmara, tornou-se mais fácil para a sociedade civil deflagrar o processo legislativo, dada a possibilidade de a Comissão de Legislação Participativa endossar anteprojeto que não preencha os requisitos da iniciativa popular.

oportunidade sobre o debate – sua existência e seus limites²⁸⁷. Por consubstanciar exceção, a cláusula da iniciativa reservada deve ser interpretada de forma estrita²⁸⁸. Outras matérias são de iniciativa comum, podendo o projeto de lei ser apresentado por qualquer parlamentar, por comissões do Senado ou da Câmara, pelo presidente da república ou pelos cidadãos²⁸⁹.

Os projetos de lei de iniciativa reservada ou então aqueles deflagrados por deputados ou comissões de deputados começam a tramitar pela Câmara²⁹⁰. O projeto deve ser apresentado diretamente à Mesa dirigente, a não ser que a autoria seja de deputado ou de comissão da Câmara, casos em que a apresentação é feita durante as sessões ordinárias do Plenário.²⁹¹ Há proposições que se submetem à apreciação conclusiva, ao passo que outras se sujeitam ao Plenário.

Na *apreciação conclusiva*, as proposições são objeto de deliberação em caráter definitivo pelas comissões, que podem aprová-las ou rejeitá-las, sem necessidade de submetê-las ao Plenário. No âmbito do Senado, adota-se a nomenclatura *apreciação terminativa*. A apreciação conclusiva ou terminativa está prevista na Constituição, cujo artigo 58, §2º, inciso I, estabelece competir às comissões, nas matérias de sua competência, “*discutir e votar o projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa*”.

Em regra, as proposições submetem-se à apreciação conclusiva. Há exceções, que decorrem da própria Constituição, implícita ou explicitamente, como as propostas de emenda à Constituição, o veto, as medidas provisórias, o plano plurianual, o projeto da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária²⁹². Na

²⁸⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007. p. 828.

²⁸⁸ Como bem advertiu o Ministro Celso de Mello, no julgamento da medida cautelar da ADI 2364, a “natureza especial que assume a cláusula referente à iniciativa reservada das leis caracteriza, em nosso sistema de direito, derrogação que excepciona o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo de formação das espécies legislativas. Disso decorre, portanto, que não se deve presumir a incidência da cláusula de reserva, que deve resultar, necessariamente, [...], de explícita previsão constitucional”. A propósito, conferir: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 828.

²⁸⁹ Artigo 61, §2º, da CR/88

²⁹⁰ Artigo 64 da CR/88.

²⁹¹ Artigos 82, §4º, e 101 do RICD.

²⁹² Artigo 166, caput, c/c §2º, da CR/88:

“Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.[...]

§ 2º As emendas serão apresentadas na comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo plenário das duas Casas do Congresso Nacional”.

Câmara, por força do Regimento, também configuram exceções à apreciação conclusiva os projetos de lei complementar e de códigos; os projetos iniciados pela população ou por comissões; os projetos relativos a matéria cuja delegação é vedada²⁹³; os projetos oriundos do Senado ou por ele emendados, desde que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas; os projetos que tenham recebido pareceres divergentes das comissões pelas quais passaram; e os que tramitam em regime de urgência.²⁹⁴ No Senado, as exceções são projetos de códigos, projetos de resolução que altere o Regimento Interno e projetos de resolução a que se referem os artigos 52, V a IX²⁹⁵, e 155, §1º, IV, §2º, IV e V, da CR/88^{296 e 297}.

²⁹³ O artigo 68, §1º, da CR/88 estabelece as matérias cuja delegação é vedada:

“§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

- I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e ele”

²⁹⁴ Artigo 24, inciso II, do RICD.

²⁹⁵ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

²⁹⁶ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I: [...]

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal.

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros; [...]

²⁹⁷ No Senado, existe a possibilidade de o Presidente, ouvidas as lideranças, conferir às comissões a competência para apreciar, em caráter terminativo, as seguintes matérias arroladas no artigo 91, §1º, do Regimento Interno do Senado:

“I – tratados ou acordos internacionais (Const., art. 49, I);

II – autorização para a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (Const., art. 49, XVI);

III – alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (Const., art. 49, XVII);

Na apreciação sujeita à deliberação do Plenário, também chamada de preparatória, a proposição passa primeiro pela análise das comissões pertinentes e, por fim, como o próprio nome revela, é examinada pelo Plenário, que profere a palavra final.

A distribuição das proposições, feita pelo presidente da respectiva Casa, obedece ao critério temático. De acordo com o conteúdo, o projeto de lei é distribuído entre as comissões. Na Câmara dos Deputados, se o exame de mérito do projeto competir a mais de três comissões, pode-se optar pela criação de uma comissão especial para apreciá-lo. Esse expediente é utilizado, sobretudo em benefício do governo, para evitar que a proposição seja apreciada por certa comissão²⁹⁸.

O regime de tramitação, que diz respeito ao ritmo de andamento da proposta, é estabelecido quando da definição da forma de apreciação (conclusiva ou preparatória) e da distribuição do projeto, mas pode ser alterado posteriormente. A tramitação classifica-se em urgente, prioritária ou ordinária²⁹⁹.

Na Câmara, o regime de urgência pode ser requerido por 2/3 dos membros da comissão competente para opinar sobre o mérito da proposição ou por 1/3 dos membros da Câmara ou por líderes que os representem. Em geral, a urgência é acordada pelos líderes e aprovada por maioria simples em Plenário, mediante votação simbólica³⁰⁰. A urgência pode também ser requerida pelo presidente da República, com fulcro no artigo 64, §1º, da CR/88, o que a faz conhecida como *urgência constitucional* e tem o trancamento da pauta das Casas Legislativas como diferencial³⁰¹.

IV – projetos de lei da Câmara de iniciativa parlamentar que tiverem sido aprovados, em decisão terminativa, por comissão daquela Casa;”

²⁹⁸ É o que informa Paulo Adib Casseb: “a avaliação de competência das comissões, no momento da distribuição das proposições, tem servido de instrumento do governo para direcionar os destinos dos projetos de seu interesse. Se houver receio, por parte do Executivo, do resultado da apreciação do texto de seu interesse, por determinada comissão permanente, especialmente nas hipóteses em que muitos de seus componentes, ainda que da base aliada, não se enquadrem como parlamentares fiéis aos propósitos governistas, o Executivo poderá pressionar o presidente da Casa, tentando direcionar a distribuição da proposição para mais de três comissões, o que daria causa à convocação de comissão especial”. (CASSEB, Paulo Adib. *Op. cit.* p. 316).

²⁹⁹ Artigos 52, 151, 152 e 158 do RICD.

³⁰⁰ É o que informam Argelina Figueiredo e Fernando Limongi: FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando.

Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. Lua Nova, São Paulo, v.44, p. 81-106,1998. p. 92.

³⁰¹ Artigo 64 da CR/88:

“§ 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

Conforme antecipado no tópico do capítulo anterior concernente ao poder dos líderes, o regime de urgência resulta na eliminação de etapas do processo legislativo. Uma vez adotado, subtrai-se o poder das comissões de apreciar conclusivamente a matéria. Os órgãos fracionários terão a função circunscrita à instrução do projeto e contarão com tempo exíguo para desempenhá-la³⁰². Se a matéria estiver inserida na competência de mais de uma comissão, a análise é simultânea. Até mesmo essa fase de preparação pode ser eliminada, com a designação de um relator para elaborar parecer no lugar das comissões, o qual poderá ser proferido oralmente em Plenário.³⁰³

Vê-se que o regime de urgência abrevia o procedimento, impede a deliberação por órgãos especializados e reduz a oportunidade para que parlamentares exponham os respectivos pontos de vista. Enfim sufoca o debate e potencializa a atuação dos líderes, consoante exposto no capítulo anterior. Para evitar esses efeitos, o ideal seria limitar os requerimentos de urgência, exigindo-se justificativa para autorizá-la, a qual seria submetida ao escrutínio do Plenário, por meio de votação nominal, previamente à apreciação do projeto.

O regime de prioridade, que se situa entre o de urgência e o ordinário, caracteriza-se pelo prazo reduzido de 10 sessões para as comissões analisarem a proposição. Tramitam nesse regime as proposições de iniciativa do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Mesa, de Comissão Permanente ou Especial, do Senado Federal ou dos cidadãos; os projetos de lei complementar e ordinária que se destine a regulamentar dispositivo constitucional; de lei com prazo determinado; de regulamentação de eleições; de alteração ou reforma do Regimento Interno³⁰⁴. O regime de prioridade também pode ser proposto pela Mesa, por comissão que tiver apreciado a proposição ou pelo Autor do projeto, apoiado por 1/10 dos deputados ou por líderes que representem esse número³⁰⁵.

§ 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código”.

³⁰² O prazo, de cinco sessões, é estabelecido pelo artigo 52, inciso II, §2º, do RICD.

³⁰³ Artigos 152, §1º, II, e 157, §2º, do RICD e 140, I, do RISF.

³⁰⁴ Artigo 151, inciso II, do RICD.

³⁰⁵ “Art. 158. Prioridade é a dispensa de exigências regimentais para que determinada proposição seja incluída na Ordem do Dia da sessão seguinte, logo após as proposições em regime de urgência.

§ 1o Somente poderá ser admitida a prioridade para a proposição:

I - numerada;

II - publicada no *Diário do Congresso Nacional* e em avulsos;

III - distribuída em avulsos, com pareceres sobre a proposição principal e as acessórias, se houver, pelo menos

Por fim, no regime de tramitação ordinária, as comissões da Câmara dispõem do prazo de 40 sessões para examinar a proposição, ao passo que as do Senado têm 15 dias úteis, exceto a Comissão de Constituição e Justiça, que dispõe de 20 dias³⁰⁶. Metade desses prazos é reservada ao relator para a elaboração do parecer. A relatoria é atribuída pelo presidente do órgão fracionário e pode ser dividida.

Na fase de estudos, os órgãos fracionários, entre outras providências, podem realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil, ouvir peritos na matéria, convocar ministro de Estado para prestar informações ou conceder-lhe audiência para expor assunto de relevância de seu ministério³⁰⁷. Esses meios para trazer informações ao processo legislativo são constantemente utilizados. As comissões, em geral, ouvem pessoas interessadas e *experts* da área, o que lhes permite ter melhor conhecimento da matéria examinada, conhecer diferentes pontos de vista, detectar falhas na proposição apresentada, avaliar consequências indesejadas, aperfeiçoar a regulação analisada. A participação dessas pessoas constitui incentivo para que o debate legislativo baseie-se em argumentos, e não apenas em composições resultantes de barganhas políticas. Ainda que o parlamentar tenha preferência pré-definida, acaba sendo obrigado a enfrentar os argumentos alheios. No debate, terá que indicar o motivo pelo qual entende irrelevante determinada ponderação. Como ressaltado, mesmo que tenha a intenção de votar a favor ou contra um projeto de lei motivado tão-somente por contribuição financeira recebida para campanha eleitoral, o parlamentar terá que traduzir sua posição em termos publicamente aceitáveis, ou seja, terá que declinar razões passíveis de serem submetidas ao escrutínio público, o que, por si só, enriquece o debate.

Quando a proposição é distribuída a mais de uma comissão, elas podem atuar em conjunto na fase de estudos³⁰⁸. As reuniões das comissões são, em regra, públicas. Delas podem participar inclusive parlamentares que não componham a

uma sessão antes.

§ 2o Além dos projetos mencionados no art. 151, II, com tramitação em prioridade, poderá esta ser proposta ao Plenário:

I - pela Mesa;

II - por Comissão que houver apreciado a proposição;

III - pelo Autor da proposição, apoiado por um décimo dos Deputados ou por Líderes que representem esse número”.

³⁰⁶ Admite-se, no Senado, a prorrogação do prazo uma vez por igual período. Se ainda assim for insuficiente, o Plenário poderá conceder mais tempo. Artigo 118 do RISF.

³⁰⁷ Artigo 58, §1º, da CR/88 e 24 do RICD.

³⁰⁸ Artigo 49 do RICD.

comissão, os quais não têm direito a voto, mas podem formular perguntas, participar dos debates, tentar persuadir. Na fase de discussão, os deputados não integrantes da comissão dispõem do prazo de 10 minutos para falar, ao passo que os membros, os líderes bem como o autor do projeto contam com 15 minutos. Na Câmara, se a proposição estiver submetida à apreciação conclusiva, qualquer parlamentar pode apresentar emendas, mesmo que não integre a comissão temática examinadora. Se estiver submetida à apreciação preparatória, apenas os membros da comissão podem fazê-lo nessa fase. Os demais devem aguardar o momento em que a proposição for levada a Plenário. No Senado, as hipóteses para qualquer senador propor emenda são mais extensas – compreendem não apenas proposições submetidas à apreciação conclusiva, mas também aquelas de iniciativa do presidente da República e as que veiculam códigos.

Terminada a fase de estudos, o relator apresenta o parecer, por meio do qual pode propor a adoção ou a rejeição, total ou parcial, da proposição, sugerir seu arquivamento, formular outro projeto, dar-lhe substitutivo e apresentar emenda ou subemenda.³⁰⁹ Iniciam-se, em seguida, as discussões, etapa em que é facultado ao parlamentar membro da comissão pedir vista do processo pelo prazo de duas sessões, a não ser que o projeto tramite em regime de urgência. Para evitar que a prerrogativa seja empregada com o intuito de postergar a votação, o Regimento prevê que, se houver mais de um de pedido, a vista é simultânea e na própria comissão³¹⁰.

Ao final dos debates, o relator tem a palavra por 20 minutos para réplica³¹¹. Em seguida, procede-se à votação. Se forem sugeridas alterações ao parecer com as quais o relator concorde, é-lhe concedido prazo até a reunião seguinte para ajuste e apresentação de novo texto. Se o relator não concordar com as alterações, a redação do parecer passa ao relator-substituto. Se este também ficar vencido, designa-se novo relator e o parecer inicial é juntado aos autos da proposição como voto vencido.³¹²

Caso o projeto de lei tenha sido distribuído a mais de uma comissão temática para exame de mérito, segue para a comissão seguinte. Do contrário, é encaminhado, se for o caso, para a Comissão de Finanças e Tributação, para

³⁰⁹ Artigo 57, inciso IV, do RICD.

³¹⁰ Artigo 57, inciso XVI, do RICD.

³¹¹ Artigo 57, inciso X, do RICD.

³¹² Artigo 57, incisos XI a XIII, do RICD.

análise dos aspectos financeiro e orçamentário, especificamente, sua compatibilidade com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com a lei orçamentária. Ao final, o projeto necessariamente é submetido à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR), para exame sob o ângulo da constitucionalidade, da legalidade, da juridicidade, da regimentalidade e da técnica legislativa. O fato de haver um momento destinado especificamente a aferir a harmonia do projeto de lei com a Constituição não significa que as demais comissões e parlamentares não possam avaliá-la. Ao contrário, qualquer deles pode e, mais ainda, tem o dever-poder de suscitar a inconstitucionalidade detectada. A Comissão de Tributação e Finanças e a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação podem aprovar emendas saneadoras para corrigir eventuais vícios. Os pareceres proferidos por esses órgãos são terminativos quanto, respectivamente, à adequação financeira ou orçamentária da proposição e à constitucionalidade ou juridicidade da matéria³¹³.

Finalizada a apreciação conclusiva da matéria, a proposição e os respectivos pareceres são mandados à publicação e remetidos à Mesa para serem anunciados. Essa é a oportunidade para que os parlamentares, em recurso subscrito por 1/10 da Casa, submetam o projeto à apreciação do Plenário.

Nos casos de interposição de recursos e nos demais de apreciação de competência do Plenário, o projeto segue para o Colegiado. O Regimento prevê o retorno das emendas apresentadas em Plenário para exame das comissões, de acordo com a matéria da competência de cada qual. Todavia, faculta, mediante delegação das comissões, a designação de relatores para proferir pareceres a propósito das emendas no lugar daquelas, o que é feito cotidianamente.³¹⁴

No Plenário da Câmara, as modalidades de votação são secreta e ostensiva. A primeira é utilizada para deliberação sobre a suspensão de imunidade parlamentar durante o estado de sítio e sobre a perda de mandato, mesmo em estado de normalidade. A votação também é secreta para eleições em geral, como do presidente e demais membros da Mesa. O Regimento Interno prevê, ainda, o

³¹³ Artigo 54 do RICD.

³¹⁴ Art. 121 do RICD: "As emendas de Plenário serão publicadas e distribuídas, uma a uma, às Comissões, de acordo com a material de sua competência.

Parágrafo único. O exame do mérito, da adequação financeira ou orçamentária e dos aspectos jurídicos e legislativos das emendas poderá ser feito, por delegação dos respectivos colegiados técnicos, mediante parecer apresentado diretamente em Plenário, sempre que possível pelos mesmos Relatores da proposição principal junto às Comissões que opinaram sobre a matéria".

escrutínio secreto por decisão do Plenário, mediante requerimento formulado por 1/10 dos parlamentares da Casa ou por Líderes que representem esse número.³¹⁵

A modalidade ostensiva, adotada na maior parte das votações, dá-se mediante processo simbólico ou processo nominal. Conforme antecipado, na votação simbólica, os parlamentares favoráveis à proposição devem permanecer tal qual se encontrem. Se não houver dúvida, o presidente proclamará o resultado. Do contrário, é possível formular pedido de *verificação*, que, para prosperar, depende do endosso de 31 deputados ou dos líderes que representem esse número. Uma verificação impede que outra seja requerida na hora seguinte, a não ser que a solicitação provenha de 51 deputados ou de líderes que representem esse número. A votação nominal, reservada aos casos de exigência de quórum qualificado, às situações de verificação de quórum e às hipóteses que assim deliberar o Plenário, é feita de preferência por meio eletrônico. De maneira excepcional, admite-se a votação por meio de chamada oral.

Depois de aprovado pela Câmara dos Deputados, quer no regime de apreciação conclusiva ou no regime de apreciação preparatória, o projeto segue para o Senado, onde tem curso semelhante. Se a Casa Revisora emendar o projeto, este volta para a Iniciadora, cuja decisão, como foi dito, prevalece, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos³¹⁶. Por fim, o projeto de lei segue para sanção e veto presidencial.

³¹⁵ Artigo 188 do RICD, cujo §2º veda a votação secreta nas seguintes hipóteses:

“§ 2o Não serão objeto de deliberação por meio de escrutínio secreto:

I - recursos sobre questão de ordem;

II - projeto de lei periódica;

III - proposição que vise à alteração de legislação codificada ou disponha sobre leis tributárias em geral, concessão de favores, privilégios ou isenções e qualquer das matérias compreendidas nos incisos I, II, IV, VI, VII, XI, XII e XVII do art. 21 e incisos IV, VII, X, XII e XV do art. 22 da Constituição Federal;

IV - autorização para instauração de processo, nas infrações penais comuns ou nos crimes de responsabilidade, contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.” (O inciso IV foi acrescentado pela Resolução nº 22/1992).

³¹⁶ Como referido, a Constituição, no ponto, carece de clareza, mas, na prática, a vontade da Casa Iniciadora prepondera. Conferir, a propósito, o acórdão proferido pelo STF na ADI 2182, cuja ementa foi transcrita anteriormente.

3.4 A capacidade institucional das comissões

A *capacidade institucional* das comissões e subcomissões temáticas é a razão pela qual se acredita serem esses órgãos as arenas mais apropriadas para conduzir o debate legislativo à luz das premissas da democracia deliberativa.

Capacidade institucional de um órgão ou agente tem a ver com as respectivas condições técnicas, instrumentais, políticas e democráticas para decidir, consideradas limitações e habilidades. A análise não recai sobre um indivíduo determinado tampouco sobre um modelo Hércules, mas sobre a instituição existente. Em geral, envolve um *juízo comparativo*. Busca-se cotejar dois ou mais órgãos ou agentes, para aferir quem tem maior aptidão institucional para decidir certa questão. A resposta concorrerá para orientar a postura a ser adotada por um agente/órgão em relação à decisão do outro – de maior deferência ou de maior ativismo³¹⁷.

No exame da capacidade institucional, verificam-se, entre outros elementos, “(i) a forma de atuação [do órgão ou agente] (v.g. o julgamento de casos concretos ou a edição de normas de caráter abstrato e genérico); (ii) a composição funcional, modo de provimento dos cargos e garantias (v.g., a expertise, a reputação dos servidores, o provimento por concurso, a indicação política ou a legitimação

³¹⁷ Sobre o tema, vale conferir o seguinte trecho de parecer proferido pelo professor Luís Roberto Barroso: “A segunda razão que justifica a deferência do Poder Judiciário em face de decisões razoáveis dos outros dois Poderes – especialmente relevante em matéria regulatória – está relacionada às chamadas capacidades institucionais, isto é, às condições de que cada estrutura dispõe para a tomada de decisões. De forma particular, cuida-se aqui da percepção de que, na normalidade das situações, o sistema político e as instâncias administrativas dispõem de melhores instrumentos para apreciar realidades complexas e fazer avaliações sistêmicas e de longo prazo. A função jurisdicional, por seu turno, destina-se tipicamente à apreciação das circunstâncias do caso concreto que lhe é submetido. Ainda que se permita ao juiz buscar elementos externos para a formação de seu convencimento, a estrutura na qual ele se insere não é aparelhada para considerar variáveis externas ao processo e fazer escolhas sobre a melhor forma de alcançar metas coletivas abrangentes. Tampouco é vocacionada para tanto, já que, como demonstrado acima, cabe aos representantes do povo tomar esse tipo de decisão.

Veja-se que não é necessário levar essas considerações ao extremo, de modo a defender o esvaziamento ou mesmo a minimização da interferência do Judiciário, cuja atuação na tutela de direitos reconhecidos pela ordem jurídica é imprescindível. Basta constatar que o controle judicial deve ser deferente às escolhas que não sejam claramente irrazoáveis, especialmente nas matérias que envolvam alta complexidade técnica ou estejam inseridas no contexto de um marco regulatório mais amplo, cujos contornos exatos o Judiciário não teria condições para apreender ou legitimidade para controlar. Como é intuitivo, esse conjunto de ideias recomenda que o Judiciário seja especialmente cauteloso ao intervir nas decisões de agências regulatórias que sejam caracterizadas por um forte componente técnico e não se mostrem claramente irrazoáveis”. (BARROSO, Luís Roberto. *Limites constitucionais à tutela coletiva e à condenação genérica. Estímulo ao desenvolvimento científico, separação de Poderes e devido processo legal*. 2010. Parecer não publicado, cedido pelo Autor). Sobre o tema, conferir também: SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (coord). *Vinte anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

democrática); (iii) a capacidade de aferição eficiente dos reflexos sistêmicos de uma dada decisão, sobretudo quanto a seus aspectos econômicos; (iv) a habilitação, em termos políticos, para a feitura de determinadas escolhas e estabelecimento de prioridades, como é o caso das chamadas ‘escolhas trágicas’ de políticas, tanto na vertente orçamentária como na regulação econômica e social”³¹⁸. Esses aspectos servem de diretriz para o presente estudo, apesar de terem sido arrolados com o propósito de comparar, em matéria de análise econômica do direito, a capacidade institucional do Judiciário com a do Legislativo e das agências reguladoras.

A preocupação com as capacidades institucionais, de certa forma, está presente em autores clássicos como Alexander Bickel, que sustenta deter o Poder Judiciário melhores condições para a defesa de princípios, em comparação com o Executivo e o Legislativo³¹⁹. Mesmo nos textos dos federalistas, é possível perceber certo cuidado com questões institucionais. Hamilton enfatiza, por exemplo, que o Executivo deve ser conduzido com energia. A partir dessa premissa, investiga os *ingredientes*, ou seja, os elementos institucionais que a proporcionem. Diz ele: “Os ingredientes que dão por resultado a energia do Executivo são: primeiro, a unidade; segundo, a permanência; terceiro, o provimento adequado a seu sustento; quarto, poderes suficientes. Os ingredientes que nos proporcionam segurança em um sentido republicano são: primeiro, a dependência que é devida a respeito do povo; segundo, a responsabilidade necessária”³²⁰.

³¹⁸ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios. BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (coord). *Vinte anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³¹⁹ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2.ed. Yale University Press, 1962 (ano da primeira publicação) p. 25: “Moreover, and more importantly, courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government”.

³²⁰ E continua: “Os políticos e homens de Estado que gozaram da má reputação devido à solidez de seus princípios e à exatidão de suas opiniões, pronunciaram-se a favor de um Executivo único e de uma legislatura numerosa. Com muita razão estimaram que a energia constitui a qualidade mais necessária do primeiro e acreditaram que existirá sobretudo quando o poder se encontrar em mãos de um só; tanto que com igual fundamento, consideram que a segunda é a que mais se adapta à deliberação e à prudência e a que mais probabilidades oferece de ser granjeada a confiança do povo e de garantir seus privilégios e interesses. Certamente, não se discutirá que a união faz a força. Como regra geral, os atos de um só homem se caracterizam por sua decisão, atividade, reserva e diligência, em um grau muito mais notável que os atos de qualquer número maior; e referidas qualidades diminuirão na mesma proporção em que o número aumente”. (HAMILTON, Alexander. O Federalista, LXX. *Op. cit.* p. 282). Num trecho adiante, enfatiza a permanência no cargo, proporcionada pela extensão do mandato, como fator determinante da firmeza do Presidente e, por conseguinte, da energia do Executivo (HAMILTON, Alexander. O Federalista, LXXI. *Op.cit.* p. 287 e s/s). Aliás, o reduzido tempo que os juizes da Corte Constitucional Japonesa exercem o cargo é um aspecto institucional apontado por Ackerman para a pouca independência. Assim como no Brasil, no Japão os Juizes devem se aposentar aos setenta anos. Além disso, a aprovação da escolha exige quórum simples. “A justaposição destas regras forneceu ao Partido Democrático Liberal governante uma fórmula simples para selecionar juizes que ‘não balançarão o barco’: escolher homens e mulheres na última etapa de suas carreiras, geralmente no início dos seus 60 anos. Isto permite ao partido identificar potenciais ‘agitadores do barco’ e recusar sua nomeação. Depois

Embora os chamados *founding fathers* já se preocupassem com as *condições institucionais* dos agentes públicos para o desempenho dessa ou daquela função, o debate, na área jurídica, ganhou corpo especialmente com o artigo *Interpretation and Institutions*, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule³²¹. Nesse estudo, os Autores criticam a cegueira institucional de que padeceriam teorias célebres sobre interpretação como a de Bentham, Hart, Dworkin, Posner. Para Sunstein e Vermeule, a pergunta correta não é *como um texto deve ser interpretado*, mas sim *“como as instituições, com suas distintas habilidades e limitações, devem interpretar certos textos”*³²². A despeito das críticas que lhe são dirigidas³²³, fato é que o artigo jogou luz sobre a questão afeta à capacidade institucional.

Conforme salientam Gustavo Binenbojm e André Cyrino, o debate tem como efeito oxigenar o princípio da separação entre os Poderes, de sorte que se avance

que o juiz chega à Corte, a idade de aposentadoria interrompe o seu serviço antes que ele possa ganhar autoconfiança integral no seu novo papel. Considerando esta estrutura de nomeação e mandato, a relativa passividade japonesa não é nenhuma surpresa”. (ACKERMAN, Bruce. *Op. cit.* p. 42 e 43). O reduzido número de leis declaradas inconstitucionais indica a ausência de independência da Suprema Corte Japonesa. Dados de 2009 revelam que, em 50 anos de existência, a Corte apenas declarou a inconstitucionalidade de oito leis. (LAW, David S. *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*. *Texas Law Review*, Vol. 87, p. 1545, 2009; Washington U. School of Law, Working Paper No. 09-06-02. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1406169>. Acesso em 14.06.2011).

³²¹ É o que informam Gustavo Binenbojm e André Cyrino: “Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos, é razoável sustentar que o trabalho que efetivamente deu corpo a esse debate foi o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, publicado em 2003, intitulado *Interpretation and Institutions* (‘Interpretação e instituições’). Outro teórico a que se referem os Autores é Stephen Breyer, que é juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A versão preliminar do artigo *Interpretation and Institutions* está disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>. Acesso em 02.06.2010. A par de conter crítica às teorias interpretativistas existentes, as quais passariam ao largo das capacidades institucionais dos agentes, o artigo apresenta-se como pioneiro no trato da questão, o que gerou a reação de Posner, que os tachou de imodestos. POSNER, Richard A. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. p. 952-970. *101 Michigan Law Review*. February, 2003.

³²² Eis o original: “As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations interpret certain texts’”. SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. University of Chicago Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper n° 28. p. 2. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>. Acesso em 02.06.2010. Além da capacidade institucional, os Autores referem-se aos efeitos dinâmicos de cada análise.

³²³ A propósito, conferir: POSNER, Richard. *Op. cit.* p. 952, que assim sintetiza, já no primeiro parágrafo, a crítica dirigida a tal artigo: “Cass Sunstein and Adrian Vermeule argue in *Interpretation and Institutions* that judicial interpretation of statutes and constitutions should take account both of the institutional framework within which interpretation takes place and of the consequences of different styles of interpretation; they further argue that this point has been neglected by previous scholars. The first half of the thesis is correct but obvious; the second half, which the authors state in terms of empathic to the point of being immodest; is incorrect. Moreover, the authors offer no feasible suggestions for how the relation between interpretation and the institutional framework might be studied better than it has been by their predecessors. And the article is rife with unresolved tensions, for example between the article’s theses and Sunstein’s previous scholarship and between the article’s insistence on rigorous empiricism, on the one hand, and on the other, its empirically ungrounded praise for judicial formalism and ‘clause-bound interpretation’ of the Constitution, its implicit skepticism whether constitutional rights (unless clearly stated in the text of Constitution) should be judicially enforceable at all, and its explicit enthusiasm for administrative agencies. The survey of previous scholarship lacks breadth and depth; an unkind critic might describe the article as a species of armchair legal scholarship that pitches its critique at so lofty an altitude that the authors have difficulty seeing the objects of their criticisms clearly”.

para além das ideias de Locke, Madison e Montesquieu^{324 e 325}. Análises sobre a capacidade institucional justificam a postura que um Poder deve adotar perante a deliberação do outro, bem como os moldes da decisão que deve proferir³²⁶. Mas não é só. A discussão parece pertinente também para definir, no âmbito interno de cada Poder, quem deve desempenhar esse ou aquele papel ou tomar certas decisões³²⁷. É nesse ponto que a questão conecta-se ao presente estudo. Em comparação ao Plenário, as comissões e subcomissões parlamentares mostram-se mais aptas institucionalmente para conduzir o processo legislativo de maneira bem informada, aberta, transparente, responsiva. São arenas mais propícias à exposição de razões

³²⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. *Op. cit.* p. 753.

³²⁵ Sobre uma nova leitura do princípio da separação entre os Poderes, conferir a obra anteriormente referida de anteriormente: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. Da conclusão se depreende: “Este é um ensaio explicativo sobre uma grande matéria e cumprirá o seu objetivo se nos empurrar para além dos encantamentos ritualistas de Madison e Montesquieu. A separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência. Ao contrário”. (p. 113)

³²⁶ A propósito dos moldes da decisão, haja vista a capacidade institucional do órgão prolator, é interessante o precedente proferido no caso *Grootboom (Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others)*, pela Suprema Corte sul-africana, noticiado por Daniel Sarmento. Dezenas de pessoas viviam em barracas depois de terem sido despejadas de área particular, o que as motivou a ingressar com ação contra o Estado, a fim de que este assegurasse abrigos adequados enquanto não obtida a acomodação definitiva ou, ao menos, a fim de que assegurasse nutrição básica, abrigo e cuidados médicos às crianças que compunham o grupo. Contra decisão desfavorável, o Estado recorreu à Suprema Corte. Embora a Constituição sul-africana consagre o direito à moradia, a Corte entendeu não ser o caso de se determinar ao Estado que garantisse de imediato a cada indivíduo abrigo adequado. Todavia afirmou ser possível o controle judicial da razoabilidade da política pública de habitação, reputando-a falha por não contemplar medidas emergenciais. Determinou, assim, que a política fosse reformulada, sem especificar quais medidas concretas deveriam ser acrescentadas. Para garantir a observância da decisão proferida, a Corte designou um órgão técnico independente, de expertise reconhecida – o *Human Rights Commission* –, para supervisionar a elaboração e implantação da nova política, determinando que ele se reportasse ao tribunal. O precedente demonstra não só a contenção da Corte mas também como a consciência sobre a respectiva capacidade institucional orientou os moldes em que proferida a decisão. A decisão está disponível em:

<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgisirsi/m8mh83t4TI/MAIN/246820017/9>. Acesso em 17.06.2011.

Sobre o tema: SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos*. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 582.

³²⁷ A análise da capacidade institucional é relevante, por exemplo, para definir quem, no âmbito do Poder Executivo pode decidir pela inconstitucionalidade de uma lei e determinar o respectivo descumprimento. É inviável sustentar que esse dever-poder compete a qualquer agente. Imaginem dois policiais encarregados de uma blitz agindo à sua própria maneira. Um deles apreende o veículo por considerar desatendida determinada exigência constante de lei que, na visão dele, policial, foi invalidamente revogada. O outro não o apreende por considerar válida a revogação da exigência. Esse seria um quadro de total descompasso, de anarquia administrativa, de caos. Definir quem pode deliberar requer a investigação da *capacidade institucional* dos agentes e órgãos públicos, ou seja, a determinação de quem tem as melhores condições técnicas, políticas, democráticas para decidir, consideradas as respectivas limitações e habilidades. No âmbito da Administração Direta, por exemplo, ressalvada a competência de determinados órgãos, acreditamos que, quando houver tempo hábil, a decisão deve ser concentrada no cume da Administração, competindo exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo definir sobre a constitucionalidade ou não da lei. A uma, porque a investidura popular do Chefe do Poder Executivo bem como sua submissão a mecanismos de responsabilidade política e social garantem-lhe plena legitimidade democrática. A duas, porque o princípio da segurança jurídica reclama atuação administrativa harmônica, fazendo-se necessária ordenação, a hierarquia administrativa. Eventual falta de expertise pode ser suprimida com a emissão de parecer da Procuradoria Jurídica. Em razão da respectiva capacidade institucional, há de se reconhecer que órgãos ou agentes da administração pública direta cujas funções reclamem maior autonomia também detêm o dever-poder de deixar de aplicar leis inconstitucionais. É o caso por, exemplo, de órgãos julgadores.

e ao debate efetivo, calcado em argumentos técnicos e políticos – estes no sentido nobre da expressão.³²⁸

A própria Constituição confere mecanismos a esses órgãos fracionários para trazer informações ao processo legislativo e pluralizar o debate. Como visto, o artigo 58, §2º, inciso II, contempla a realização de audiências com entidades da sociedade civil. O inciso III faculta a convocação de ministros de Estado. O dispositivo relaciona-se não apenas com a função de controle das comissões, mas também com a função legislativa. Em sintonia com os preceitos constitucionais, o Regimento Interno da Câmara autoriza que as comissões solicitem “*audiência ou colaboração de órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional, e da sociedade civil, para elucidação de matéria sujeita a seu pronunciamento*” e, ainda, prevê que esses órgãos fracionários promovam conferências, exposições, palestras e seminários³²⁹.

Utilizando-se desses recursos, comissões e subcomissões podem ouvir argumentos favoráveis e contrários à proposta legislativa, conhecer alternativas, colher dados, esclarecer dúvidas, avaliar os efeitos da intervenção legislativa, apurar potenciais consequências indesejadas, estimar custos e benefícios. Audiências públicas, exposições, colaborações de especialistas, aliados à assessoria técnica, permitem, assim, suprir o déficit de *expertise* dos parlamentares para deliberação de temas variados e complexos.

Além de trazer informações, esses mecanismos contribuem para a abertura do processo legislativo, que se torna mais permeável à sociedade, haja vista a participação de entidades da sociedade civil. Pode-se objetar que setores econômicos diretamente afetados engajam-se mais no processo legislativo do que a

³²⁸ Os esclarecimentos do deputado Chico Alencar corroboram essa visão. Indagado sobre os debates no Plenário e nas comissões parlamentares, o parlamentar respondeu:

“ [...]o Plenário [...] raras vezes enfrenta grandes debates, grandes argumentações. Nessa legislatura, por exemplo, [que]começou [há quatro meses] [...] a gente teve discussão de mais qualidade no debate sobre salário mínimo e [...] sobre Código Florestal, independentemente do resultado. Eu, por sinal, perdi todas, mas duas ou três vezes no Plenário você conseguiu fazer uma discussão de mais conteúdo.

Já nas comissões permanentes e nas audiências públicas que essas comissões fazem – convidando pessoas que têm mais expertise, mais entendimento sobre determinadas matérias, mais conteúdo –, eu reconheço que o debate é muito rico [e] a diversidade brasileira aparece bem. **Ali é um espaço singular da produção legislativa de mais qualidade.** É claro que a comissão tem poder decisório limitado. Embora haja projetos terminativos em comissões, [...] o ápice, o órgão máximo da instância legislativa nacional é o plenário da Câmara ou do Senado, mas as comissões têm um peso. Ali se aprofunda o debate e ali há um pequeno espaço de convencimento com argumentos”. (Destacamos)

³²⁹ Artigo 24, incisos XIII e XIV, do RICD.

sociedade civil em geral³³⁰. É verdade, mas há também renomados especialistas que comparecem às audiências públicas e não estão a serviço de grupos econômicos. De qualquer forma, a *super-representação* de alguns não deslegitima a abertura do processo. Antes, sinaliza a necessidade de se refletir sobre mecanismos que atraiam outros segmentos da sociedade, de maneira a amenizar o desequilíbrio no acesso aos tomadores de decisão. Esse é um desafio. Talvez contribua para superá-lo o estímulo para que universidades e entidades de classe entrem no debate³³¹.

A atuação das comissões e subcomissões incrementa também o *controle social*, por tornar mais visível o processo legislativo e o comportamento de cada parlamentar. No Plenário das Casas, com 513 deputados e 81 senadores, pulveriza-se a responsabilidade, em especial com a adoção da chamada votação simbólica. Já nas comissões, cujas sessões são transmitidas pela internet³³², mostra-se mais fácil monitorar os parlamentares, quer durante as audiências públicas, quer durante as votações. Quem quiser terá meios para averiguar a atuação do parlamentar X ou Y – como se porta nas sessões (é ativo, é inerte), o que pergunta, o que defende, como vota e por que aparentes razões. Isso não significa, obviamente, que as pessoas com acesso à internet estarão o tempo todo conectadas para acompanhar o trabalho das comissões parlamentares, mas apenas que terão meios efetivos para fazê-lo. A ênfase nas comissões e subcomissões facilita, portanto, o escrutínio público no curso do mandato parlamentar.

É certo que pode implicar algum grau de perda da *accountability* eleitoral – terei mais dificuldade para avaliar o meu candidato e formar uma opinião nas eleições subsequentes se ele não integrar a comissão incumbida da matéria de meu interesse ou ainda se a comissão por ele composta não for competente para apreciar determinados projetos reputados polêmicos em relação aos quais gostaria de saber como ele se posicionaria. Essa dificuldade pode ser em parte superada.

³³⁰ Embora se refiram às contribuições da sociedade civil ofertadas à ANATEL, os dados trazidos por Gustavo Binenbojm são reveladores e parecem refletir também a realidade legislativa. De acordo com a pesquisa que ele cita, 68,69% das contribuições partiram de grupos do setor de telecomunicações e associados, como escritórios de advocacia. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³³¹ A propósito, merece destaque a iniciativa do Ministério da Justiça de criar o projeto “*Pensando o Direito*”, cujo objetivo é “*estreitar laços com a academia e qualificar a Secretária em seu trabalho de elaboração normativa*”. Sobre o tema, conferir:

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBEB32F35ITEMID896547BFF6464EA594D3536E1ADA16A2PTBRIE.htm>.

³³² Na Câmara, as audiências públicas e sessões deliberativas das comissões são transmitidas pela internet ao vivo. No Senado, os respectivos áudios são disponibilizados.

Basta que eu, eleitor, inteire-me da comissão composta por meu candidato e o avalie. Certamente, será muito mais fácil fazê-lo no órgão fracionário do que no Plenário. Quanto aos projetos polêmicos, a colocação procede. Uma vez dificultada a remessa do projeto para apreciação do Plenário – medida que se defenderá no próximo tópico – , talvez se torne inviável ao eleitor conhecer a posição de seu candidato em determinada matéria, o que, em parte, prejudica a *accountability* eleitoral. De qualquer forma, para efeitos de escrutínio público, os ganhos proporcionados pela concentração dos trabalhos nas comissões parecem sobrepor-se aos prejuízos.

Em objeção aos órgãos fracionários, é possível articular também com a perda de representatividade decorrente da redução do colegiado. Como foi dito no capítulo anterior, o alto número de parlamentares contribui para refletir a diversidade da população. A sociedade, sendo plural, não pode ser representada no Parlamento por poucas vozes. A heterogeneidade – proporcionada pelo colegiado amplo – permite que diferentes pontos de vista da sociedade sejam representados, o que, inclusive, traz conforto àqueles que endossam opinião divergente. Saber que os respectivos argumentos foram expostos e considerados, mesmo que não tenham prevalecido, torna mais aceitável o ato normativo, ainda que dele se discorde³³³. Nesse contexto, a diversidade é importante não só para incrementar a base informacional, mas também para agregar diferentes perspectivas ao debate, em prol da legitimidade de seu resultado.

Em razão do maior número, o Plenário das Casas mostra-se mais rico em diversidade em comparação às comissões, o que lhe daria vantagem em termos de

³³³ A propósito, Jeremy Waldron assevera: “I think these numbers are valued not just because more is better for, say, the reasons elaborated in Condorcet’s jury theorem, but because more gives us the opportunity to diversify the membership, to have legislators form a variety of places, representing a diversity of interests and opinions. Legislatures are formally structured to ensure diversity, and the modern idea of legislation rests philosophically on an insistence that society, being pluralistic, is in essence incapable of representation by a single voice or by reference to a single of interests.[...]”

Why is this diversity so important for lawmaking? Partly it is informational. We hope that representatives will come from different parts of the country, bringing with them knowledge of the special needs and circumstances of different groups. We want to ensure an adequate representation of the diversity of interests in society. [...] But the value of diversity also has to do with heterogeneity of opinions. The legislature is a place where we argue and debate, and we want to ensure a hearing for the largest possible variety of opinions concerning the issues that are raised when a change in the law is being contemplated. The idea is that new law emerging from this institution cannot claim its authority on the basis of any cozy consensus among likeminded people (whether in the community or in the legislature). Instead, its claim to authority must make reference to the controversies surrounding its enactment. If a citizen, who disagrees with the new law, asks why she should obey it, we want to be able to say to her that disagreements (along the lines that she is expressing) were aired as fiercely and as forcefully as possible at the time the law was considered and that it was enacted nevertheless in a fair process of deliberation and decision.” (WALDRON, Jeremy. *Principles of legislation*. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch*. Cambridge, p. 25).

legitimidade. Esse argumento atinente à representatividade, contudo, há de ser visto com reservas. De início, é de ter presente os mecanismos que buscam reproduzi-la no âmbito das comissões. O artigo 58, §1º, preconiza a observância da representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares na composição desses órgãos fracionários. Em harmonia com o propósito constitucional, o artigo 23 do Regimento Interno da Câmara determina a presença de um membro da minoria em cada comissão, ainda que não lhe caiba assento pelo cálculo proporcional.³³⁴

E ainda: as normas regimentais da Câmara e do Senado garantem o direito de todo parlamentar participar, sem direito a voto, das sessões de todas as comissões, ainda que não as integre³³⁵. Nessa situação, embora lhe seja negado o voto, o parlamentar poderá expor, ponderar, debater, enfim, terá oportunidade para interagir e persuadir, o que atende, em larga medida, à representação que lhe incumbe. De fato, com a possibilidade de qualquer parlamentar participar da comissões para discutir projetos de lei, abre-se espaço para a presença das razões de todos, o que supre, em parte, a carência de representatividade.

É de questionar, ademais, o grau de representatividade realmente alcançável em Plenário. Em razão do tamanho do colegiado, é difícil imaginar a exposição de diferentes perspectivas, o embate de ideias. Não há deliberação efetiva, mas apenas apresentação de poucas opiniões. Assim, sob o ângulo da representatividade, o cotejo das comissões e do Plenário também parece conferir vantagem àquelas.

Examinados os elementos institucionais das comissões e subcomissões – a composição mais reduzida, os mecanismos de que dispõem para suprir a *expertise*, a capacidade de avaliação dos reflexos de suas decisões –, cumpre concluir serem esses órgãos fracionários arenas mais adequadas à condução do processo legislativo. Nelas, é possível organizar discussões, promover debates, expor argumentos, trazer informações e pluralizar o processo de tomada de decisão, o que não se mostra crível num colegiado com 81 ou 513 parlamentares.

³³⁴ “Art. 23. Na constituição das Comissões assegurar-se-á, tanto quanto possível, a representação proporcional dos Partidos e dos Blocos Parlamentares que participem da Casa, incluindo-se sempre um membro da Minoria, ainda que pela proporcionalidade não lhe caiba lugar”.

³³⁵ Artigo 50, §3º, do RICD:

“§ 3º O Deputado poderá participar, sem direito a voto, dos trabalhos e debates de qualquer Comissão de que não seja membro.

A defesa das comissões e subcomissões não significa a inexistência de aspectos que reclamem aperfeiçoamento³³⁶. São necessários ajustes, de maneira a aprimorá-las. Um ponto que demanda reflexão diz respeito à assessoria legislativa. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, as comissões parlamentares brasileiras não dispõem de assessoria técnica própria. Na Câmara dos Deputados, existe a Consultoria Legislativa – órgão institucional à disposição dos parlamentares cuja função é prestar assessoria em todas as fases do processo legislativo. A Consultoria Legislativa desenvolve trabalho variado: realiza estudos e pesquisas, analisa situações, formula propostas, elabora projetos de lei, justifica alternativas, estima custos e benefícios, redige pareceres, escreve discursos. Os trabalhos feitos são confidenciais, apartidários e, muitas vezes, exclusivos³³⁷. O órgão é composto por equipe multidisciplinar, que se estrutura em vinte e uma áreas, cuja partilha de competência guarda semelhança com a divisão temática das comissões³³⁸.

Um dos aspectos negativos da Consultoria Legislativa da Câmara é agir apenas mediante provocação, e não de ofício. Nas sessões das comissões, por exemplo, o consultor apenas estará presente se for requisitado. Da mesma forma, se não houver solicitação, a Consultoria não desenvolve trabalho prévio às audiências públicas, de pesquisa, de levantamento de dados, de formulação de perguntas, ao contrário do que se verifica nas comissões americanas. É claro que cada parlamentar pode preparar-se para as audiências com a respectiva assessoria

³³⁶ Na expressão, que é utilizada por Canotilho e que é título de obra organizada por Boaventura de Souza Santos, é preciso “*democratizar a democracia*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 426.

³³⁷ Informações obtidas no site da Câmara.

³³⁸ Área I – Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal, Administrativo, Processo Legislativo e Poder Judiciário;
 Área II – Direito Civil e Processo Civil, Penal e Processual Penal, de Família, do Autor, de Sucessões, Internacional Privado;
 Área III – Direito Tributário, Tributação;
 Área IV – Finanças Públicas;
 Área V – Direito do Trabalho e Processual do Trabalho;
 Área VI – Direito Agrário e Política Fundiária
 Área VII – Sistema Financeiro, Direito Comercial, Econômico, Defesa do Consumidor;
 Área VIII – Administração Pública;
 Área IX – Política e Planejamento Econômicos, desenvolvimento econômico e economia;
 Área X – Agricultura e Política Rural;
 Área XI – Meio Ambiente e Direito Ambiental, Organização Territorial, Desenvolvimento Urbano e Regional;
 Área XII – Recursos Minerais, Hídricos e Energéticos;
 Área XIII – Desenvolvimento Urbano, Trânsito e Transportes;
 Área XIV- Comunicação Social, Informática, Telecomunicações, Sistema Postal, Ciência e Tecnologia;
 Área XV – Educação, Cultura, Desporto, Ciência e Tecnologia;
 Área XVI – Saúde Pública, Sanitarismo;
 Área XVII – Segurança Pública e Defesa Nacional;
 Área XVIII – Direito Internacional Público, Relações Internacionais
 Área XIX – Ciência Política, Sociologia Política, História, Relações Internacionais;
 Área XX – Redação e Discurso Parlamentar;
 Área XXI – Previdência e Direito Previdenciário.

individual. A crítica que ora se faz dirige-se à falta de uma assessoria institucional especializada que dê suporte estritamente técnico e constante às comissões, que, independentemente de requisição, faça pesquisas, analise os custos e benefícios do projeto sob exame, indique alternativas, aponte efeitos colaterais, desenvolva trabalho prévio às audiências.

Ainda quanto à Consultoria, outro aspecto censurável refere-se à ausência de autonomia técnica. Atualmente, os parlamentares podem orientar o parecer a ser proferido. Se um parlamentar encomendar um parecer favorável à pena de morte, a Consultoria o elaborará, não obstante a manifesta inconstitucionalidade. Com isso, a *expertise* da assessoria fica comprometida. De nada adianta o consultor ser um exímio conhecedor da matéria se, na elaboração do trabalho, tiver que seguir um *script* determinado e aderir a uma conclusão ditada. A crítica aqui não se refere à possibilidade de o parlamentar buscar respaldo a uma posição que entenda correta. A Consultoria nos moldes atuais é necessária. O ponto é outro. A crítica dirige-se à ausência de uma assessoria paralela dotada de autonomia técnica. Talvez se deva pensar num braço especial da Consultoria para atuar junto às comissões. No desenho imaginado, esse braço seria especializado na matéria de competência da comissão, seria imparcial e daria apoio institucional à comissão, e não a cada deputado individualmente. Seu propósito seria suprir o *déficit* de expertise dos parlamentares e contribuir para o debate bem informado. Nesse cenário, a Consultoria da Casa permaneceria à disposição dos deputados individualmente, a fim de supri-los de argumentos técnicos até mesmo para rebater os pareceres elaborados pela Consultoria atrelada à Comissão.

Outro campo com potencial a ser explorado diz respeito aos canais de comunicação com a sociedade. As comissões são as arenas mais apropriadas para colher os *inputs* da população, o que pode ser feito, ao menos, por meio de dois instrumentos: consulta pública e avaliação de impacto. A avaliação de impacto, que apresenta uma fase de consulta pública, será tratada no tópico seguinte. A consulta pública propriamente dita existe no âmbito das agências reguladoras³³⁹. Iniciativas nessa linha também são conduzidas pela Administração Direta. É o caso do marco

³³⁹ Aliás, as comissões temáticas poderiam travar diálogos constantes com as agências reguladoras. São as arenas mais adequadas para promovê-los. Essa interação, além de contribuir com o debate legislativo, trazendo informações e diferentes perspectivas, pode incrementar a legitimidade das deliberações das próprias agências. Sobre o tema da legitimidade das agências reguladoras, conferir: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

civil da internet.³⁴⁰ A consulta pública consiste, basicamente, em submeter ao escrutínio público propostas de regulação antes de editá-la. As contribuições oferecidas devem ser analisadas e respondidas. Esse é um ponto importante. O direito de se manifestar há de compreender também o direito de ser ouvido e de ser respondido, sob pena de se frustrarem os fins almejados com a utilização da consulta. A ausência de resposta prejudica a transparência e o controle social – o povo não saberá o porquê, em seu nome, determinada sugestão foi acolhida ou rejeitada³⁴¹. Ademais, a resposta funciona como estímulo à participação da sociedade. Ter a certeza de que a participação será ouvida incentiva a participação. Afinal, *“o único estímulo eficaz ao esforço mental – exceto em algumas poucas mentes em uma geração – é a perspectiva de algum uso prático a ser feito com os seus frutos”*³⁴².

Passemos agora ao outro mecanismo que pode ser adotado no âmbito das Comissões e que apresenta potencial para encurtar a distância entre representantes e representados – a avaliação de impacto.

3.5 Avaliação de impacto da legislação

No Brasil, vigoram milhares de leis. Se, para um especialista, é difícil saber quais diplomas legislativos regem determinada situação, imaginem para o cidadão comum. A irracionalidade e, por conseguinte, a insegurança predominam. Muitas leis padecem de obscuridade, geram distorções, impõem custos desnecessários, desaguam em litígios. Depois de editar uma lei, o Poder Legislativo simplesmente se esquece do que fez – não se informa sobre as dificuldades de interpretá-la, sobre os impactos reais por ela causados, sobre a consecução do fim com ela almejado. No Brasil, inexistente um mecanismo institucional que permita ao Poder Legislativo avaliar o diploma antes e depois de editado.

³⁴⁰ Para maiores informações, conferir o site: <http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>

³⁴¹ É de lembrar que o direito ao contraditório, garantido em litígios administrativos e judiciais, compreende o direito de informação, o direito de manifestação, o direito de ver seus argumentos considerados. A propósito, conferir o acórdão prolatado no MS – 24.268. Relator ministro Gilmar Mendes.

³⁴² MILL, Stuart. Governo representativo. WEFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. V. 2. 11.ed. São Paulo: Editora Ática, 2006. p. 217.

Em vários países, existe a chamada *avaliação de impacto normativo*. A ferramenta está cada vez mais em voga. Desde a década de 1990, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³⁴³ recomenda sua utilização³⁴⁴. Em 2006, conferiu especial ênfase à importância de legislações primárias, que veiculem regulações, serem antecedidas de avaliação de impacto³⁴⁵. A União Europeia a adota, com o objetivo de *legislar melhor*, o que compreende a simplificação da legislação em vigor, a redução dos encargos e o exame dos efeitos de propostas, no que tange aos aspectos sociais, econômicos e ambientais³⁴⁶.

A maior parte dos países-membros da OCDE está avançada na utilização da ferramenta³⁴⁷. Outros ainda engatinham na matéria, como é o caso de Portugal, que carece de um sistema de avaliação de impacto das normas jurídicas, mas editou, em 2010, o *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*³⁴⁸, coordenado pelo jurista Carlos Blanco de Moraes, cujo objetivo é orientar, sob o ponto de vista metodológico e técnico, as equipes que serão encarregadas de proceder a esses estudos no Ministério da Justiça.

No Brasil, não há a obrigação legal de proceder-se à *avaliação de impacto normativo*. No ambiente das agências reguladoras, a questão começa a aflorar e

³⁴³ Fazem parte da Organização: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, , Grécia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coréia, Luxemburgo, México, Noruega, Polônia, República Eslováquia, Eslovênia, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos.

³⁴⁴ Conferir: RADAELLI, Claudio M. *Desperately seeking regulatory impact assessments: diary of a reflective researcher*. 2007. Disponível em: <http://centres.exeter.ac.uk/ceg/research/riacp/documents/DesperatelySeekingRIAs22Nov2007.pdf>. Acesso em 25.06.2011.

³⁴⁵ Diferentemente do que ocorre no Reino Unido e do que se quer implementar em Portugal, nos Estados Unidos apenas atos infralegais oriundos de agências reguladoras são precedidos de avaliação de impacto. A propósito, RAUEN, Cristiane Vianna. *Metodologias de Análise de Impacto Regulatório e a Análise Custo-Benefício*. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/copy4_of_2005. Acesso em 24.06.2011. p. 07. A Autora traz ainda a síntese de uma avaliação de impacto levada a cabo pela FDA, que focava na redução do número de ataques cardíacos ocorridos nos Estados Unidos. De qualquer forma, é de ter presente que, embora a avaliação de impacto das leis não seja institucionalizada nos Estados Unidos, as Comissões Parlamentares acabam desenvolvendo estudo semelhante, porquanto “sempre que necessário, o parecer [dessas comissões] citará dados como estimativas de custos e expectativas quanto ao impacto que a aprovação da proposição eventualmente causará na sociedade”. (CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 209).

³⁴⁶ Ver, a propósito, a Resolução do Parlamento Europeu, de 9 de setembro de 2010, sobre “Legislar Melhor”. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0311&language=PT>. Acesso em 25.06.2011.

³⁴⁷ Conferir síntese feita acerca dos mecanismos utilizados para a melhoria da regulação e dos desenhos institucionais adotados por alguns desses países: ALBUQUERQUE, Kélvia Frota. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentável*. Disponível em:

http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006/doc_trab_no_35_kelvia_albuquerque.pdf/view. Acesso em 25.06.2011.

³⁴⁸ MORAIS, Carlos Blanco (coord). *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Coimbra: Almedina – DGPJ (Direção-Geral da Política da Justiça), 2010.

promete ser a terceira onda regulatória³⁴⁹. Há projetos-pilotos em andamento na ANVISA, na ANEEL, na ANCINE e na ANS, voltados à introdução do que aqui se chamará de *análise de impacto regulatório* (AIR)³⁵⁰. Ao que parece, porém, ainda não se cogita estendê-la ao Parlamento. Este é justamente o propósito do presente tópico: propor o debate sobre a extensão da ferramenta ao Poder Legislativo, que tem condições de utilizá-la não no Plenário mas nas respectivas comissões temáticas. Cumpre, assim, examinar os contornos da *avaliação de impacto*, cujos elementos-básicos são similares, embora haja variação de país para país³⁵¹. Para ilustrá-los, escolheu-se a experiência britânica³⁵².

3.5.1 A experiência britânica

No Reino Unido, intervenções regulatórias propostas pelo governo, legislativas ou não, bem como pelos parlamentares³⁵³ devem ser acompanhadas de avaliação de impacto (*impact assessment*). O objetivo é duplo: ajudar os

³⁴⁹ Carlos Ragazzo assevera que a avaliação de custos e benefícios é a terceira onda regulatória no Brasil: “A primeira onda regulatória obviamente envolve o processo de desregulação (ainda que relativa) e de privatização com a instituição das agências reguladoras setoriais, em caráter autônomo e independente, com poderes normativos, administrativos e judicantes. [...]”

A segunda onda, por sua vez, diz respeito à questão de legitimidade. Por se tratarem de órgãos burocratizados e insulados de accountability eleitoral, a discussão recaiu sobre a necessidade de se implementar canais de participação para os grupos de interesse envolvidos na regulação. Essa onda ainda está sob avaliação dos acadêmicos, que não raro avaliam com desconfiança o impacto concreto das consultas e audiências públicas (corolários dessa onda), por vezes considerando-as como mero instrumento legitimador da participação dos grupos de interesse que já se manifestavam, não contribuindo, dessa forma, para uma expansão do lócus de discussão da sociedade. [...]

Então a terceira onda implica uma preocupação maior com custos e benefícios das regulações editadas. Essa onda ainda é preliminar no Brasil, sendo objeto apenas de planos prognósticos, embora já seja uma realidade concreta em países desenvolvidos, além de uma verdadeira orientação por parte da OCDE”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 206 a 208)

³⁵⁰ Conferir informações, inclusive sobre o programa pertinente, PRO-REG, em: www.regulacao.gov.br. Acesso em 25.06.2011. Na ANEEL, o projeto-piloto aborda os medidores de energia eletrônicos, em especial, a forma de implantá-los no Brasil. Já há notícias, inclusive, da elaboração de um modelo de AIR para a ANEEL.

³⁵¹ Ver, a propósito, o estudo da OCDE intitulado: *Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory*. Disponível em: www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf. Acesso em 25.06.2011. p.02

³⁵² Apenas a título de esclarecimento: elegeram-se a experiência britânica por três motivos. Em primeiro lugar, pela facilidade de acesso ao material, disponível na internet e de forma bem didática. Em segundo lugar, por ser considerada uma das experiências mais bem sucedidas da Europa (Conferir, a propósito: *Better Regulation in Europe: United Kingdom*. 2010. Disponível na internet em: <http://www.oecd.org/dataoecd/61/46/44912232.pdf>). Em terceiro lugar, porque a nossa atenção para o tema foi despertada por uma palestra proferida por um economista que atua na elaboração das avaliações de impacto junto ao Reino Unido, Dra. Joana Quina.

³⁵³ O ponto foi gentilmente elucidado por Jessica Blakely, por e-mail: “All of the impact assessment policies can be found on <http://www.bis.gov.uk/ia>. The toolkit has details of the impact assessments for MP (i.e. not Minister) proposals, see 'private bills' annex 1 page 50”. Havíamos formulado a seguinte pergunta: “I was reading your impact assessment guidance and it was not clear for me whether all regulatory interventions that impose costs on businesses require an impact assessment or only those proposed by the Government, not by MPs”.

responsáveis pela elaboração de políticas (*policy makers*) a entender as consequências de possíveis intervenções normativas no setor público, no privado e no terceiro setor (composto por instituições de caridade); e permitir ao governo sopesar os efeitos negativos e positivos de tais intervenções, inclusive para rever o impacto das políticas públicas depois de implementadas³⁵⁴.

A avaliação de impacto possibilita que os interessados compreendam e questionem a razão da intervenção proposta; as principais alternativas consideradas; a maneira como as novas políticas poderão repercutir no setor e a extensão do impacto; os custos e os benefícios estimados da proposta; e as potenciais consequências indesejadas.

No Reino Unido, adota-se o princípio de que a intervenção do Estado não é a melhor maneira para solucionar problemas ou alcançar determinados fins³⁵⁵. Alternativas à clássica regulação, tais como a auto-regulação e a adoção de códigos voluntários, devem ser seriamente consideradas. Justifica-se a intervenção do Estado caso ela se mostre claramente superior às demais alternativas. Fora isso deve estar reservada, por exemplo, às hipóteses em que se constata *falha de mercado*³⁵⁶ ou se busca o implemento de políticas redistributivas. A razão

³⁵⁴ Conferir o Guia de Avaliação de Impacto utilizado no Reino Unido. Disponível em: <http://www.bis.gov.uk/assets/BISCore/better-regulation/docs/1/10-1269-impact-assessment-guidance.pdf>. Acesso em 22.06.2011.

³⁵⁵ É o que se depreende dos *Princípios da Regulação no Governo de Coalizão*:

“General Principles:

1. The Government will regulate to achieve its policy objectives only:
1. having demonstrated that satisfactory outcomes cannot be achieved by alternative, self-regulatory, or non-regulatory approaches; and
2. where analysis of the costs and benefits demonstrates that the regulatory approach is superior by a clear margin to alternative, self-regulatory or non-regulatory approaches; and
3. where the regulation and the enforcement framework can be implemented in a fashion which is demonstrably proportionate; accountable; consistent; transparent and targeted.
2. There will be a general presumption that regulation should not impose costs and obligations on business, social enterprises, individuals and community groups unless a robust and compelling case has been made”.

Os princípios encontram-se no Anexo A do Guia de Avaliação de Impacto, disponível na internet em <http://www.bis.gov.uk/assets/BISCore/better-regulation/docs/1/10-1269-impact-assessment-guidance.pdf>. Acesso em 22.06.2011.

³⁵⁶ Tais falhas caracterizam-se quando o mercado não é capaz, por si só, de produzir resultados eficientes para cidadãos, consumidores e produtores. São falhas de mercado:

bens públicos, externalidades, mercados não competitivos e assimetria de informações. Conforme esclarece Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, o conceito jurídico de bem público é diferente do econômico. Alude-se ao conceito econômico de bem público enquanto falha de mercado. O Autor assim o explica: “os bens públicos são aqueles que podem ser consumidos tanto por aqueles que não despenderam recursos para o seu consumo (o que, em termos econômicos, equivale à ideia de bem não excludente). Além disso, o seu uso não impede o consumo de terceiro (o que, em termos econômicos, equivale à ideia de bem não rival). As características do bem público (não rival e não excludente) fazem com que ele seja subavaliado pelo seu consumidor, o que gera incentivo para que não seja provido na quantidade ótima (necessária) caso não exista intervenção estatal, seja por conta de problemas decorrentes de condutas oportunistas ou de ação coletiva. [...]”

Um dos exemplos mais clássicos de bem público é a segurança nacional. Cada cidadão brasileiro individualmente não valora de maneira adequada o investimento que deve ser feito a fim de que as defesas nacionais estejam preparadas. Na verdade, caso isso fosse deixado ao indivíduo, provavelmente não haveria o

subjacente a esse entendimento é que a intervenção estatal pode produzir consequências indesejadas, impondo custos e criando distorções econômicas. Esses riscos, inclusive, devem ser explorados no curso da avaliação de impacto.

Nesse contexto, em que o Estado busca intervir apenas quando necessário e tem presente que os objetivos das políticas públicas podem ser atingidos por variadas formas, a edição das normas é precedida da análise rigorosa de sua proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios – da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito³⁵⁷. Por meio da avaliação de impacto, a norma proposta passa pelo crivo de todos eles, na medida em que são aferidas a adequação da proposta ao fim almejado, a existência de meios menos gravosos para alcançar esse fim e a correlação entre os custos e os benefícios estimados. Assim a proporcionalidade, ao lado do princípio da transparência, da *accountability*, da consistência e da objetividade, orienta a atividade regulatória daquele país³⁵⁸.

A avaliação de impacto é um processo contínuo composto pelas seguintes fases: desenvolvimento, opções, consulta, proposta final, promulgação e revisão^{359 e 360}. As fases não são estanques. Sempre que necessário, pode-se

serviço de segurança nacional em tempo de paz. Isso acontece porque nenhum brasileiro pode ser excluído do serviço (se há segurança, há segurança para todos indistintamente) e nem o seu consumo por uns evita o de outros. Ninguém, portanto, tem incentivo para pagar o que realmente custa o serviço de segurança nacional, daí a necessidade de intervenção via tributação garantindo recursos para a sua existência” (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op.cit.* p. 20 a 22. Suprimiram-se da citação as notas de rodapé). As externalidades são os efeitos – positivos e negativos – “causados a terceiros oriundos de relações a que eles em princípio são alheios.” A poluição é o exemplo célebre de externalidade negativa. “O ente poluidor não possui qualquer interesse em diminuir as emissões, ou em implementar controles ambientais [...] Isso porque não tem qualquer incentivo para levar em consideração os direitos de propriedade de terceiros que estariam sendo lesados pela sua atividade poluidora. Daí a atuação do Estado [...]”. (*Op. cit.* p. 23 e 24). A outra falha de mercado – mercados não competitivos – refere-se aos monopólios, sejam os naturais, sejam os cartelizados, o que reclama a atuação estatal para garantir uma quantidade ótima de produtos, reduzir os efeitos nocivos sobre os preços e defender a concorrência (*Op. cit.* p. 25 e 26). Por fim, a quarta falha de mercado reside na assimetria de informações, que impede o consumidor de escolher com consciência e eficiência. São medidas estatais para suprir essa falha “a proibição da propaganda enganosa, a exigência de informações básicas e as cláusulas de advertência acessórias à publicidade de produtos de periculosidade inerente [...] Em linhas gerais, [no Brasil] salvo excessos em casos específicos, tal modalidade de regulação cumpria seu papel a contento, ao assegurar que a liberdade de escolha fosse exercida pelos indivíduos em um ambiente de lisura, imparcialidade e pleno acesso a informações verdadeiras”. (BINENBOJM, Gustavo. *Asfixia regulatória*. *O Globo*, Rio de Janeiro, 9 mar. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2011/03/09/asfixia-regulatoria-923971908.asp>. Acesso em: 15.03.2011).

³⁵⁷ Conferir, a propósito: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 311 e seguintes.

³⁵⁸ Optou-se por traduzir *target* como objetividade. Poder-se-ia cogitar também de *foco*. Esses princípios da boa regulação foram estabelecidos pelo *Better Regulation Executive*, que é uma comissão independente vinculada ao Department for Business, Innovation and Skills (BIS), a qual exerce o papel de líder no programa voltado à simplificação da regulação. Conferir: <http://www.bis.gov.uk/policies/better-regulation/better-regulation-executive>. Acesso em 25.06.2011.

³⁵⁹ Em inglês: *development stage, options stage, consultation stage, final proposal stage, enactment stage, review stage*. Conferir o fluxograma em anexo (ANEXO B).

retornar às anteriores. Na primeira, fase de desenvolvimento, define-se o problema a ser solucionado, colhem-se as evidências, expõem-se as razões para a intervenção do Estado, identificam-se os objetivos da política vislumbrada. É importante delimitar o problema e os objetivos a que se visa da maneira mais pormenorizada possível, até mesmo para aferir, posteriormente, o sucesso da medida³⁶¹.

Na segunda, fase de opções, identificam-se as alternativas possíveis para alcançar os objetivos pretendidos. Essa fase é relevante, já que o propósito da avaliação de impacto não é endossar eventual solução pré-concebida, mas sim selecionar, entre várias alternativas, a melhor delas. Nessa fase, considera-se a chamada *opção zero*, que consiste em não se fazer nada. Ainda nesse estágio são determinados os potenciais afetados e estimados os custos e benefícios atinentes a cada opção, sejam eles econômicos, sociais e ambientais, os quais devem ser expressos de preferência em termos monetários. Para a obtenção das informações necessárias, recorre-se a pré-consultas.

Na terceira fase, de consulta, as alternativas identificadas na etapa anterior são filtradas, submetidas às comissões independentes de Política Regulatória e de Redução Regulatória – esta, como o nome revela, destina-se a reduzir a quantidade de regulação –, e seguem, ao final, para consulta pública, ficando disponíveis na internet *por três meses*. Prima-se pela transparência e pela maior publicidade possível³⁶². Os potenciais interessados – e não apenas os mais conhecidos – são instados a manifestar-se. Ademais, são formuladas perguntas que podem ser respondidas por qualquer pessoa. As contribuições ofertadas destinam-se a confirmar, complementar e corrigir os custos e os benefícios estimados. É nessa fase que se apontam as potenciais consequências indesejadas das propostas.

Terminada a consulta pública, o Governo dispõe do prazo de três meses e meio para anunciar a opção escolhida. É a chamada *fase da proposta final*, durante a qual se elabora um documento, que deve conter os custos e os benefícios da

³⁶⁰ Conferir, a propósito, *kit de ferramentas para a avaliação de impacto (IA Toolkit)*, disponível em: <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/better-regulation/docs/i/11-518-impact-assessment-toolkit.pdf>. Acesso em 25.06.2011.

³⁶¹ Para a definição mais exata possível, o Guia de Impacto Normativo português sugere que sejam respondidas às seguintes questões: Por que é um problema? Quais as possíveis causas do problema? É duradouro? É temporário? O que motiva os sujeitos que contribuem para o problema? O problema tende a agravar-se? Tende a reduzir-se? Quem é afetado pelo problema? Quais as consequências de não se fazer nada? (MORAIS, Carlos Blanco (coord). *Op. cit.* p. 29).

³⁶² As consultas em andamento podem ser acessadas por meio do site: http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/UKgovernment/PublicConsultations/DG_170463. Acesso em 26.06.2011.

alternativa selecionada, o plano para posterior revisão da política sugerida³⁶³ e, se for o caso, o projeto de lei por meio do qual será veiculada a regulação. Apontam-se os possíveis ganhadores e perdedores com a medida proposta, os órgãos incumbidos de fiscalizar a aplicação da futura lei e os custos para garantir sua observância. O documento é, então, submetido à apreciação das duas Comissões acima referidas e, em seguida, publicado.

Passa-se à quinta fase, denominada fase de promulgação, na qual se reflete sobre eventuais alterações à proposta feitas no curso do processo legislativo. Caso tenha havido modificações, a matéria é apreciada novamente pelas Comissões de Política Regulatória e de Redução Regulatória. Caso contrário, a avaliação de impacto segue direto para publicação.

Por fim, transcorridos 3 a 5 anos, entra-se na sexta fase, a *de revisão*, em que se avaliam os impactos reais da política regulatória implementada. Tomando como parâmetro o plano de revisão elaborado na quarta etapa, afere-se a qualidade da legislação em vigor. Desde que se entendam necessárias alterações, o processo de avaliação de impacto começa novamente, a partir da fase de desenvolvimento. Do contrário, elabora-se um documento com as conclusões alcançadas, o qual é submetido às Comissões de Política Regulatória e de Redução Regulatória e, ao final, publicado.

Como se observa, o processo de avaliação de impacto demanda energia e importa gastos. Por isso, há intervenções que dispensam prévia avaliação. O recurso é de uso obrigatório quando a medida cogitada implicar aumento ou redução de *qualquer* custo para o setor privado e para as organizações da sociedade civil. Se acarretar custos para o setor público, a avaliação apenas será obrigatória quando estes superarem, em termos monetários, 5 milhões de libras esterlinas³⁶⁴.

Há forte incentivo para que as avaliações de impacto sejam bem elaboradas. Além de sujeitarem-se ao controle social, na medida em que se abre espaço para a crítica pública em várias oportunidades, os estudos são submetidos ao escrutínio da oposição³⁶⁵ e da Comissão de Política Regulatória, que é independente em relação

³⁶³ É o que denominam PIR (*post implementation review*). Tradução livre: revisão posterior à implementação.

³⁶⁴ Para informações mais detalhadas, conferir o tópico *Do I need to do an Impact Assessment* do guia de avaliação de impacto, que, conforme informado, está disponível em: <http://www.bis.gov.uk/assets/BISCore/better-regulation/docs/110-1269-impact-assessment-guidance.pdf>. Acesso em 24.06.2011.

³⁶⁵ No ponto, vale destacar que, no Reino Unido, há o *shadow cabinet* ou governo paralelo, que conduz à especialização e, por conseguinte, à qualificação da oposição. Para cada departamento, a oposição indica um parlamentar que ficará responsável por fiscalizá-lo. O mecanismo é assim descrito no site do Parlamento

ao Estado e tem acadêmicos entre seus membros. Uma avaliação de impacto mal feita compromete a imagem dos ministérios britânicos que dela participaram.

Em 2010, a Comissão de Política Regulatória divulgou um relatório com elogios e críticas às avaliações de impacto³⁶⁶. As principais falhas detectadas referem-se à falta de percepção do instrumento como processo contínuo; à ausência de rigor analítico no trato dos custos e dos benefícios e à formulação da avaliação “*de trás para frente*”, a significar que a avaliação é formalmente cumprida, mas não atende ao fim a que se destina. Vale dizer: a avaliação não é utilizada como ferramenta para a exposição de alternativas e para a seleção da melhor delas. Antes, decide-se qual a opção se quer adotar e, a partir daí, direciona-se a avaliação para o resultado pretendido³⁶⁷. Apesar disso, o mecanismo tem-se revelado exitoso. Além das vantagens inerentes à ferramenta, de que se tratará no próximo tópico, estima-se que a avaliação de impacto juntamente com a política voltada à simplificação das regulações resultaram na economia de mais de 3 bilhões de libras esterlinas³⁶⁸.

3.5.2 As vantagens da avaliação de impacto

A avaliação de impacto serve para viabilizar a legislação bem informada. Por meio dessa ferramenta, é possível comparar determinada proposta com diversas alternativas; estimar, de maneira mais embasada, os respectivos custos e benefícios; antever as consequências indesejadas. É possível, assim, aperfeiçoar a regulação antes de editá-la, de sorte a evitar que sejam experimentados, no plano real, efeitos negativos para só depois se proceder à respectiva correção.

britânico: “The Shadow Cabinet is made up of frontbench MPs and Members of the Lords from the second largest party, or official Opposition party. The Opposition party appoints an MP to ‘shadow’ each of the members of the Cabinet. In this way the Opposition can make sure that it looks at every part of the Government and can question them thoroughly. It also means that the Opposition has MPs and Lords that are ready to take specific jobs in the Cabinet if they win at the next General Election. In the House of Lords the term ‘spokesperson’ is used instead of ‘shadow’”.

³⁶⁶ O relatório está disponível em: <http://regulatorypolicycommittee.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2010/08/RPC-Report-Final-Version-August-2010.pdf>. Acesso em 26.06.2011.

³⁶⁷ Depreende-se do relatório: “[...] However, there are a number of IAs that lack significant analytical rigor, are poorly presented, or appear to be produced as an afterthought, seemingly as a means of ‘ticking the right boxes’ to obtain the necessary approval for a proposed course of action”.

³⁶⁸ Disponível em <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/better-regulation/docs/10-578-striking-the-right-balance-bre-annual-review-2009.pdf>. Acesso em 25.06.2011. O lema da atual política regulatória é tornar a vida o mais simples possível.

A lei de doação de órgãos é um exemplo concreto em que a avaliação de impacto poderia ter evitado um erro de prognóstico na atividade legislativa. Em 1997, editou-se a Lei 9.434, cujo artigo 4º consagrava o *princípio da doação presumida*, segundo o qual se presumia autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplante ou terapia, salvo manifestação de vontade do falecido em sentido contrário. O objetivo da medida consistia em aumentar o número de doadores. O efeito, porém, foi oposto. Ao invés da ampliação do número de doadores, a previsão legal provocou a redução. Milhares de pessoas procuraram os postos de identificação para definirem-se como não-doadoras, dado o receio de que fossem declaradas mortas prematuramente, com o único propósito de viabilizar o aproveitamento de seus órgãos.

O Conselho Federal de Medicina, após analisar a questão sob o ângulo da ética médica, orientou seus membros a consultar a família do falecido previamente à remoção dos respectivos órgãos e tecidos, na contramão da previsão legal. As consequências indesejadas fizeram com que o preceito fosse revogado e restabelecida a sistemática anterior, na qual se exigia o consentimento de familiares para a doação. Nesse caso, a prévia avaliação de impacto talvez tivesse permitido antever os efeitos negativos da norma, de modo que a legislação pudesse ser aperfeiçoada antes de ser editada.³⁶⁹

Não só a avaliação de impacto prévia mas também a posterior é apta a contribuir para a qualidade da legislação, na medida em que permite a correção de

³⁶⁹ Conferir os documentos que acompanham a exposição de motivos da primeira edição da Medida Provisória 2.083, presentes nas páginas 5.284 a 5.288 do Diário do Congresso Nacional de 17.02.2001, dos quais se depreende: “Essa alteração se impõe para assegurar aos parentes da pessoa falecida o direito de manifestar-se contrariamente ou a favor da remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento, quando o paciente com morte cerebral não houver manifestado expressamente em vida sua oposição à referida remoção.

A mudança oficializa o que na prática já acontece, uma vez que a grande maioria dos cirurgiões, quiçá sua totalidade, exige a aquiescência dos parentes antes de proceder à remoção de quaisquer órgãos. Isso porque o princípio da doação presumida, sem assegurar o direito à família de se manifestar, trouxe um dilema para os médicos, no que se refere à conduta ética. O Conselho Federal de Medicina chegou a orientar seus membros nesse sentido, julgando ser comportamento correto sempre consultar a família.

O princípio da doação presumida chegou também a levar pânico a alguns setores da sociedade que acreditam que doar é um ato de solidariedade humana e que deve ser traduzido concretamente por uma atitude explícita e declarada. Mais pela desinformação e medo do que pela verdadeira recusa à solidariedade, milhares de pessoas procuraram os postos de identificação para definirem-se como “não-doadoras”, reduzindo significativamente o impacto esperado pelo espírito da Lei nº 9.434/97 no incremento da oferta dos órgãos e tecidos tão necessários aos milhares de brasileiros que aguardam por um transplante.

Além disso, algumas pessoas que se declararam “não-doadoras” têm orientado a família para permitir que a retirada dos órgãos seja feita caso não reste dúvidas sobre o falecimento. Desta forma, a nova redação ora proposta para o tema poderá propiciar um progressivo crescimento no número de doadores, especialmente com a crescente conscientização dos potenciais doadores, de seus familiares e dos profissionais de saúde para a segurança da opção pela doação.” Esse exemplo de erro de prognóstico foi citado pelo professor Gilmar Mendes em aula sobre a jurisdição constitucional e o controle de fatos e prognoses legislativos à luz do princípio da proporcionalidade.

rumos mediante a constatação de falhas e distorções. No caso da doação de órgãos, a reação foi tão intensa, com repercussões na mídia, que foi percebida pelos órgãos públicos mesmo na ausência de um mecanismo específico para esse fim³⁷⁰. Em geral, porém, muitas leis vigoram por anos em sobreposição a outras, de modo a causar insegurança, litígios, encargos, sem nem mesmo alcançar o fim colimado. Revisitar a lei depois, por exemplo, de três anos de promulgada pode proporcionar um ordenamento jurídico mais eficaz, mais racional, mais fácil, mais estável. Nesse contexto, verifica-se que o instrumento também põe-se a serviço da segurança jurídica, porquanto evita que existam milhares de leis desencontradas, cuja vigência dificulta a vida do cidadão comum, prejudica o fluxo das relações jurídicas e concorre para afastar as pessoas das discussões legislativas, que se mostram confusas e complexas³⁷¹.

Além de aumentar a racionalidade, a qualidade e a segurança jurídica do ordenamento, a avaliação de impacto contribui para incrementar a transparência da atividade legislativa, ao permitir que se saibam as razões da intervenção proposta, as principais alternativas preteridas, os ganhadores e os perdedores da medida proposta, os custos e os benefícios estimados. Por outro lado, todos aqueles que pretendem participar do processo de avaliação devem identificar-se, de maneira a viabilizar, ao menos em tese, que se conheçam os interesses que representam. Nesse cenário, em que são submetidos à crítica pública a proposta, as alternativas, as justificativas e os interessados em potencial, amplia-se o espaço para o controle social, em incremento à *accountability*.

E mais: a ferramenta facilita e estimula a participação do público no processo de elaboração das normas, o que pluraliza o debate e concorre para a concretização do ideal de autonomia pública, porquanto, em última análise, as pessoas atingidas sentir-se-ão partícipes do processo legislativo, e não apenas objeto da

³⁷⁰No site http://members.tripod.com/~Benjamin_Azevedo/doacao.htm, estão disponíveis várias referências de matérias jornalísticas veiculadas à época.

³⁷¹A avaliação posterior também é um mecanismo de concretização da democracia deliberativa. Ao tratar dos desafios práticos desse modelo, Amy Gutmann e Dennis Thompson preconizam: "as instituições deliberativas também deveriam reconhecer a natureza provisória dos princípios (e as decisões que eles justificam), providenciando mecanismos para a reconsideração regular das decisões. Os democratas deliberativos deveriam então apoiar os processos reiterativos nos quais as propostas são modificadas através de uma sequência de respostas e contra-respostas (...). Eles também deveriam procurar procedimentos mais flexíveis para emendas constitucionais e o uso mais frequente de projetos como 'sunset laws' [Nota do tradutor: leis que determinam que que alguns programas estaduais sejam examinados periodicamente a fim de se verificar a sua validade ou utilidade] que forcem a revisão de políticas". (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradutor: Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar.2007. p. 76).

normatização. No ponto, avulta, em favor da avaliação de impacto, um argumento já referido e muito invocado pelos defensores da democracia deliberativa. A avaliação de impacto é o recurso para *justificar* as decisões, de maneira que, mesmo aqueles que discordem da proposta final, a aceitarão melhor, pois saberão que seus argumentos foram expostos e considerados, bem como a razão pela qual foram rejeitados³⁷².

A par de contribuir para ampliar a legitimidade democrática das decisões tomadas, a ferramenta induz o debate fundado em argumentos técnicos, jurídicos e políticos, estes no sentido nobre da expressão, o que resgata o prestígio do processo legislativo. Não se está a sustentar que a avaliação de impacto impede influências indevidas. De forma alguma. Defende-se apenas que essa ferramenta, por facilitar a participação pública e o controle social, inibe desvios éticos, na medida em que os dificulta. Ela pode, portanto, fazer parte de um arranjo que promova virtudes e reprima vícios, beneficiando-se do ceticismo que deve presidir a elaboração de desenhos institucionais³⁷³.

Em face das vantagens expostas, não há motivo para que se deixe de pensar em estender a ferramenta ao Poder Legislativo. As comissões técnicas constituem o lócus mais apropriado para utilizá-la. Nem se objete que os parlamentares careceriam de condições para conduzir os processos de avaliação de impacto, à falta de conhecimento técnico. Obviamente, não se propõe aqui que os próprios parlamentares procedam aos estudos, mas sim a assessoria e, de preferência, a assessoria técnica vinculada às Casas Legislativas, que, ao menos no plano federal,

³⁷² A virtude também foi realçada no guia de impacto normativo português: “A realização de consultas contribui ainda para aumentar a aceitação da legislação: quanto mais amplo e sensatamente conduzido for o processo e consultas, mais provável se torna que aqueles que são afetados pela normação a aceitem”. (MORAIS, Carlos Blanco de (coord.) *Op. cit.* p. 40). Tornar as decisões mais aceitáveis é justamente o objetivo da deliberação, a qual é estimulada com a avaliação de impacto. Oportuno conferir GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradutor: Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar.2007, p. 26 e 27. A propósito, conferir também a passagem de Jeremy Waldron reproduzida na nota de rodapé 334. (WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, p. 25).

³⁷³ Ao discutir a reforma política, Luís Roberto Barroso bem esclareceu essa premissa: “A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. Políticos são recrutados na sociedade civil, isto é, no mesmo ambiente de onde saem todos os demais cidadãos, dediquem-se eles à atividade pública ou privada. Se há especial incidência de desvios no ambiente da política, não se deve supor que esse fato se deva a circunstâncias pessoais de quem a ela se dedica. Todo ser humano traz em si o bem e mal. A vida civilizada e a ética procuram potencializar o bem e reprimir o mal. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem funcionado às avessas: exacerba os defeitos e não deixa florescerem as virtudes.” (BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado - RDE*, ano 1, n. 3, p. 287-360, jul./set. 2006).

mostra-se qualificada, mas precisa ser aperfeiçoada³⁷⁴. Nada impede a Câmara e o Senado de promover concursos públicos a fim de incorporar a seus quadros profissionais habilitados para elaborar especificamente as avaliações de impacto³⁷⁵. Aos parlamentares, por seu turno, competirá tomar as decisões legislativas, contando, para respaldá-las, com a avaliação de impacto.

Acreditamos, pois, ser a avaliação de impacto mais um recurso institucional útil ao revigoreamento do Poder Legislativo. São as comissões técnicas e, eventualmente as subcomissões, os órgãos mais capacitados para conduzi-la.

3.6 A deferência às comissões técnicas

Como se observou, as comissões técnicas são as arenas mais aptas à deliberação efetiva. Por serem dotadas de maior capacidade institucional em comparação com o Plenário, as comissões podem atuar de forma mais transparente, bem informada, especializada e justificada, além de ter potencial para atrair maior participação popular.

No Plenário é difícil que todos os parlamentares tenham conhecimento real do problema a ser solucionado, do contexto em que se insere, das alternativas existentes. A tendência é a diluição dos argumentos, de maneira que todo o trabalho realizado pela comissão corre o risco de se esvaír. De nada adianta que a comissão de infraestrutura da Câmara, por exemplo, se debruce sobre o marco regulatório do

³⁷⁴ Ao entrevistar o deputado Chico Alencar, formulamos pergunta a propósito da estrutura técnica à disposição dos parlamentares. Vale conferir:

“Pergunta: Como o Sr. avalia a assessoria parlamentar, especialmente a estrutura mantida pelo próprio Congresso Nacional e colocada à disposição dos parlamentares? A assessoria oferecida permite que um parlamentar leigo em determinado assunto consiga obter informações densas, inteligíveis e confiáveis para propor um projeto de lei ou fundamentar sua posição em determinada matéria levada à votação?

Resposta: Permite perfeitamente. Nós temos não só a assessoria individual, de cada parlamentar, que é farta – se você quiser ter especialista em várias áreas, você tem. Há todas as condições para exercer bem o mandato, montando-se uma equipe de assessores e colaboradores qualificados. [Ademais], todo parlamentar faz parte de uma bancada. Você tem também a assessoria da bancada. E, além disso, a própria Câmara oferece uma assessoria legislativa, que, se o parlamentar quiser, faz até discurso para ele. Temos uma estrutura muito boa”. Indagado sobre a introdução do mecanismo de avaliação de impacto, o Parlamentar respondeu: “Creio que é possível, até para se constatar que a maior parte das leis tornou-se letra morta: não desceu do papel para a vida real. Há alguma coisa errada. Aqui se faz a lei e se desobriga quanto a ela. Hoje eu digo que o papel do legislador é elaborar leis, reelaborar leis, fiscalizar o Executivo e fiscalizar o cumprimento das próprias leis elaboradas.”

³⁷⁵ São necessários, por exemplos, economistas com especialização em *economotria*, vocábulo assim definido no dicionário Houaiss:

“1 método estatístico de análise de dados e problemas econômicos

2 a aplicação desse método”.

sistema ferroviário, se esmere na análise dos impactos da lei, divulgue amplamente a iniciativa, abra o processo legislativo à participação da sociedade, assegure o debate efetivo, garanta a apresentação de argumentos, de forma equilibrada, por parte de todos os envolvidos, inclusive por parte da sociedade civil, se, ao final, o projeto de lei proveniente da comissão for, simplesmente, desconsiderado no Plenário.

A fim de evitar esse cenário, é preciso que o Plenário seja *deferente* para com as deliberações oriundas das comissões técnicas das Casas Legislativas. Nos Estados Unidos, isso já acontece. As comissões parlamentares norte-americanas gozam de prestígio significativo e, embora careçam de poder deliberativo *de direito*, tem-no *de fato*, porquanto o Plenário é deferente e raramente supera as decisões proferidas pelas comissões parlamentares. No Brasil, a Constituição, de um lado, consagrou certa deferência para com as comissões, ao prever a *apreciação conclusiva*. De outro, fixou a possibilidade de o tema ser levado a Plenário, mediante recurso subscrito por 1/10 dos parlamentares, quórum baixo, fácil de ser alcançado, de sorte que o expediente é constantemente utilizado³⁷⁶. Sob o ângulo formal, o grau de deferência estabelecido no Brasil não existe nos Estados Unidos e, ainda assim, naquele país, há respeito efetivo à posição das comissões.

Aflora, então, a questão: como assegurar que o Plenário mostre-se sensível às razões adotadas pelas comissões? Como incutir-lhe uma postura respeitosa para com as deliberações do órgão fracionário? Não se defende a subserviência do Plenário às comissões. Apenas se sustenta que o Plenário deve atuar com deferência, a qual se justifica dada a maior capacidade institucional das comissões para promover um debate efetivo e aberto, calcado em argumentos.

Iluminam o debate as ideias de Adrian Vermeule a propósito do dever de deferência do Judiciário para com os atos provenientes das agências reguladoras³⁷⁷. Na visão dele, tal dever não decorre de uma *delegação implícita* às agências, instrumentalizada por meio de diplomas legislativos silentes ou ambíguos. Vermeule discorda da tese, assentada na decisão do caso *Mead*³⁷⁸, de que um ato legislativo silente ou ambíguo significaria delegação de competência às agências, o que importaria o dever de deferência. A deferência, para o Autor, tem outro fundamento – a

³⁷⁶ Não há estatísticas sobre esses recursos, mas, ao ser indagado, o servidor da Câmara classificou de bastante comum a iniciativa.

³⁷⁷ VERMEULE, Adrian. *Op.cit.* p. 143 e s/s.

³⁷⁸ *United States v. Mead Corp.*. Disponível em <http://supreme.justia.com/us/533/218/case.html>.

capacidade institucional e a legitimidade democrática das agências³⁷⁹, ao passo que o Judiciário não detém a *expertise* necessária para tratar de temas específicos e carece de maior controlabilidade (*accountability*)³⁸⁰.

Assentado o dever de deferência, Vermeule passa a perquirir como alcançá-lo. Nos Estados Unidos, prevalece a doutrina *Chevron*, que preconiza a adoção de dois passos. No primeiro, compete ao Juiz definir se o diploma legal interpretado pela agência é claro ou não. Se for ambíguo ou silente, o Juiz segue para o segundo passo. Nele, afere se a interpretação dada pela agência é razoável. Se for, há de ser mantida. O problema, aponta Vermeule, é que a doutrina *Chevron* não funciona. Ela apresenta problemas conceituais (o que é “claro” não é claro), psicológicos (é difícil manter a distinção entre uma interpretação *razoável* e a *melhor* interpretação) e motivacionais. Assim, a deferência fica a cargo de juízos subjetivos, no qual estão presentes preferências políticas e ideológicas.

Para resolver o problema institucional da deferência, Vermeule propõe, no lugar da teoria interpretativa *Chevron*, *uma solução também institucional*. Esse, o ponto que nos interessa. É insuficiente sustentar que o Plenário deve ser deferente para com as comissões. É preciso ir além e institucionalizar a deferência. Na proposta de Vermeule, isso se dá por meio de regras de votação. É o que ele chama de *Chevron como regra de votação*. A ideia consiste em encontrar regras de votação que alcancem os objetivos da *doutrina Chevron* a custos menores. Pela proposta do Autor, exigir-se-ia maioria qualificada para afastar as interpretações das agências. Os detalhes poderiam variar, mas o elemento básico é a *supermaioria* como meio para garantir a deferência preconizada na *doutrina Chevron*. A deferência, inclusive,

³⁷⁹ O Autor faz distinção entre capacidade institucional e legitimidade democrática. Endentemos, porém, que a legitimidade democrática é um dos elementos institucionais, na linha do que sustentam Gustavo Binimboim e André Cyrino. (*Op. cit.* p. 745).

³⁸⁰ Na óptica do Autor, a legitimidade democrática das agências deriva da conexão que elas guardam com o Presidente da República. Mesmo as agências independentes seriam dotadas de legitimidade democrática, na medida em que a comparação a ser feita nesses casos não é entre a legitimidade do Congresso e a das agências, mas sim entre a legitimidade do Presidente da República (das Agências) e a do Judiciário (VERMEULE, Adrian. *Op. cit.* p. 155). Esse é um ponto passível de críticas. Não se pode derivar a legitimidade das agências *independentes* daquela que é própria do Poder Executivo, oriunda do sufrágio, justamente em razão da autonomia reforçada das agências, garantida, sobretudo, pela independência dos seus Diretores, que detêm estabilidade durante o mandato. Aliás, a prevalecer, o argumento do Autor também poderia ser utilizado para justificar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Afinal, os juízes são indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado, ambos gozam de respaldo popular. Assim, a legitimidade da jurisdição constitucional derivaria dessa conexão indireta. E mais: o argumento – da conexão indireta – também provaria a legitimidade democrática dos integrantes do Poder Judiciário que são concursados. Afinal, eles foram investidos no ofício judicante pela forma prevista na CF/88, escolhida pelo povo (“We the people”), num momento sublime da política. Portanto o argumento da *legitimidade democrática derivada* é inapto a sustentar a afirmação de que as agências independentes (o que vale para as nossas agências reguladoras) teriam maior legitimidade do que o Judiciário, a impor o dever de deferência.

poderia ser calibrada de maneira objetiva. A depender do ato, seria exigida uma maioria ainda mais qualificada para rechaçá-lo.

A adoção do mecanismo sugerido por Vermeule para o caso em questão dificilmente prosperaria, pois reclama alteração constitucional. É que o quórum de votação das deliberações plenárias está determinado na Constituição, cujo artigo 47 estabelece: “*Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros*”. Considerando que o Plenário não atua com deferência para com as comissões, é pouco provável que venha a aprovar uma emenda constitucional justamente para consagrá-la.

Porém a ideia básica do Autor – de institucionalização da deferência – pode ser implementada. É possível vislumbrar mecanismos mais fracos de deferência. Um exemplo seria designar um curador, entre os membros da Comissão, para defender em Plenário a decisão adotada. Assim, incumbiria a ele explicar o procedimento adotado e as razões de decidir da Comissão, na tentativa de sensibilizar os demais pares a mantê-la. Outra possibilidade seria exigir fundamentação no recurso ao Plenário contra a apreciação conclusiva, de modo que os parlamentares se pronunciassem antes sobre a admissibilidade do recurso para, só então, passar ao exame do mérito da proposição legislativa. Enfim, é uma boa ideia institucionalizar a deferência, o que não significa reverência às comissões em si, mas ao processo legislativo por elas conduzido.

4 TERCEIRA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO PODER LEGISLATIVO: REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY

4.1 Introdução

Que representa o *amicus curiae* a não ser uma tentativa de influenciar as decisões da jurisdição constitucional? Na ADI das células-tronco³⁸¹, por exemplo, na qual se discutiu a constitucionalidade do uso, para fins científicos, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, o que fizeram a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e as outras entidades admitidas como *amici curiae*? Deduziram argumentos e trouxeram elementos informativos para sensibilizar a Corte acerca do ponto de vista de cada uma delas³⁸². Pretenderam persuadi-la para que acolhesse ou

³⁸¹ Nessa ADI, que tomou o número 3510, o Procurador-Geral da República impugnou o artigo 3º da Lei Federal 11.105/05 (Lei da Biossegurança), que permite a utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, sob o fundamento de que o dispositivo impugnado ofenderia a inviolabilidade do direito à vida, porquanto o embrião humano também seria vida humana. O Supremo Tribunal Federal houve por bem julgar improcedente, por maioria, o pedido formulado na inicial. O processo está disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em 17.03.2011.

Outro exemplo seria a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) da anencefalia, de nº 54, que tramita no Supremo Tribunal Federal. Nela se pleiteia que o Supremo Tribunal Federal dê interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, declarando inconstitucional a interpretação segundo a qual tais dispositivos impediriam a interrupção da gestação de feto anencefálico. Contudo, nesse caso, entidades religiosas, como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, entidades científicas e instituições ligadas à sociedade civil não foram admitidas na qualidade de *amici curiae*, mas apenas foram ouvidas em audiência pública.

O processo está disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em 07.02.2011.

³⁸² O *amicus curiae* busca influenciar a decisão da Corte. Sua participação não é neutra, diferentemente da intervenção da Comissão de Valores Mobiliários preconizada pela Lei 6.385/76. Para corroborar essa afirmação, basta conferir a participação dos referidos *amici curiae* na ADPF 54. A propósito, conferir também: MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2010, que conclui ser o *amicus curiae* amigo da parte, e não propriamente da Corte. Conferir também: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 163, que, para corroborar a parcialidade dos *amici curiae*, invoca o precedente proferido pelo STF na ADI 3045, do qual se depreende: “Na realidade, há de se ter em perspectiva o caráter aberto do elemento causal (“causa petendi”) inerente à ação direta de inconstitucionalidade, que – por ensejar ampla indagação jurisdicional, por parte desta Suprema Corte, em torno dos possíveis fundamentos (invocados ou não) justificadores de eventual invalidade constitucional do ato normativo – permite, bem por isso, que o “amicus curiae” apoie a sua pretensão de inconstitucionalidade em fundamento jurídico diverso daquele invocado pelo autor do processo de fiscalização normativa abstrata, não se

rejeitasse o pedido formulado na inicial. O instituto do *amicus curiae* é constantemente celebrado sobretudo porque traz informações à Corte e pluraliza o debate, incrementando a legitimidade democrática das decisões oriundas da jurisdição constitucional.

O que *amicus curiae* tem a ver com o lobby? Em essência, a figura do *amicus curiae* é uma forma de lobby. A afirmação choca, mas é verdadeira. A atividade desenvolvida tanto por lobistas quanto por *amici curiae* busca influenciar decisões do setor público. A diferença é que o *amicus curiae* é regulado, transparente e dirigido especificamente à jurisdição constitucional. Já o lobby³⁸³ em geral carece de regulamentação, pode ser dirigido a qualquer agente do Estado e é, muitas vezes, confundido com práticas nefastas de corrupção e de influência indevida. O vocábulo, porque mal utilizado, está estigmatizado.

Lobby é aqui definido como a atividade voltada a influenciar decisões do setor público. A palavra tem origem na língua inglesa e designa *hall* ou antessala em referência ao lugar onde ficavam pessoas que buscavam influenciar os parlamentares britânicos. O povo poderia aguardar para encontrar congressistas no lobby do Palácio de Westminster, a fim de formular pedidos e fazer sugestões.³⁸⁴ Em inglês, a atividade é designada pela expressão *lobbying*, enquanto, em português, tanto o local quanto a atividade são designados pelo vocábulo lobby. Como se verá, algumas normatizações exigem que o lobby seja exercido mediante contraprestação e em caráter não-eventual para caracterizá-lo como tal, ao passo que outras reclamam apenas a tentativa de influenciar decisões do setor público.

O lobby não se resume à atividade de pressão. É muito mais do que isso. “A pressão é o último estágio de um processo multifacetado que inclui reunir

achando vinculado, portanto, aos argumentos utilizados pela parte principal”. (ADI 3.045/DF. Rel. Min. Celso de Mello).

³⁸³ “A palavra ‘lobby’ significa, em inglês, ante-sala, vestíbulo, saguão. Por extensão, o lugar onde ficavam as pessoas que procuravam influenciar as autoridades e/ou políticos e que acabou por designar a ação de profissionais ou grupos que buscavam exercer pressões, muitas vezes legais, para que fossem aprovados projetos ou medidas em benefício daqueles que são por eles representado”. (OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Departamento de Ciência Política, UniCamp, 2004. 263 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, 2004. p. 22).

³⁸⁴ Nos Estados Unidos, existe a lenda de que a palavra *lobista* teria sido criada pelo presidente Ulysses S. Grant. Contam que o Presidente gostava de sair da Casa Branca para ir ao Washington’s Willard Hotel tomar um drinque e fumar charuto. Eventuais interessados sabiam que poderiam encontrá-lo no lobby desse hotel, tendo o Presidente cunhado a expressão lobistas para os que lá compareciam. A história não procede. Conforme esclarece Michael Quinion, Ulysses S. Grant presidiu os Estados Unidos de 1869 a 1877, ao passo que o sentido atual de lobista constava no Oxford English Dictionary desde 1808, que definia lobby como “pessoas que frequentavam o lobby da Casa Legislativa com o propósito de influenciar os respectivos membros na prática de atos oficiais”. (Tradução livre. Disponível em <http://www.worldwidewords.org/qa/qa-lob2.htm>. Acesso em 15.04.2011)

*informações*³⁸⁵, pesquisar a legislação vigente, analisar propostas legislativas em andamento, fazer sugestões pontuais, traduzir os interesses do cliente em um anteprojeto de lei, monitorar a atividade legislativa, desenvolver estratégias, elaborar argumentos, antecipar-se a contra-argumentos, preparar apresentações, participar de audiências públicas, construir coalizões, acompanhar o desenvolvimento das táticas implementadas, analisar o perfil dos parlamentares e o papel desempenhado por eles no processo legislativo, estudar a conjuntura política etc³⁸⁶. Em síntese, lobby compreende todas as ações que tenham como finalidade influenciar as decisões do setor público.

Neste capítulo, será defendida a regulamentação do lobby como mais uma medida de revigoração do Poder Legislativo. Nos tópicos 4.2 e 4.3, serão expostas, brevemente, a relação do lobby com a democracia e as vantagens de normatizá-lo. Um ponto de partida para a disciplina do tema é a análise da regulamentação do lobby no direito comparado, que será objeto do tópico 4.4. Esse é o cerne do capítulo. Optou-se pelo exame das experiências norte-americana, canadense, britânica e europeia, por se mostrarem as mais relevantes. Na sequência, no tópico 4.5, serão referidos os fundamentos constitucionais do lobby bem como as idas e vindas da regulamentação do lobby no Brasil, ao que se seguirão, no tópico 4.6, as diretrizes que, a nosso ver, devem guiar a regência da matéria.

4.2 O lobby e a democracia

Apresentar demandas ao Estado ou se insurgir contra propostas de lei nada tem de ilegítimo. Ao contrário, a atividade de lobby junto ao Poder Legislativo incrementa a base informacional para a tomada de decisão e pluraliza o debate legislativo, o que o torna mais legítimo.

³⁸⁵ GRAZIANO, Luigi. *O lobby e o interesse público*. Trad. Vera Pereira. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12 n. 35. São Paulo Feb. 1997. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091997000300009&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 21.02.2011.

³⁸⁶ ALLARD, Nicholas W. *Lobbying is an honorable profession: the right to petition and the competition to be right*. Disponível em http://www.pattonboggs.com/files/News/b291b2c0-6d74-4b3a-b027-01c2c14a1015/Presentation/NewsAttachment/27220956-6c1c-496c-ab35-044186cc2c15/Allard_19slpr23.pdf. p. 46 e 49.

Como é cediço, não se legisla no vazio³⁸⁷. Os diplomas legislativos e as políticas públicas são determinados por interesses de variados tipos. Os agentes envolvidos no processo legislativo devem considerar a realidade fática e a repercussão de seus atos sobre ela. Para avaliar os impactos, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade de certa proposta legislativa ou da ausência dela, os legisladores precisam estar bem informados. Nesse contexto, os diretamente afetados desempenham papel relevante, ao suprir, em parte, o *déficit* informacional do Poder Legislativo³⁸⁸. Aspectos não pensados são trazidos à tona; ideias novas são suscitadas; esclarecimentos são prestados.

Se, por um lado, o Estado precisa de informações para legislar bem; por outro, os indivíduos e as organizações têm o direito de influenciar as decisões que irão afetá-los. Trata-se do exercício da autonomia pública, do autogoverno, que é essencial para a democracia.

Como enfatiza Amartya Sen³⁸⁹, democracia significa muito mais do que eleições periódicas. “*As eleições são apenas uma forma – muito importante – de tornar eficazes as discussões públicas, especialmente quando a possibilidade de votar se combina com a oportunidade de falar e escutar sem medo de repressão*”³⁹⁰. Não obstante a dificuldade de se definir o alcance e o sentido da expressão, pode-se falar em um conteúdo mínimo da democracia³⁹¹, que reclama, sobretudo, o debate público³⁹². Debate público significa não só a participação do povo, com a exposição de críticas e demandas, mas também a possibilidade de o povo influenciar a tomada das decisões políticas e controlar os seus representantes.

³⁸⁷ Conferir, a propósito, o estudo *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p.40, feito pelo *Public Administration Select Committee* da Câmara dos Comuns do Reino Unido. O estudo está disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/36/36i.pdf>. Acesso em 27.09.2010.

³⁸⁸ Sobre o *input* de informações, Luigi Graziano assevera: “os lobistas e suas organizações são portadores de um conhecimento especializado em suas áreas particulares de atuação. Nenhum congressista, ou qualquer de seus assessores, tem, por exemplo, conhecimento do sistema de tributação pertinente à educação superior comparável ao do especialista em assuntos fiscais contratado pelas sociedades científicas.

Esse mesmo fenômeno é encontrado no Parlamento Europeu numa extensão que agrava a dependência dos deputados em relação aos especialistas externos (cf. Kohler-Koch e Schaber, 1997).” (GRAZIANO, Luigi.

Op.cit.). Conferir, também, ALLARD, Nicholas W. *Lobbying is an honorable profession: the right to petition and the competition to be right*. Disponível em http://www.pattonboggs.com/files/News/b291b2c0-6d74-4b3a-b027-01c2c14a1015/Presentation/NewsAttachment/27220956-6c1c-496c-ab35-044186cc2c15/Allard_19slpr23.pdf.

³⁸⁹ SEN, Amartya. *El valor de la democracia*.p. 12

³⁹⁰ SEN, Amartya. *El valor de la democracia*.p. 12. Tradução livre.

³⁹¹ É o que ressalta Ana Paula de Barcellos, em *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. Revista de Direito do Estado 12/2008. p. 81/82. A professora enfatiza o controle social como o conteúdo mínimo da democracia, a significar a possibilidade de o povo exercer algum tipo de controle não-jurídico sobre a atuação o dos agentes públicos.

³⁹² Feliz a síntese de James Buchanam, para quem a democracia é o “*governo através da discussão*” (In SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. p. 13)

Quanto mais intenso e extenso for o lobby, mais as pessoas afetadas pelas normas estarão engajadas no processo de sua elaboração, concretizando, assim, o postulado da *autonomia* pública, que, em última análise, consiste em dar normas a si mesmo³⁹³. Com a participação ampla de lobistas vinculados a variados setores, o debate se faz mais plural. Diferentes pontos de vista são expostos, diferentes vozes são ouvidas. Com isso, há um incremento não só de legitimidade democrática mas também de racionalidade. Afinal, se determinada proposta resiste a uma gama de críticas, é sinal de que é racional³⁹⁴. A razão não está na cabeça do sujeito, mas sim na capacidade de uma ideia subsistir à força dos argumentos³⁹⁵.

O lobby, portanto, faz parte do jogo democrático³⁹⁶. O inimigo não é o lobby. *O inimigo é a influência oculta*³⁹⁷. Deixar o lobby às sombras é negativo, na medida em que alguns grupos terão acesso privilegiado a tomadores de decisão, ao passo

³⁹³ Essa é a concepção de Rousseau, como se infere das seguintes passagens: “o impulso do mero apetite é escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade” ... “o povo submetido às leis deve ser autor delas; somente aos que se associam compete regulamentar as condições da sociedade”. Para ele, “a soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo”. (ROUSSEAU, J.J. *Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 26, 48 e 114, respectivamente).

Ao contrário do que entendia Rousseau, a autonomia pública não reclama necessariamente a democracia direta. Certa dose de representação é indispensável. A propósito, conferir SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 85.

³⁹⁴ É o que enfatiza Cláudio Pereira de Souza Neto (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.10).

³⁹⁵ Conferir, a propósito, BLACK, Julia. *Procedimentalizando a regulação: parte I*. In MATTOS, Paulo Todescan L. (org.). *Regulação econômica e democracia*. São Paulo: Singular, 2006. p. 158.

³⁹⁶ Assim o entendia a corrente liberal pluralista de democracia. Diferentemente da concepção elitista de democracia (Schumpeter) – que prega, no tocante a determinadas funções, o insulamento da burocracia, seja em relação à sociedade civil, cujo papel deve estar limitado à época das eleições, seja em relação aos políticos –, a vertente liberal pluralista não só reconhece a existência do lobby como entende que os grupos de interesse são resultado natural da liberdade de associação e de expressão, o que é bom para o jogo democrático. Para que o sistema seja democrático, “a preocupação deve ser a forma pela qual indivíduos se organizam e combinam esforços para competir por acesso aos canais de circulação do poder político”. “Devem existir garantias para que os interesses e preferências que se formam sejam levados ao interior do sistema” político (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op.cit.* p. 187 e 189, respectivamente). As condições de participação, contudo, não serão idênticas por uma série de motivos, tais como o tamanho do grupo, o poder econômico, a estratégia de organização. Se as causas que ensejam a diferença de acesso não tiverem relação com o desenho das instituições, isso não será um problema do modelo. Habermas partiu daí para defender um terceiro modelo de democracia, cuja preocupação central reside nas condições de comunicação e nos procedimentos de tomada de decisões. A um só tempo, ele afasta-se do idealismo republicano (não há *anjos falantes*) e do entendimento de que as posições são pré-definidas e inalteráveis. Ao lado do *agir estratégico*, da racionalidade instrumental, ele trabalha com a *racionalidade comunicativa*. Na visão de Habermas, para garantir que os grupos mais privilegiados não se sobreponham aos demais, é necessário aperfeiçoar os mecanismos de participação pública que possibilitam que *as partes afetadas* exponham seus argumentos no processo decisório. A participação privilegiada de determinados grupos de pressão em detrimento de outros resultará num problema de legitimação (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op.cit.* p. 191 a 200). A propósito, conferir também: SANTOS, Luiz Alberto dos. *Regulamentação da atividade de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil*. Brasília: Instituto das Ciências Sociais – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, UnB, 2007. 526 p. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, 2007. p. 365 e SUSTEIN, Cass. *O constitucionalismo após o New Deal*. In MATTOS, Paulo (coord). *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

³⁹⁷ Expressão de Luigi Graziano.

que outros não serão escutados, em prejuízo à legitimidade das decisões. O receio é a venda indireta dos votos de parlamentares em retribuição a doações eleitorais. O problema reside no desequilíbrio do acesso aos tomadores de decisão, e não no lobby propriamente dito. O lobby em si é um canal salutar de comunicação entre representantes e representados.

4.3 As vantagens da regulamentação

Por que regulamentar o lobby? A resposta parece intuitiva: para equilibrar o acesso aos tomadores de decisão e para imprimir transparência à atividade, de modo a possibilitar seu controle.

Pode-se objetar que a regulamentação é insuficiente para alcançar tais objetivos, porquanto não garante, por si só, um comportamento ético por parte dos envolvidos³⁹⁸. Realmente, nenhuma medida jurídica revela-se apta a impedir influências indevidas. Contudo, a regulamentação, aliada à fiscalização eficaz, pode funcionar como desestímulo aos desvios éticos, que terão de ser dissimulados. Deixar tudo como está apenas concorrerá para o sentimento de que algumas pessoas, especialmente grandes corporações e doadores de recursos para campanhas eleitorais, são mais ouvidas do que outras, o que contribui para o descrédito das instituições³⁹⁹.

Além de onerar desvios éticos, a institucionalização do lobby pode criar um controle recíproco entre os grupos de pressão. De fato, a concorrência entre lobistas é um incentivo para que eles próprios controlem as relações estabelecidas entre seus concorrentes e parlamentares⁴⁰⁰. Os lobistas acompanharão as atividades parlamentares, evitando que seus concorrentes tenham acesso monopolizado aos tomadores de decisão. Imagine-se, por exemplo, uma matéria que desperte o

³⁹⁸ Essa crítica à regulação foi lançada por associações lobistas do Reino Unido. “*Lobbying: Access and Influence in Whitehall*”, *Volume 1*, p. 36. Disponível em em:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/36/36i.pdf> e em

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/36/36ii.pdf>. Acesso em 27.09.2010.

³⁹⁹ É o que assevera o *Public Administration Select Committee* da Câmara dos Comuns do Reino Unido, no estudo intitulado “*Lobbying: Access and Influence in Whitehall*”, *Volume 1*, do qual se tratará mais adiante. Eis o trecho pertinente: “The result of doing nothing would be to increase public mistrust of Government, and to solidify the impression that Government listens to favored groups – big business and party donors in particular – with far more attention than it gives to others.” p. 42.

⁴⁰⁰ Nessa linha, MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op.cit.* p. 241.

interesse do Poder Executivo, dos consumidores e das indústrias em geral. As atividades parlamentares quanto ao tema serão monitoradas quer pelos lobistas do Poder Executivo – que são, no mais das vezes, os servidores do Ministério da Justiça lotados na Secretaria de Assuntos Legislativos –, quer pelos lobistas vinculados a associações de consumidores, quer pelos lobistas da Confederação Nacional das Indústrias (CNI). Esse ambiente competitivo serve de desestímulo para que um parlamentar “venda” seu voto, posicionando-se, por exemplo, em favor da indústria tão-somente porque dela obteve contribuição para campanha eleitoral. Ainda que venha a pronunciar-se favoravelmente à perspectiva industrial, o parlamentar provavelmente se esmerará em ouvir os outros lados e em fundamentar sua posição, justamente por estar ciente do controle exercido pelos lobistas concorrentes. Mais uma vez, a concorrência mostra sua importância!⁴⁰¹

A disciplina do lobby apresenta tanto potencial que há quem se oponha a ela sob o fundamento de que os lobistas ficariam inibidos, em prejuízo ao *input* democrático⁴⁰². O raciocínio é o seguinte: se os lobistas tiverem que se cadastrar, se expor, apresentar relatórios, se submeter à fiscalização, desistirão de participar, principalmente aqueles menos experientes, o que comprometerá ainda mais o equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão, em detrimento do pluralismo e da racionalidade das decisões legislativas.

O receio não procede. Conforme pesquisa realizada por Raj Chari e Gary Murphy⁴⁰³, a regulamentação não inibe o lobby, tampouco reduz a comunicação entre representantes e representados. Aliás, os lobistas nem sequer são avessos à disciplina da matéria. E não o são, de acordo com a pesquisa, porque a existência de normas os legitima como atores do processo político⁴⁰⁴. A regulamentação é

⁴⁰¹ A propósito da relevância da concorrência lobista para manter íntegra a atividade parlamentar, conferir ALLARD, Nicholas W. *Lobbying is an honorable profession: the right to petition and the competition to be right*. Disponível em http://www.pattonboggs.com/files/News/b291b2c0-6d74-4b3a-b027-01c2c14a1015/Presentation/NewsAttachment/27220956-6c1c-496c-ab35-044186cc2c15/Allard_19slpr23.pdf. p. 51.

⁴⁰² Esse risco foi enfatizado pelo Governo Britânico, que, inicialmente, posicionara-se contra a proposta do Parlamento de regular a atividade. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/1058/1058.pdf>. Acesso em 25.11.2010.

⁴⁰³ Estudo feito para o Governo da Irlanda intitulado “*Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU institutions and Germany: A Report for the Department of the Environment, Heritage and Local Government*”. Disponível em: <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,14572,en.pdf>. Acesso em 22.02.2011. p. 74 e 75.

⁴⁰⁴ “*Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU institutions and Germany: A Report for the Department of the Environment, Heritage and Local Government*”. Disponível em: <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,14572,en.pdf>. Acesso em 22.02.2011. p. 10. Essa afirmação é corroborada no contexto brasileiro pela reportagem intitulada “Lobista com

vista, assim, como importante instrumento para minimizar a desconfiança que atualmente paira sobre a atividade. De qualquer sorte, é evidente que a disciplina há de ser revestida de cautela, já que, por meio dela, o Estado pode “*ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número*” de pessoas.⁴⁰⁵

A par de reduzir o estigma que pesa sobre o lobby, a regulamentação é necessária para imprimir-lhe transparência, para que encontros e pressões ocorram à luz do dia, à luz da democracia⁴⁰⁶, de modo a possibilitar o escrutínio público sobre a atuação dos agentes estatais. A publicidade atua como fator de legitimação dos atos públicos⁴⁰⁷. Os mandatários, porque meros mandatários, não podem eximir-se do controle e da crítica social. Ao contrário, devem submeter-se à fiscalização dos representados, devem a eles prestar contas. Nas palavras de Bobbio, é preciso que exerçam o “*poder sem máscaras*”; é preciso que o governo público seja exercido em público⁴⁰⁸. Apenas com a coação externa, oriunda da normatização estatal, a transparência será assegurada, já que, dificilmente, os lobistas em geral vão sujeitar-se a controle por livre e espontânea vontade.

Com a transparência, possibilita-se a crítica e dificulta-se a atuação daqueles que, por um motivo ou outro, não queiram apresentar-se publicamente. Todos terão que se expor ao controle social, o que resulta em ganho democrático. Foi justamente isso o que se verificou com a disciplina legal da participação do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade. A regulação do *amicus curiae* representou a institucionalização do lobby no âmbito do Supremo Tribunal Federal, atividade que

orgulho”, da Revista Istoé, n 1963, 13.06.2007. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/7761_LOBISTA+COM+ORGULHO?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage. Acesso em 23.02.2011.

⁴⁰⁵ A afirmação é de George Stigler e refere-se à regulação da atividade econômica em geral. Vale a pena transcrevê-la na íntegra: “O Estado – a máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica na sociedade. Com seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de indústrias.” (STIGLER, George J. *A teoria da Regulação Econômica*. In MATTOS, Paulo (coord). *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23)

⁴⁰⁶ A expressão *à luz do dia, à luz da democracia* foi utilizada pelo ministro Marco Aurélio nos debates havidos no julgamento do STF- MS 28177 MC-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2009, DJe- 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009. Tratava-se de mandado de segurança contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que impedira o acesso de empresa jornalística a comprovantes relacionados ao uso parlamentar da verba indenizatória. O Tribunal, por maioria, revogou a liminar do ministro Marco Aurélio, a qual franqueara o acesso. Além do Relator, ficaram vencidos os ministros Carmem Lúcia, Ayres Britto e Celso de Mello.

⁴⁰⁷ Foi o que asseverou o ministro Celso de Mello na decisão monocrática proferida no STF- MS 24725 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 28/11/2003, publicado em DJ 09/12/2003 PP-00042). Aliás, sobre o tema da publicidade, é indispensável a leitura dos votos que integraram a corrente vencida do STF- MS 28177 MC-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2009, DJe- 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009.

⁴⁰⁸ As duas passagens, referidas no julgamento do MS 28.144 pela corrente vencida, constam da seguinte obra: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. pp. 42 e 98, respectivamente.

sempre existiu, mas era exercida fora dos holofotes, mediante a entrega de memoriais. A atividade antes já era legítima. Se a decisão vai repercutir diretamente sobre um segmento da sociedade, nada mais legítimo do que assegurar ao representante desse segmento o direito de apresentar suas razões e de se fazer ouvir. Agora, a atividade tornou-se ainda mais legítima, pois exercida em público. Com a habilitação formal das entidades nos processos de controle de constitucionalidade, mostra-se visível a equação de forças políticas em cada caso, permitindo um amplo controle social sobre a atuação desses atores^{409 410}.

Além de ser o meio para impor a transparência, a disciplina do lobby é necessária para estimular agentes públicos a abrirem-se a diferentes pontos de vista, dando oportunidade para que setores concorrentes se façam ouvir. O temor a críticas sociais tem esse efeito, o que contribui para o equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão, que não é um fim em si, mas instrumento de realização dos valores igualdade e pluralismo.

Ainda que a auto-regulação, inexistente no Brasil⁴¹¹, fosse apta a alcançar a transparência e o equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão, o que tornaria despendiosa a disciplina imposta pelo Estado, é preciso concordar com o Parlamento Britânico e reconhecer que, numa democracia, a atividade de lobby há de ser feita dentro das balizas previamente acordadas. Deve haver um acordo acerca dos limites e dos termos dentro dos quais a atividade deve ser conduzida⁴¹². A defesa da autonomia pública reclama, assim, a regulamentação do lobby.

⁴⁰⁹ Na ADI 4277 e na ADPF 132, nas quais se pediu que o Supremo Tribunal Federal conferisse interpretação conforme à Constituição a dispositivos da legislação infraconstitucional, para que fosse declarada a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual, a CNBB habilitou-se como *amicus curiae*, manifestando-se contrariamente à pretensão dos Autores. Como a CNBB participou formalmente do processo, expondo-se em público, tornou-se possível criticá-la pela postura adotada. Certamente, se o lobby junto ao Poder Judiciário não tivesse sido regulamentado, a atuação da CNBB ficaria imune ao escrutínio social – não se veriam críticas como a de Frei Betto, veiculada no jornal O Globo: “A Igreja Católica deu um pequeno passo adiante ao incluir no seu catecismo a exigência de se evitar qualquer discriminação a homossexuais. No entanto, silenciam as autoridades eclesásticas quando se trata de se pronunciar contra a homofobia. E, no entanto, se escutou sua discordância à decisão do STF ao aprovar o direito de união civil dos homoafetivos.” (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2011/05/23/a-biblia-os-gays-924515082.asp>. Acesso em 24.05.2011).

⁴¹⁰ Agradeço, no ponto, a sugestão do professor Gustavo Binenbojm, responsável, inclusive, pelo exemplo dado.

⁴¹¹ Conforme notícia veiculada no Jornal O Estado de São Paulo, os lobistas pretendem criar uma associação e instituir a auto-regulação. Até o momento, porém, não há nada de concreto. Matéria intitulada “*Lobistas preparam código de ética e até associação*”, veiculada em 15.04.2007. Disponível em <http://www.arkoadvice.com.br/pdf/clipping/Lobistas%20preparam%20c%C3%B3digo%20de%20etica%20e%20at%C3%A9%20associa%C3%A7%C3%A3o%20150407.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2011.

⁴¹² “*Lobbying: Access and Influence in Whitehall*”, Volume 1, p. 42. Eis o trecho original: “What is clear for us is that reform is necessary. Lobbying the Government should, in a democracy, involve explicit agreement about the terms on which the lobbying is conducted”. p. 42. Disponível em : <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpublicadm/36/36i.pdf> e em <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpublicadm/36/36ii.pdf>. Acesso em 27.09.2010.

Essas são, portanto, algumas razões que justificam inserir o tema da regulação do lobby na pauta do dia.

4.4 O lobby no Direito Comparado

4.4.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos foram o primeiro país a regular a atividade lobista, considerada decorrência do direito de petição consagrado na Primeira Emenda⁴¹³. A regulação tem por objetivo dotar de transparência o lobby, e não limitá-lo⁴¹⁴.

A percepção de que o lobby fortalece a democracia não esteve presente durante toda a história norte-americana. No século XIX, a atividade era mal vista, pois constantemente atrelada a atos de corrupção⁴¹⁵. O estado da Geórgia chegou a qualificá-la como crime em 1877⁴¹⁶. Atualmente se reconhece que o lobby é um canal legítimo de comunicação entre representantes e representados, embora a reputação dos lobistas permaneça negativa⁴¹⁷.

Não apenas o Ente Central, mas também quase todos os estados dispõem de leis que regulamentam o lobby. Foram os entes locais que lideraram a disciplina dessa atividade, servindo de verdadeiros laboratórios para que fossem testadas

⁴¹³ Primeira Emenda: "O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação dos danos". Tradução extraída do prefácio feito por Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto ao livro FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 20. A propósito, ver ALLARD, Nicholas W. *Lobbying is an honorable profession: the right to petition and the competition to be right*. Disponível em http://www.pattonboggs.com/files/News/b291b2c0-6d74-4b3a-b027-01c2c14a1015/Presentation/NewsAttachment/27220956-6c1c-496c-ab35-044186cc2c15/Allard_19slpr23.pdf.

⁴¹⁴ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Regulamentação da atividade de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil*. Brasília: Instituto das Ciências Sociais – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, UnB, 2007. 526 p. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, 2007. p. 365. Disponível em http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1483/1/Tese_2008_LuizAlbertoSantos.pdf. Acesso em 03.09.2010.

⁴¹⁵ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 366.

⁴¹⁶ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 367.

⁴¹⁷ De fato, não obstante a atividade ser considerada positiva, a reputação dos profissionais do lobby – os lobistas - permanece negativa, conforme se infere do seguinte trecho de artigo sobre o tema: "Lobbying is an honorable profession. In America and perhaps around the world, that simple statement is more likely to be a sarcastic punch line to a bad joke than a self-evident proposition. Low public esteem form lobbyists is hardly a modern phenomenon". (ALLARD, Nicholas W. *Lobbying is an honorable profession: the right to petition and the competition to be right*. Disponível em http://www.pattonboggs.com/files/News/b291b2c0-6d74-4b3a-b027-01c2c14a1015/Presentation/NewsAttachment/27220956-6c1c-496c-ab35-044186cc2c15/Allard_19slpr23.pdf)

fórmulas inovadoras⁴¹⁸. No início de 1950, 38 deles contavam com diplomas legais sobre a matéria⁴¹⁹; em 2006, 49 dos 50 entes federados dispunham de disciplina legal⁴²⁰.

Além das leis específicas sobre o lobby, os Estados Unidos possuem legislação vasta que, apesar de não se dirigir diretamente a essa atividade, acaba por regulá-la indiretamente ao dispor sobre o comportamento dos agentes públicos. É o caso, por exemplo, do *U.S. Administrative Procedure Act* (APA)⁴²¹ de 1946, que rege o processo decisório das agências, garantindo que dele participem os cidadãos, e da *Federal Election Campaign Act* (FECA)⁴²², que versa sobre doações para campanhas eleitorais.

Até se chegar à Lei Federal que regulamenta especificamente o *lobby*, um longo caminho foi percorrido e muitas tentativas fracassaram, a evidenciar que a dificuldade de disciplinar o tema não é exclusividade brasileira. Em geral, em resposta a escândalos envolvendo lobistas, esforços eram envidados para regular a atividade⁴²³.

Foi assim em 1935, quando se criou um comitê – liderado por Hugo Black, que depois viria a tornar-se juiz da Suprema Corte – para investigar os excessos cometidos pelas organizações lobistas durante a tramitação e a aprovação do *Public Utility Holding Company Act*⁴²⁴. Descobriu-se que lobistas vinculados a concessionárias de serviço público simularam um movimento popular pela rejeição do projeto de lei. Eles próprios haviam encaminhado telegramas aos parlamentares em nome de supostos eleitores. Como resultado a mais esse escândalo, propôs-se

⁴¹⁸ THOMAS, Clive S (ed). *Research Guide to U.S. and International Interest Groups*. London: Praeger, 2004. p. 377. Como se sabe, a possibilidade de os Estados servirem como laboratórios é uma das virtudes da forma federativa, que, em 1932, já era destacada pelo Juiz Brandeis, da Suprema Corte norte-americana: “Una de las felices ventajas que brinda el sistema federal es que permite a cualquiera de los Estados, si lo desean SUS ciudadanos, servir como laboratorios para hacer experimentos sociales y económicos sin riesgo para el resto del país”. (*New State Ice Co. v. Liebmann*). SCHWARTZ, Bernard. *El federalismo norteamericano actual*. Madrid: Civitas, 1984. p. 116.

⁴¹⁹ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 366.

⁴²⁰ CHARI, Raj e MURPHY, Gary. *Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU institutions and Germany: A Report for the Department of the Environment, Heritage and Local Government*. Disponível em: <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,14572,en.pdf>. Acesso em 22.02.2011. p. 7

⁴²¹ Tradução livre: Estatuto do Procedimento Administrativo Americano de 1946.

⁴²² Tradução livre: Estatuto de Campanha Eleitoral Federal.

⁴²³ À guisa de ilustração, vale referir as investigações de comitês da Câmara dos Representantes e do Senado, em 1913, para apurar a legalidade do lobby feito pela *National Association of Manufacturers* – NAM no processo que resultou na aprovação do *Underwood Tariff Act*. Embora tenham reconhecido a importância da NAM, os comitês concluíram que os métodos por ela adotados ultrapassavam os limites do esforço legítimo. Depois dessas investigações, foram apresentadas 12 proposições legislativas para disciplinar o lobby. SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 367 e 368.

⁴²⁴ Lei federal que disciplinava as empresas controladoras (holdings) das prestadoras de serviço público.

uma emenda ao *Public Utility Holding Company Act*, para exigir que lobistas ligados ou não às concessionárias públicas se registrassem no Parlamento. A obrigação de registro para lobistas em geral foi rejeitada, ao passo que a destinada a lobistas vinculados às concessionárias foi aprovada⁴²⁵.

A inovação representou avanço ao abrir caminho para a disciplina do lobby por setor. No ano seguinte, tornou-se obrigatório o registro dos lobistas ligados à indústria naval. Em 1938, com a aproximação da Segunda Guerra Mundial, foi a vez do lobby estrangeiro. Aprovou-se o *Foreign Agents Registration Act (FARA)*⁴²⁶, que proibia a atuação direta no Congresso de agentes de governo estrangeiro e fazia uma série de exigências para lobistas que representassem estrangeiros, tais como registro dos nomes desses lobistas e dos clientes na Secretaria de Estado, informações detalhadas sobre os contatos estabelecidos (data e assunto discutido) e indicação da remuneração percebida pelos lobistas. Faltava, contudo, uma lei federal que disciplinasse o tema de forma ampla.

Escândalos e novas tentativas de regular o lobby sobrevieram, até que, depois do controvertido lobby feito pela *American Medical Association*⁴²⁷ para impedir a implantação de um sistema público de saúde, editou-se o *Legislative Reorganization Act* de 1946⁴²⁸, cujo título III trouxe o *Lobbying Act* de 1946⁴²⁹. O objetivo dessa lei, aplicável apenas ao Poder Legislativo, não era proibir a prática de lobby, o que cercearia o direito de petição, mas sim torná-la transparente⁴³⁰. Entre outras medidas, a lei exigia o registro, na Câmara dos Representantes e no Senado, de qualquer um que tivesse como objetivo principal influenciar o processo legislativo e impunha a apresentação de relatório, no qual deveriam constar o nome do lobista e dos clientes, a remuneração recebida, os custos da atividade superiores a US\$ 500,00, o nome dos beneficiários de valor igual ou superior a US\$ 10,00, o propósito do pagamento, o projeto legislativo alvo da atividade, a identificação de todas as publicações contratadas para veicular matérias favoráveis ou contrárias a uma dada proposta legislativa. Em caso de descumprimento do Estatuto, o infrator sujeitava-se

⁴²⁵ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 368 e 369.

⁴²⁶ Tradução livre: Estatuto do Registro de Agentes Estrangeiros. SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 369.

⁴²⁷ Tradução livre: Associação Médica Americana.

⁴²⁸ Tradução livre: Estatuto da Reorganização Legislativa de 1946. A íntegra da lei foi publicada no Ch. 753, 60 Stat. 812 do *The United State Statutes at Large* e nos foi gentilmente enviada por e-mail por Bonnie B. Coles, pesquisador da Biblioteca do Congresso Norte-Americano.

⁴²⁹ Tradução livre: Estatuto da Atividade Lobista. Ver, sobre o tema, SANTOS, Luiz. P. 370.

⁴³⁰ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 370.

ao pagamento de multa de até US\$ 5.000,00 e/ou pena de prisão de até doze meses e ainda ficava proibido de exercer a atividade por três anos⁴³¹.

O Estatuto, além de ter sua validade constitucional questionada, foi criticado por ser considerado insuficiente, ambíguo e vago. Oito anos depois de editado, a Suprema Corte, no caso *United States v. Harriss*⁴³², declarou-o constitucional, mas restringiu seu já limitado âmbito de incidência. De acordo com a decisão, o Estatuto obrigaria apenas aqueles que, mediante remuneração, tivessem como atividade principal estabelecer contato direto com parlamentares, com o objetivo de influenciar o desfecho de uma proposta legislativa pendente de apreciação⁴³³. Com isso,

⁴³¹ Seção 310 (a). Em caso de descumprimento da proibição de exercer a atividade lobista, o infrator incorria, ainda, nas penas da subseção (b), a saber, pena de multa de até U\$ 10.000 e/ou pena de prisão de até 5 anos.

⁴³² Inteiro teor disponível em <http://supreme.justia.com/us/347/612/case.html>. Acesso em 21.10.2010

⁴³³ Eis a síntese da decisão (tradução livre):

“1. Como aqui interpretadas, as seções 305, 307 e 308 do Estatuto Federal da Atividade Lobista não são vagas tampouco indefinidas para satisfazer as exigências do devido processo.

- (a) Se, em geral, as ofensas são definidas em termos suficientemente claros, o Estatuto não pode ser invalidado por ser vago, ainda que casos marginais possam suscitar dúvidas. P. 347 U. S. 618.
- (b) Se, em geral, as ofensas puderem ser razoavelmente interpretadas conforme a Constituição, a Corte é obrigada a seguir tal interpretação. P. 347 U. S. 618.
- (c) A seção 307 limita o âmbito de incidência do Estatuto àquelas pessoas que solicitam, coletam ou recebem contribuições em pecúnia ou em outra ordem de valor, desde que um dos principais objetivos, quer das pessoas, quer das contribuições, seja auxiliar na realização dos fins estabelecidos na seção 307 (a) and (b) (com exceção dos comitês políticos). Pp. 347 U. S. 618-620, 347 U. S. 621-623.
- (d) Os objetivos constantes da seção 307 (a) e (b) são aqui interpretados como a se referir somente a “atividade lobista no seu sentido comum” – de estabelecer contato direto com membros do Congresso com o propósito de influenciar projetos legislativos pendentes de apreciação.
- (e) A exigência de “objetivo principal” foi adotada apenas para excluir do âmbito de incidência da seção 307 aquelas contribuições e pessoas que apenas eventualmente procurem influenciar o processo legislativo. Isso não exclui a pessoa ou contribuição cujo propósito substancial seja influenciar o processo legislativo mediante contato direto com o Congresso. Pp. 347 U. S. 621-623.
- (f) Há três exigências para a incidência dos §§ 307, 305 e 308: (1) a “pessoa” há de ter solicitado, coletado ou recebido contribuições; (2) um dos objetivos principais de tal pessoa há de ter sido influenciar a aprovação ou rejeição da proposta legislativa Page 347 U. S. 613 pelo Congresso; e (3) o método utilizado há de ter sido a comunicação direta com os membros do Congresso P. 347 U. S. 623.

2. Tais como interpretadas, as seções 305 e 308 não violam as liberdades asseguradas pela Primeira Emenda – liberdade de expressão, de imprensa e de petição ao Governo Pp. 347 U. S. 625-626.

3. Neste caso, é desnecessário que a Corte se pronuncie sobre a alegação de que a sanção prevista na seção 310 (b) viola a Primeira Emenda. Pp. 347 U. S. 626-627.

(a) A seção 310(b) ainda não foi aplicada aos apelantes e nunca o será se os apelantes forem considerados inocentes das acusações que lhes são dirigidas. P. 347 U. S. 627

(b) A eliminação da seção 310(b) ainda deixaria o Estatuto com a previsão das obrigações específicas e das respectivas penas para o caso de descumprimento. Mesmo que a seção 310 deva ser considerada em última análise inválida, há de se respeitar a *separability provision** do Estatuto. P. 347 U. S. 627. 109 F.Supp. 641, revertido”. (Disponível em <http://supreme.justia.com/us/347/612/case.html>. Acesso em 21.10.2010). Apenas a título de curiosidade: o juízes Douglas e Black ficaram vencidos. Ambos reputaram a norma inconstitucional, por entenderem que os termos vagos utilizados afrontariam o devido processo legal.

* Separability provision ou severability clause é a previsão de que a invalidação judicial de dispositivos de uma determinada lei ou de cláusulas de um determinado contrato não afetará os demais dispositivos legais ou contratuais. (A propósito, ver GARNER, Bryan A. Black’s Law Dictionary. 8 ed. Thomson West. p. 1141)

No original:

“1. As here construed, §§ 305, 307 and 308 of the Federal Regulation of Lobbying Act are not too vague and indefinite to meet the requirements of due process. Pp. 347 U. S. 617-624.

(a) If the general class of offenses to which a statute is directed is plainly within its terms, the statute will not be struck down as vague, even though marginal cases could be put where doubts might arise. P. 347 U. S. 618.

eximiram-se de cumprir os requisitos legais os lobistas não-remunerados, os grupos de pressão que não tinham o lobby como atividade principal e aqueles que mantinham contato apenas com assessores de congressistas. A par de seu restrito âmbito de aplicação, o Estatuto era falho também ao não prever espécie alguma de fiscalização dos relatórios entregues⁴³⁴.

Nos anos subsequentes, várias tentativas de alterar a legislação fracassaram. Em 1991, passados mais de 45 anos da edição do *Lobbying Act* de 1946, o Senado, que há muito detectara a necessidade de aperfeiçoar a regulação, realizou uma série de audiências públicas para avaliar as deficiências da legislação sobre lobby. Na ocasião, o *General Accounting Office* (GAO), órgão de assessoria do Congresso⁴³⁵, apresentou um estudo a evidenciar a ineficácia da Lei de 1946, então em vigor⁴³⁶. Consoante os dados colhidos, do universo de 13.501 pessoas e entidades lobistas, 9.800 não estavam registradas⁴³⁷. O estudo revelou, ainda, que,

(b) If this general class of offenses can be made constitutionally definite by a reasonable construction of the statute, the Court is under a duty to give the statute that construction. P. 347 U. S. 618.

(c) Section 307 limits the coverage of the Act to those "persons" (except specified political committees) who solicit, collect, or receive contributions of money or other thing of value, and then only if one of the main purposes of either the persons or the contributions is to aid in the accomplishment of the aims set forth in § 307 (a) and (b). Pp. 347 U. S. 618-620, 347 U. S. 621-623.

(d) The purposes set forth in § 307(a) and (b) are here construed to refer only to "lobbying in its commonly accepted sense" -- to direct communication with members of Congress on pending or proposed legislation. Pp. 347 U. S. 620-621.

(e) The "principal purpose" requirement was adopted merely to exclude from the scope of § 307 those contributions and persons having only an "incidental" purpose of influencing legislation. It does not exclude a contribution which in substantial part is to be used to influence legislation through direct communication with Congress or a person whose activities in substantial part are directed to influencing legislation through direct communication with Congress. Pp. 347 U.S. 621-623.

(f) There are three prerequisites to coverage under §§ 307, 305, and 308: (1) the "person" must have solicited, collected or received contributions; (2) one of the main purposes of such "person," or one of the main purposes of such contributions, must have been to influence the passage or defeat of legislation
Page 347 U. S. 613

by Congress; and (3) the intended method of accomplishing this purpose must have been through direct communication with members of Congress. P. 347 U. S. 623.

2. As thus construed, §§ 305 and 308 do not violate the freedoms guaranteed by the First Amendment -- freedom to speak, publish and petition the Government. Pp. 347 U. S. 625-626.

3. In this case, it is unnecessary for the Court to pass on the contention that the penalty provision in § 310(b) violates the First Amendment. Pp. 347 U. S. 626-627.

(a) Section 310(b) has not yet been applied to appellees, and it will never be so applied if appellees are found innocent of the charges against them. P. 347 U. S. 627.

(b) The elimination of § 310(b) would still leave a statute defining specific duties and providing a specific penalty for violation of any such duty, and the separability provision of the Act can be given effect if § 310(b) should ultimately be found invalid. P. 347 U. S. 627. 109 F.Supp. 641, reversed".

⁴³⁴ Ver sumário do Estudo do GAO. Disponível em <http://archive.gao.gov/t2pbat7/144374.pdf>. Acesso em 22.10.2010.

⁴³⁵ O GAO é o órgão conhecido como o braço investigativo do Congresso, que o apóia na consecução de suas atribuições constitucionais e o ajuda a fazer com que o desempenho e a *accountability* do Governo Federal melhorem. Descrição disponível em <http://www.gao.gov/>. Acesso em 01.11.2010.

⁴³⁶ O estudo é denominado "O Estatuto da Regulação Federal do Lobby é inefetivo". O inteiro teor está disponível em <http://archive.gao.gov/t2pbat7/144374.pdf>. Acesso em 22.10.2010.

⁴³⁷ Como esclarece o estudo do GAO (p. 03 e 04), o universo de mais de 13.501 pessoas foi obtido por meio da *Washington Representatives*. Nem todas essas pessoas deveriam estar necessariamente registradas, já que a

em 1989, cerca de 90% dos relatórios entregues por lobistas registrados estavam incompletos e 62% haviam sido apresentados intempestivamente. O esforço do Senado resultou na apresentação, em 1992, da primeira versão do projeto de lei que viria a tornar-se o *Lobbying Disclosure Act* (LDA) de 1995⁴³⁸, até hoje em vigor no essencial.

O LDA de 1995, com as alterações introduzidas pelo *Lobbying Disclosure Amendments Act* de 1998, exige registro e apresentação de relatórios semestrais de lobista remunerado que dedique mais de 20% de seu tempo à atividade. O registro deve ser feito até 45 dias depois de realizado o primeiro contato. Nos relatórios, devem constar o nome do cliente, a matéria que se busca influenciar, as comissões e agências com as quais se estabeleceu contato, a estimativa do custo da atividade, a contraprestação percebida pelo lobista. O Diploma inclui no âmbito de sua incidência o lobby junto aos oficiais superiores do Poder Executivo, aos responsáveis pela elaboração de políticas (*policymakers*) das agências reguladoras, aos membros e servidores do Congresso e aos servidores do Poder Executivo. Além disso, fixa conceitos importantes, como de *lobbyist*, *lobbying* e contatos de *lobby*⁴³⁹. Na versão original, o Diploma estabelecia aos infratores multa de US\$ 50 mil, o que foi alterado, como se verá mais adiante.

De um lado, o LDA de 1995 é aplaudido, sobretudo quando comparado ao Diploma de 1946, porquanto não se limita a regular apenas as relações estabelecidas diretamente entre parlamentares e pessoas cuja atividade principal seja o lobby. O LDA de 1995 vai além ao ampliar o conceito de lobista – pessoa remunerada que dedique mais de 20% de seu tempo ao lobby – e ao alargar seu âmbito de incidência, abarcando o lobby não só junto aos congressistas, mas

publicação inclui pessoas que não fazem lobby no Poder Legislativo. Embora careça de precisão, o dado, único disponível, revela a ineficácia da legislação de 1946.

⁴³⁸ Tradução livre: Estatuto da Publicização do Lobby. S.1060: *Lobbying Disclosure Act of 1995*, editada pelo 104th Congress. Inteiro teor disponível em http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=104_cong_bills&docid=f:s1060enr.txt.pdf. Acesso em 26.10.2010.

⁴³⁹ LDA, 1995. Seção 3. Lobbyist, lobista, é definido como qualquer indivíduo remunerado por um empregador ou cliente que dedique mais de 20% de seu tempo à atividade lobista, considerado um interregno de 6 meses. O lobbying, atividade lobista, compreende os contatos e as atividades correlatas de coordenação e de suporte, tais como preparação, pesquisa, levantamento de informações (e a coordenação dos diferentes contatos). Os contatos lobistas, por sua vez, compreendem qualquer comunicação escrita ou oral, incluindo comunicação eletrônica, para um servidor público do Executivo ou do Legislativo, em nome de um cliente. O Diploma estabelece exceções ao conceito de contato lobista, tais como as comunicações estabelecidas por servidores públicos, no exercício da função, dirigidas a servidor público do Executivo ou do Legislativo; a comunicação estabelecida com um jornalista que tenha como propósito recolher e divulgar informações junto ao público (ex. entrevistas) etc.

também aos servidores do Poder Legislativo, às agências reguladoras e ao Poder Executivo.

De outro lado, o LDA de 1995 é bastante criticado. Desde sua edição, dúvidas surgiram sobre a capacidade institucional de o Congresso controlar a atividade lobista⁴⁴⁰. Não se confiou a fiscalização a uma agência, tampouco se criou uma estrutura específica no Congresso para esse fim. A par da falta de mecanismo efetivo de fiscalização, sustenta-se⁴⁴¹ que o LDA peca por não regular o estímulo ao *grassroots*⁴⁴² – importante mecanismo utilizado pelos lobistas.

Grassroots correspondem a movimentos de base, movimentos populares, em que as pessoas em geral comunicam seus pontos de vista a seus representantes. O lobby voltado a estimular o *grassroot* tem como público-alvo a sociedade: busca-se angariar o apoio popular, de forma que o povo passe a influenciar seus representantes para tomar essa ou aquela decisão. Esse tipo de lobby também é chamado de advocacia popular, por apelar ao público em geral.

A prática não é nova, tendo sido empregada pelos *federalistas* em 1787 e 1788. Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, membros da Convenção da Filadélfia, publicaram uma série de artigos nos jornais, valendo-se do pseudônimo *Publius*. O objetivo, que restou alcançado, era obter apoio popular para a Constituição Norte-Americana, a fim de que o povo pressionasse seus representantes a ratificá-la⁴⁴³. Posteriormente, os artigos foram reunidos e publicados sob o título “Os federalistas”⁴⁴⁴. Essa é considerada uma das campanhas junto ao público mais importantes e bem-sucedidas da história norte-americana.

O estímulo ao *grassroot* pode dar-se por diversas formas. Quando, por exemplo, um radialista conclama os ouvintes a encaminharem *e-mails* a seus mandatários, para manifestar opinião ou indignação sobre determinado assunto,

⁴⁴⁰ Nessa linha, é o relatório intitulado “Lobbying Reform: Background and Legislative Proposals, 109th Congress”, de autoria de Eric Petersen, disponível em <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33065.pdf>. Acesso em 26.10.2010.

⁴⁴¹ Nessa linha, é o relatório intitulado “Lobbying Reform: Background and Legislative Proposals, 109th Congress”, de autoria de Eric Petersen, disponível em <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33065.pdf>. Acesso em 26.10.2010. No mesmo sentido, SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 379 e 380.

⁴⁴² Sobre o tema, conferir o relatório intitulado “Grassroots Lobbying: Constitutionality of Disclosure Requirements”, disponível em <http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/3065.pdf>. Acesso em 28.10.2010.

⁴⁴³ A Constituição Norte-Americana dependia da ratificação de nove Estados para valer naqueles que a endossassem. É o que estabelece seu artigo VII: “The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same”.

⁴⁴⁴ Os artigos estão disponíveis em <http://www.law.ou.edu/ushistory/federalist/>. Acesso em 28.10.2010

está a incentivar o *grassroot*, embora, pela legislação americana, não possa ser enquadrado como lobista, por não ser remunerado especificamente para esse estímulo. De fato, considerá-lo lobista seria uma demasia.

Há, nos Estados Unidos, muitas empresas especializadas que são contratadas para incentivar os *grassroots* com o objetivo de influenciar o processo legislativo. Sofisticadas campanhas na mídia são utilizadas com esse propósito. Para se ter uma ideia da importância dos *grassroots* para o lobby, basta dizer que os gastos com essa prática chegam a responder por 50% das despesas totais das organizações lobistas.⁴⁴⁵ Como não há disciplina legal sobre a matéria, a prática fica excluída do primado da transparência, o que impede o público de saber quem está por trás de campanhas populares, quanto está a gastar e com que objetivo. Houve várias tentativas para regular a prática, mas, até o momento, todas fracassaram.

Além de ser criticado por não prever mecanismo efetivo de fiscalização, na medida em que não criou estrutura alguma com esse fim, e por não regular o *grassroot*, o LDA de 1995 foi censurado por não evitar que agentes públicos recebessem presentes⁴⁴⁶ e não coibir o chamado *revolving door* – porta-giratória na tradução literal –, a expressar a troca constante de papéis entre servidores públicos e agentes privados. Servidores que eram públicos passam ao setor privado, e vice-versa. A prática preocupa porque, uma vez implementada, pode significar uso de informações privilegiadas por parte do agente privado e influência indevida na tomada de decisão pelo servidor público.

A nosso sentir, a legislação americana também falha ao não regular o lobby em causa própria nem o lobby não-remunerado. O lobby em causa própria e o lobby profissional ostentam idêntica natureza: em ambos, procura-se sensibilizar o tomador da decisão para determinado ponto de vista, na tentativa de promover certos interesses. A diferença é a terceirização da atividade, que não ocorre no lobby em causa própria. Na medida em que ambas as atividades ostentam idêntica natureza, não há razão para deixar de regular o lobby em causa própria.

Igualmente, carece de sentido deixar de disciplinar o lobby não-remunerado. Em linha de princípio, a remuneração não altera a atividade desenvolvida. Afinal, qual é a diferença ontológica entre o lobby praticado voluntariamente por um professor a pedido de uma ONG defensora do meio ambiente e o feito por

⁴⁴⁵ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 394.

⁴⁴⁶ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 380.

profissional contratado por ruralistas? Ambas, a nosso ver, são atividades de persuasão que hão de estar submetidas ao escrutínio público, postas à luz do sol, motivo por que devem ser reguladas.

O LDA de 1995 revelou-se insuficiente para evitar novos escândalos. Em 2006, o lobista Jack Abramoff foi condenado à pena de cinco anos e dez meses de prisão, por fraude, evasão fiscal e conspiração para subornar funcionários. Por conta do episódio, renunciaram o deputado Tom DeLay, aliado importante do então presidente George W. Bush e líder da maioria republicana na Câmara dos Representantes, bem como o deputado Robert Ney⁴⁴⁷.

Em resposta a mais esse escândalo, o Congresso Nacional editou o *Honest Leadership and Government Act* de 2007⁴⁴⁸, que ampliou a fiscalização e a transparência das atividades de lobby. Entre outras medidas, o Diploma: a) impõe a disponibilização na internet dos relatórios apresentados pelos lobistas; b) aumenta a frequência da apresentação dos relatórios, que passam a ser trimestrais, e não apenas semestrais; c) obriga a divulgação dos cargos públicos ocupados pelos lobistas nos 20 anos anteriores; d) determina a declaração das contribuições acima de US\$ 200,00 feitas por lobistas a candidatos ou comitês partidários; e) proíbe a aceitação de presentes e viagens por parte de membros do Congresso e assessores; f) amplia o prazo de quarentena para parlamentares e assessores atuarem como lobistas⁴⁴⁹; g) impede ex-parlamentares e ex-servidores registrados como lobistas de terem acesso a áreas privativas dos congressistas; h) majora de US\$ 50 mil para US\$ 200 mil a multa em caso de descumprimento do LDA de 1995 e a pena de prisão, cujo limite máximo passa a ser de 5 anos; i) determina a realização de auditoria anual aleatória nos relatórios entregues; j) proíbe o patrocínio por parte de lobistas de eventos em homenagem a parlamentares. Não houve êxito na tentativa de regular a atividade de *grassroot*. Embora constasse do projeto, a previsão gerou controvérsia e acabou suprimida⁴⁵⁰.

Posteriormente, tramitou no Congresso Nacional norte-americano o *Executive Branch Reform Act*⁴⁵¹. De acordo com esse projeto, cerca de 8000

⁴⁴⁷ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* p. 135. A propósito da resposta legislativa, ver também p. 381 e seguintes.

⁴⁴⁸ Tradução livre: Estatuto do Governo Aberto e da Liderança Honesta de 2007. A íntegra dessa lei está disponível em <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s110-1>. Acesso em 01.11.2010.

⁴⁴⁹ O título que trata do tema é "*Closing revolving door*".

⁴⁵⁰ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op. cit.* pp. 385 a 387.

⁴⁵¹ Tradução livre: Estatuto da Reforma do Poder Judiciário.

servidores do Poder Executivo, ocupantes dos cargos mais relevantes, teriam que informar trimestralmente, por meio de um banco de dados público, todos os contatos significativos mantidos com pessoas privadas. O projeto definia como significativo qualquer contato com o objetivo de influenciar a atuação do servidor. A norma obrigaria, inclusive, o *staff* do Presidente da República e do Vice-Presidente, eximindo apenas os chefes dos *staffs* e as autoridades. Em caso de descumprimento, o servidor estaria sujeito à multa de US\$ 50 mil e à demissão. O projeto foi bastante criticado. Temia-se que os servidores ficassem receosos e deixassem de receber, por exemplo, defensores de causas antipáticas. Ante o término da sessão legislativa do *110th Congress*, o projeto não foi adiante⁴⁵². É que, com o fim de cada sessão legislativa, cuja duração é de dois anos, todas as propostas legislativas são automaticamente excluídas e dependem de reapresentação para serem apreciadas.

Idêntico desfecho teve o projeto do *Lobbying Disclosure Enhancement Act*⁴⁵³. A proposta legislativa, que chegou a ser aprovada pela Câmara dos Representantes em 28.07.2010, criava uma força-tarefa com o objetivo de incrementar a efetividade do LDA de 1995. Caso o projeto fosse aprovado, a força-tarefa seria implementada pelo Procurador-Geral da República e teria como função primordial investigar e processar todos os casos submetidos ao Procurador-Geral por suspeita de violação ao LDA de 1995. Havia, ainda, a previsão de que, com base em exame de casos concretos, o Procurador-Geral fizesse recomendações ao Congresso com objetivo de aumentar a eficácia do LDA de 1995.

Como se observa, embora os Estados Unidos contem com uma das mais amplas disciplinas de lobby do mundo, até hoje o país esforça-se para mantê-la atualizada e para aperfeiçoá-la, na tentativa de coibir brechas e assegurar seu efetivo cumprimento. O objetivo é conferir à atividade de lobby mais transparência para facilitar o controle. Dá-se especial atenção à relação lobby/financiamento de campanha. Por isso, insiste-se tanto na divulgação dos custos da atividade (custos estimados, remuneração do lobista, contribuições acima de US\$ 200,00 destinadas a candidatos ou comitês partidários).

Medida interessante é disponibilizar relatórios na internet. Além de ir ao encontro do princípio republicano, a divulgação torna menos oneroso o controle

⁴⁵² Disponível em <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h109-5112>. Acesso em 03.11.2010.

⁴⁵³ Disponível em <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h111-5751>. Acesso em 20.04.2011.

social. O acesso facilitado aos relatórios reduz os obstáculos à fiscalização empreendida pelo público em geral e, em especial, pela mídia e pelos concorrentes quer do lobista quer do cliente do lobista⁴⁵⁴, de maneira que o controle da atividade do lobby dependa menos da capacidade institucional do Congresso. Esse é um dos pontos a ser copiado pela legislação brasileira, embora não se possa olvidar que, como qualquer legislação estrangeira, não é dado simplesmente transportar para o Brasil toda a disciplina de lobby dos Estados Unidos, sem atentar para as peculiaridades aqui existentes.

4.4.2 Canadá

No Canadá, desde 1965, há várias propostas legislativas para assegurar o comportamento ético dos servidores públicos⁴⁵⁵. Contudo apenas em 1985 foi editada a primeira lei federal canadense sobre lobby: o *Lobbyists Registration Act*⁴⁵⁶, que passou a vigorar em 1989⁴⁵⁷. Em 1996, esse Diploma foi significativamente alterado, oportunidade em que se introduziu o Código de Conduta dos Lobistas.

Novas alterações relevantes sobrevieram em 2005 com duplo objetivo: ampliar a transparência prestando ao cidadão informações mais compreensíveis⁴⁵⁸ e dotar o Estatuto de maior efetividade. Na ocasião, alterou-se a definição de lobby, que passou a incluir qualquer comunicação com o servidor público, escrita ou oral, com exceção do simples pedido de informação. Com a mudança, dispensou-se o elemento finalístico da comunicação anteriormente exigido, qual seja, o propósito de

⁴⁵⁴ A propósito da relação entre controle social e disponibilidade de informações, conferir BARCELLOS, Ana Paula. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*, artigo do qual se destaca o seguinte trecho: “Como controlar a ação pública se as pessoas não dispõem de informação sobre ela? A dificuldade de obter informação desestimula o controle social na medida em que impõe ao indivíduo eventualmente interessado em desempenhar esse controle um custo enorme, de tempo e esforço, na busca de dados. E, ademais, caso as informações não sejam verdadeiras ou compreensíveis, isso pode inviabilizar, afinal, qualquer controle real. Por outro lado, caso as informações sejam de fácil acesso e compreensão para o público, o custo de se informar e exercer alguma forma de controle social diminuirá sensivelmente”. p. 86

⁴⁵⁵ Informações obtidas no site www.ocl-cal.gc.ca. Acesso em 09.11.2010.

⁴⁵⁶ Tradução livre: Estatuto do Registro de Lobistas (*Lobbyists Registration Act* - LRA)

⁴⁵⁷ Foi quando da edição, pela Câmara dos Comuns, do Bill C-82 - um estatuto concernente ao registro dos lobistas. Informação fornecida gentilmente por email pela Sra. Diane Lanteigne, gerente da Unidade de Registro do Comissariado de Lobbying do Governo do Canadá.

⁴⁵⁸ As alterações foram introduzidas por meio da Bill C-15, que, embora tenha recebido a chancela real em junho de 2003, apenas entrou em vigor em 14 de fevereiro de 2005, dada a necessidade de ajustes na regulação para que o Estatuto editado entrasse em vigor. Informação fornecida gentilmente por e-mail pela Sra. Diane Lanteigne, gerente da Unidade de Registro do Comissariado de Lobbying do Governo do Canadá.

influenciar a ação do servidor público. Dessa forma, no Canadá, a caracterização do lobby passou a depender de um critério objetivo – a existência do contato –, e não mais de um critério subjetivo – a intenção do agente.⁴⁵⁹ Em 2006, por fim, foi editado o S.C. 2006, c.9, que entrou em vigor no dia 2 de julho de 2008 e modificou de maneira substancial o *Lobbyists Registration Act* de 1985, inclusive seu nome, que passou a ser *Lobbying Act*.

Como enuncia o preâmbulo desde a versão inicial, o *Lobbying Act* baseia-se em quatro premissas, que orientam toda a legislação canadense: a) o caráter de interesse público do acesso livre e aberto ao Governo, b) a legitimidade da atividade de lobby; c) a importância de tanto os ocupantes de funções públicas quanto o público em geral saberem quem tenta influenciar as decisões estatais; e d) a necessidade de o registro dos lobistas não impedir o acesso livre e aberto ao Governo⁴⁶⁰.

O *Lobbying Act*⁴⁶¹ instituiu um órgão estatal específico e independente para fiscalizar a atividade lobista: o Comissariado da Atividade Lobista, característica que qualifica, a nosso ver, a disciplina canadense como uma das mais avançadas do mundo.

O Diploma define como lobistas as atividades, desenvolvidas mediante *contraprestação*, de comunicação com servidor público que pertença ao Governo, às agências, às Forças Armadas ou ao Parlamento. A comunicação pode referir-se, por exemplo, ao desenvolvimento de políticas públicas, propostas legislativas, marcos regulatórios, programas públicos, assim como à celebração de contratos, financiamentos etc⁴⁶². Não se exige, como foi dito, que a comunicação tenha como finalidade *influenciar* o servidor público. Para a configuração do lobby, basta o contato. Pouco importa que tenha partido de não-lobistas – mesmo contatos iniciados por servidores caracterizam lobby. São excluídos dessa caracterização certos contatos, como os simples pedidos de informação e os ocorridos em audiência ou comissão cujo procedimento já seja dotado de publicidade⁴⁶³.

Pela legislação, os lobistas *remunerados* devem registrar-se *on line* no site do Comissariado da Atividade Lobista e apresentar, mensalmente, um relatório

⁴⁵⁹ Informação fornecida gentilmente por e-mail pela Sra. Diane Lanteigne, gerente da Unidade de Registro do Comissariado de Lobbying do Governo do Canadá.

⁴⁶⁰ Íntegra disponível em <http://laws.justice.gc.ca/eng/L-12.4/page-1.html>. Acesso em 09.11.2010.

⁴⁶¹ Com as alterações implementadas em 2008.

⁴⁶² Seção 5, subseção (1), (a) e (b) do *Lobbying Act*.

⁴⁶³ Subseção 4. (2) do *Lobbying Act*.

também *on line*. As informações podem ser acessadas gratuitamente por qualquer pessoa no *site* <http://www.ocl-cal.gc.ca>. Em face da exigência de remuneração, não estão compreendidos no âmbito de incidência das normas os lobistas que atuam voluntariamente ou em causa própria. Também não são considerados lobistas os diplomatas, os servidores públicos e os servidores de organismos internacionais quando estiverem atuando em tal condição⁴⁶⁴.

O registro inicial deve conter, entre outras informações, o nome do lobista, do cliente ou empregador e subsidiárias, o sumário das atividades desenvolvidas pelo cliente, a referência ao recebimento de recursos públicos, os assuntos e os departamentos a que a atividade lobista visa e as técnicas de lobby empregadas.

O relatório mensal deve indicar, para cada contato estabelecido, a data em que ocorreu, o nome e o cargo da pessoa contatada e o objeto da conversa. A veracidade das informações poderá ser checada pelo Comissário da Atividade Lobista. O relatório é exigido caso o lobista tenha feito contato com um servidor público no mês anterior, ainda que por telefone.

A legislação canadense classifica os lobistas em três categorias: primeira, o consultor lobista – pessoa contratada para se relacionar com um servidor público em nome de um cliente ou para agendar uma reunião para outrem; segunda, o lobista *in house (corporation)* – empregado que defende os interesses de uma empresa com fins lucrativos; terceira, o lobista *in house (organization)* – empregado que defende os interesses de uma entidade sem fins lucrativos. Com as alterações introduzidas à legislação, proibiu-se o consultor lobista de perceber honorários de êxito (*contingency fee*)⁴⁶⁵. Os demais podem recebê-los.

O *Lobbying Act*, na sua nova versão de 2008, estabelece, ainda, a quarentena de cinco anos para que ex-ocupantes de determinados cargos no governo canadense possam exercer a atividade lobista⁴⁶⁶. O Comissário da Atividade Lobista poderá eximir o ex-servidor da quarentena em decisão fundamentada, que deve ser disponibilizada ao público em geral na internet, de modo a possibilitar o controle social⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Subseção 4. (1) do *Lobbying Act*.

⁴⁶⁵ *The Lobbying Act: a summary of a new requirements*, Junho de 2008. Ver também subseção 10.1 (1) do *Lobbying Act*.

⁴⁶⁶ Ver seções 10.11 e 10.12.

⁴⁶⁷ Desde 2008, três ex-servidores foram eximidos do cumprimento da quarentena. As razões estão disponíveis em http://www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/lobbyist-lobbyiste1.nsf/eng/h_nx00331.html. Acesso em 10.11.2010.

Em caso de descumprimento do *Lobbying Act*, o infrator está sujeito a multa de até C\$ 200.000 e/ou a prisão de até dois anos⁴⁶⁸, podendo, também, a depender das circunstâncias, ser proibido de exercer a atividade por até 2 anos⁴⁶⁹.

Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, o regime canadense não impõe a publicização dos custos da atividade lobista. O foco é outro. A legislação canadense determina a divulgação detalhada dos assuntos alvo da atividade lobista, das técnicas empregadas na prática do lobby e, em especial, dos contatos e das reuniões havidas com os servidores públicos.

O objetivo da legislação canadense é franquear o acesso dos representados a seus representantes e, ao mesmo tempo, evitar influências indevidas. Aposta-se, para tanto, na publicização da atividade lobista, de maneira a possibilitar o controle social das instituições – direito de todo o cidadão. Conta-se, também, com um órgão específico, o Comissariado da Atividade Lobista, para garantir a consistência e a veracidade das informações disponibilizadas. Enfim, transparência é a palavra de ordem da legislação canadense sobre lobby, país que vê na atividade um canal salutar para o fortalecimento da democracia.

4.4.3 Reino Unido

No Reino Unido, não há regulação estatal da atividade lobista. O país interessa-nos na medida em que, de 2006 a 2008, a Câmara dos Comuns, por meio *Public Administration Select Committee*, debruçou-se longamente sobre o tema, o que resultou no consistente estudo intitulado “*Lobbying: Access and Influence in Whitehall*”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Seção 14 do *Lobbying Act*.

⁴⁶⁹ Subseção 14.01 do *Lobbying Act*.

⁴⁷⁰ O estudo, feito pelo *Public Administration Select Committee* da Câmara dos Comuns, está disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/36/36i.pdf> e em <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/36/36ii.pdf>. Acesso em 27.09.2010. A resposta dada pelo Governo ao estudo está disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/cmpubadm.htm>. Acesso em 25.11.2010.

O estudo define lobby de forma ampla: como qualquer tentativa de influenciar decisões do setor público⁴⁷¹. A atividade é reconhecida não apenas como legítima, mas também como positiva e necessária ao processo democrático⁴⁷².

O problema, assevera o Comitê, reside na disparidade de acesso e influência: acredita-se que certas pessoas e corporações têm acesso privilegiado e influenciam a tomada de decisão, ao passo que outras não têm acesso algum⁴⁷³. Um exemplo dos mais salientes é o tratamento dispensado à *Fórmula 1* quanto à veiculação de publicidade e ao patrocínio de indústrias tabagistas⁴⁷⁴. Bernie Ecclestone, o chefe da Fórmula 1, doou um milhão de libras esterlinas nas eleições gerais de maio de 1997 para o Partido Trabalhista, que se sagrou vencedor. Imediatamente depois de uma reunião realizada em outubro de 1997 entre Bernie Ecclestone e Tony Blair, o Departamento de Saúde do Reino Unido atuou na União Europeia, a fim de que se excluísse a Fórmula 1 da vedação atinente ao patrocínio e publicidade de indústrias tabagistas, na contramão de um dos compromissos assumidos pelo Partido.⁴⁷⁵

Outro aspecto negativo do atual cenário britânico, citado por entidades que defendem a regulação, é a falta de transparência: não se sabe quem está influenciando quem, o que contribui para a descrença nas instituições⁴⁷⁶.

O estudo aponta a ineficiência da auto-regulação existente. Há três associações lobistas no Reino Unido – a *Association of Professional Political Consultants* (AAPC), a *Public Relations Consultants Association* (PRCA) e a *Chartered Institute of Public Relations* (CIPR). Cada qual com normas próprias, o que permite aos lobistas a escolha do regime que mais lhes convém⁴⁷⁷. Há, ainda, os “relações públicas” de empresas, os quais, por não estarem vinculados a nenhuma dessas instituições, seguem tão-somente o Código de Ética da respectiva companhia.

Além de possibilitar que os lobistas escolham a que normas se submeterão, a auto-regulação não conta com fiscalização. De fato, os dados analisados pelo Comitê da Câmara dos Comuns revelam que o processo disciplinar não funciona em

⁴⁷¹ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*, p.6.

⁴⁷² *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*, p.3 e 4

⁴⁷³ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*, p. 9

⁴⁷⁴ Ver, a propósito, o estudo do Comitê, *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*, p. 9, e a reportagem da BBC “*How the Ecclestone affair unfolded*”, disponível em http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/937232.stm. Acesso em 25.11.2010.

⁴⁷⁵ Ver, ainda, a reportagem disponível em <http://www.telegraph.co.uk/comment/telegraph-view/3562753/Bernie-Ecclestone-and-Tony-Blair-a-truth-revealed-10-years-too-late.html>. Acesso em 03.12.2010.

⁴⁷⁶ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p.10.

⁴⁷⁷ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p.19.

nenhuma das três instituições existentes. Num interregno de 10 anos, não houve, por exemplo, uma única denúncia formal contra um associado na PRCA⁴⁷⁸, a evidenciar a ineficiência da fiscalização e a conseqüente ausência de sanção aos que infringem as normas existentes. Assim, sentencia o Comitê, o que é chamado de auto-regulação praticamente não contém regulação⁴⁷⁹. Essa situação começa a mudar como se verá mais adiante.

Como causa da ineficiência verificada, exsurge o conflito de interesses sobre o qual é esculpida a auto-regulação. As associações buscam, a um só tempo, defender seus membros e atuar como agentes reguladores⁴⁸⁰. A AAPC – exemplifica o Comitê – elege a transparência como um de seus pilares. Fato é, porém, que a transparência contraria os interesses dos lobistas, pois o melhor é que seus concorrentes saibam o quanto menos sobre suas atividades⁴⁸¹.

Nesse contexto, considerada a cultura de discrição inglesa⁴⁸², em que acordos tradicionalmente são feitos às escondidas, a Câmara dos Comuns conclui ser necessária a regulação estatal para superar o clima de desconfiança que existe com a auto-regulação. Apenas uma certa dose de coerção externa pode imprimir transparência à atividade lobista. A submissão do lobby ao escrutínio público, por sua vez, pode contribuir para o equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão, reduzindo as influências indevidas⁴⁸³.

Embora a auto-regulação seja inapta para alcançar a transparência, o estudo reconhece que pode haver algum papel para ela, desde que sejam adotadas algumas recomendações, tais como a criação de uma única organização que compreenda todos os praticantes de lobby; a criação de incentivos para que os lobistas a ela se associem; a submissão dessa organização a uma espécie de auditoria externa; a separação clara entre a promoção dos interesses lobistas e a regulação da atividade⁴⁸⁴. A efetividade da auto-regulação, a ser editada por essa organização, seria aferida pela sanção aplicada aos que a violassem⁴⁸⁵. O Comitê sugeriu, ainda, que se aguardasse por seis meses, a partir da publicação do estudo, para apurar se haverá progresso consistente e concreto da auto-regulação.

⁴⁷⁸ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 19.

⁴⁷⁹ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 22.

⁴⁸⁰ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 22.

⁴⁸¹ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, pp. 14 e 15.

⁴⁸² *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 38.

⁴⁸³ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p.42.

⁴⁸⁴ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, pp. 42 e 43.

⁴⁸⁵ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 43.

Uma vez passado esse período sem se identificar avanço na auto-regulação, o Comitê recomenda a publicização compulsória da atividade lobista, por meio da edição de regulação estatal, calcada nas seguintes diretrizes: a) registro compulsório de todas as pessoas não-vinculadas ao Estado e engajadas em influenciar os tomadores de decisão; b) controle dos registros e informações por órgão independente; c) divulgação apenas de informações diretas, atualizadas e de potencial interesse para o controle social⁴⁸⁶.

O Comitê propõe que sejam divulgados o nome do lobista, dos clientes e dos cargos públicos anteriormente ocupados por aquele. Sugere, ainda, a divulgação dos contatos havidos entre lobistas e tomadores de decisão, inclusive em almoços, o que possibilitará ao público aferir se, no processo de tomada de decisão, foram considerados de forma equilibrada diferentes pontos de vista. Para o Comitê, o responsável por fornecer as informações a propósito das reuniões há de ser o Poder Público, que deve divulgar, rotineiramente, o assunto tratado e as atas das reuniões. O Comitê argumenta que imputar tal responsabilidade ao Poder Público servirá de estímulo para que o tomador de decisão se abra a diferentes opiniões sobre o assunto discutido.

É de destacar que, no Reino Unido, existe disciplina legal a impor certa transparência às reuniões entre representantes do governo e grupos de interesse. Cuida-se do *Freedom of Information Act*⁴⁸⁷, que determina aos ministérios a divulgação de informações básicas sobre reuniões mediante *requerimento relevante*. No que diz respeito a transparência, a proposta do Comitê vai além do *Freedom of Information Act*, porquanto requer o fornecimento de informações detalhadas, não apenas básicas, e não reclama *requerimento relevante*. Pela proposta, as informações devem ser corriqueiramente disponibilizadas na internet, independentemente de qualquer provocação.

O Comitê propõe, ainda, novo tratamento para as informações sigilosas – elas devem ser definidas da maneira mais restrita possível⁴⁸⁸. Se, por exemplo, determinada audiência teve por objeto informação confidencial, apenas seu

⁴⁸⁶ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 51.

⁴⁸⁷ Tradução livre: Estatuto da Informação Livre. O inteiro teor está disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents>. Acesso em 26.11.2010.

⁴⁸⁸ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 52.

conteúdo deve ser mantido em sigilo; a existência da audiência deve ser divulgada.⁴⁸⁹

A publicização dos custos da atividade lobista – tão cara aos Estados Unidos – é considerada de pouca relevância no Reino Unido, seja porque seu levantamento é extremamente oneroso, seja porque seu conteúdo é de questionável confiabilidade⁴⁹⁰. Assim, pela proposta do Comitê, tal informação não seria exigida.

Para que a regulação estatal não restrinja o acesso de pessoas menos experientes aos tomadores de decisão, o Comitê ressalta que as exigências devem ser *proporcionais*. Não faz sentido, exemplifica, impor prévio cadastro dos cidadãos em geral como condição para que enviem um e-mail a uma autoridade⁴⁹¹.

Por fim, o estudo propõe um modelo de registro e de relatório bastante prático, com informações simples e diretas, de forma a permitir ao público acessá-las e compreendê-las⁴⁹², até porque, vale lembrar, muita informação equivale a nenhuma informação.

É praxe, no Reino Unido, que o Governo responda aos Comitês do Parlamento por escrito⁴⁹³. Na resposta dada ao estudo em questão, o Governo destacou a importância do lobby para a democracia, reiterou seu compromisso de proteger o exercício dessa atividade e salientou que melhor será a decisão do Estado quanto mais intensa for a atividade lobista, com o fornecimento de subsídios para a elaboração de políticas públicas.⁴⁹⁴ Aludiu, ainda, a medidas adotadas para incrementar a transparência do governo em geral – como o *Freedom of Information Act* – e se comprometeu a divulgar trimestralmente uma lista das reuniões ministeriais com grupos de interesse⁴⁹⁵.

Quanto à regulação, o Governo conferiu especial ênfase aos riscos a ela inerentes, sobretudo ao risco, reconhecido pelo Comitê, de a regulação inibir a prática do lobby. Manifestou, assim, preferência pela auto-regulação. Após elogiar as recomendações dirigidas à auto-regulação, fez um apelo para que lobistas e

⁴⁸⁹ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 53.

⁴⁹⁰ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 51.

⁴⁹¹ *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 53.

⁴⁹² *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 54 e 55.

⁴⁹³ Em regra, o Governo responde o Parlamento no prazo de 2 meses. No caso, contudo, houve atraso de mais de 10 meses, conforme registrado na publicação que veiculou a resposta. A resposta apenas foi encaminhada ao Parlamento no dia 21.10.2009, tendo sido publicada no dia seguinte. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpublic/1058/1058.pdf>. Acesso em: 25.11.2010.

⁴⁹⁴ “*Lobbying: access and influence in Whitehall: Government Response to the Committee’s First Report of Session 2008-09*”. p. 02.

⁴⁹⁵ “*Lobbying: access and influence in Whitehall: Government Response to the Committee’s First Report of Session 2008-09*”. p. 10.

companhias as adotem, por reputar a auto-regulação um meio mais efetivo e proporcional para promover a transparência e o comportamento ético dos lobistas. Dito de forma direta: nesse primeiro momento, o Governo posicionou-se contra a criação de uma disciplina legal do lobby⁴⁹⁶.

Depois do primeiro relatório mais extenso, o Comitê produziu outro mais reduzido⁴⁹⁷, publicado em 16.12.2009, no qual solicitou ao Governo que explicasse com maior clareza como será aferido o progresso da auto-regulação; reiterou sua convicção acerca da necessidade de registro compulsório dos lobistas a ser imposto por lei; reclamou da falta de informações sobre as reuniões havidas entre ministros ou servidores seniores e lobistas e lamentou o fato de, àquela altura, ainda não terem sido tomadas medidas concretas, robustas e pormenorizadas por parte das associações lobistas para a criação de uma única organização que compreendesse todos os lobistas.

Na resposta⁴⁹⁸, publicada em 03.03.2010, o Governo manteve-se silente quanto à maneira de aferir o avanço da auto-regulação, bem como quanto à convicção, externada pelo Parlamento mais uma vez, acerca da necessidade de se impor, mediante lei, o registro compulsório dos lobistas. No mais, comprometeu-se a divulgar trimestralmente e *on line* tão só as informações de reuniões ocorridas entre ministros e lobistas e recusou-se a revelar as concernentes às reuniões de servidores seniores, sob o fundamento de que tal divulgação importaria custos desproporcionais à máquina pública, na medida em que existem mais de quatro mil servidores seniores.

Dias depois de ser publicada a resposta do Governo, a imprensa veiculou acusações relacionadas à atividade lobista de ex-ministros, o que levou, inclusive, o Partido Trabalhista a suspendê-los⁴⁹⁹. Em reação a esse escândalo, o Governo,

⁴⁹⁶ Nessa linha, é a notícia intitulada “*Government rejects call for lobbying register*”, veiculada no site http://www.civilsociety.co.uk/finance/news/user/Tania-Mason/content/5391/government_rejects_call_for_lobbying_register. Acesso em 11.10.2010.

⁴⁹⁷ Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmpubadm/108/10802.htm>. Acesso em 07.02.2011.

⁴⁹⁸ Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmpubadm/393/39302.htm>. Acesso em 07.02.2011.

⁴⁹⁹ Ver, a propósito dos desdobramentos do relatório, o estudo feito pela Biblioteca da Câmara dos Comuns, o qual está atualizado até 27.01.2011. Disponível em: <http://www.parliament.uk/briefingpapers/commons/lib/research/briefings/snpc-04633.pdf>. Acesso em 07.02.2011. Ver também, a propósito, a reportagem disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1540810-5602,00.html>. Acesso 17.03.2011.

ainda nas mãos daquele Partido, comprometeu-se a introduzir o registro compulsório de lobistas, o que não foi feito.

Nas eleições gerais de maio de 2010, o registro dos lobistas fez parte da plataforma dos três partidos: Liberal-Democrata, Conservador e Trabalhista. Com a formação do governo, resultante da aliança entre o Partido Conservador e o Liberal-Democrata, reiterou-se a intenção de regular a atividade lobista e de introduzir o registro compulsório⁵⁰⁰. Recentemente, em 18 de janeiro de 2011, ao ser questionado no Parlamento sobre os planos do Governo quanto ao tema, um ministro do Gabinete afirmou que a ideia é apresentar uma proposta de registro compulsório dos lobistas na segunda sessão do atual Parlamento⁵⁰¹, a qual se iniciará depois de maio de 2012⁵⁰².

No tocante à auto-regulação, pode-se afirmar que houve progresso com a criação, em julho de 2010, de uma única organização para abranger todos os lobistas: a UK Public Affairs Council (UKPAC)⁵⁰³, cujo objetivo principal é tornar efetiva a auto-regulação. Atualmente, a instituição procede ao registro dos lobistas em base de dados ainda não disponível ao público.

Enfim, a preocupação com o lobby está, no Reino Unido, na pauta do dia. O objetivo é dar à atividade, reconhecidamente legítima, transparência. Avanços substanciais, quer na regulação heterônoma, quer na regulação autônoma, certamente advirão. Lá, em regra, a elaboração legislativa é demorada, porque precedida de aprofundados estudos, o que costuma fazê-la altamente qualificada. Uma vez editada, a legislação britânica sobre lobby poderá ser fonte de inspiração para a almejada disciplina brasileira.

⁵⁰⁰ Informação extraída do estudo feito pela Biblioteca da Câmara dos Comuns, intitulado "Lobbying", atualizado até 27.01.2011. Disponível em:
<http://www.parliament.uk/briefingpapers/commons/lib/research/briefings/snpc-04633.pdf>. p.7
Acesso 07.02.2011.

⁵⁰¹ Resposta constante no estudo feito pela Biblioteca da Câmara dos Comuns, intitulado "Lobbying", atualizado até 27.01.2011. Disponível em:
<http://www.parliament.uk/briefingpapers/commons/lib/research/briefings/snpc-04633.pdf>. p.7
Acesso 07.02.2011.

⁵⁰² Os esclarecimentos sobre as sessões do Parlamento britânico foram prestados por e-mail por Tom Barrie Parliamentary Manager do Cabinet Office.

⁵⁰³ A instituição foi criada pela AAPC (*Association of Professional Political Consultants*), pela PRCA (*Public Relations Consultants Association*) e pela CIPR (*Chartered Institute of Public Relations*). Ver, a propósito, o site: <http://www.publicaffairsCouncil.org.uk/index.php>. Acesso em 08.02.2011.

4.4.4 União Europeia

A União Europeia dispõe de regulação escassa sobre o tema, razão pela qual não se mostra tão significativa para este estudo. De qualquer forma, vale noticiá-la brevemente.

À medida que as decisões da União Europeia ganharam relevância, mais lobistas migraram para Bruxelas, na tentativa de influenciar o processo de tomada de decisão. Uma estimativa de setembro de 2008 revela que, na época, havia 2.500 organizações e 15.000 lobistas engajados na busca de influenciar as instituições da União Europeia⁵⁰⁴.

Há anos a união supranacional discute como lidar com o lobby. É corrente a percepção de que a atividade lobista é salutar, pois traz informações e expertise ao processo de elaboração de políticas e de normas, além de incrementar a legitimidade das instituições.⁵⁰⁵ Ao mesmo tempo, há preocupação com práticas distorcidas, como o fornecimento de informações inverídicas, a simulação de campanhas de massa, a desigualdade nas condições de acesso às instituições⁵⁰⁶. Há consenso de que a transparência é positiva, na medida em que *“o controle externo pode servir de desincentivo contra práticas irregulares no âmbito das atividades desenvolvidas pelos grupos de interesse”*⁵⁰⁷.

As três principais instituições europeias – a Comissão Europeia⁵⁰⁸, o Parlamento Europeu⁵⁰⁹ e o Conselho da União Europeia⁵¹⁰ – possuem sistemática própria para lidar com o lobby.

A Comissão Europeia é bastante acessível aos lobistas. Em junho de 2008, num esforço para aumentar a confiança do público, instituiu o registro voluntário

⁵⁰⁴ Texto da Delegação da União Europeia nos Estados Unidos, intitulado *“Lobbying in the EU: an overview”*. Disponível em <http://www.eurunion.org/News/eunewsletters/EUInsight/2008/EUInsight-Lobbying-Sept08.pdf>. Acesso em 07.12.2010.

⁵⁰⁵ Nessa linha, ver estudo de David Coen, apresentado à Comissão Europeia e ao Parlamento Europeu, intitulado *“Lobbying na União Europeia”*, disponível em http://www.eurosfairer.prd.fr/7pc/doc/1211469722_lobbying_eu.pdf. Acesso em 05.12.2010. p. 3. A propósito, vale conferir o *green paper*, apresentado pela Comissão Europeia, intitulado *“Iniciativa europeia em matéria de transparência”*. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0194:FIN:PT:PDF>. Acesso em 05.12.2010. p. 5.

⁵⁰⁶ Green Paper: *Iniciativa europeia em matéria de transparência*. p.6.

⁵⁰⁷ Green Paper: *Iniciativa europeia em matéria de transparência*. p.7.

⁵⁰⁸ A Comissão é o braço executivo da união supranacional.

⁵⁰⁹ O Parlamento Europeu, cujos membros são eleitos diretamente pelos cidadãos europeus, é o braço legislativo da união, juntamente com o Conselho da União Europeia.

⁵¹⁰ O Conselho da União Europeia, composto por ministros de cada Estado-Membro, é o principal órgão de tomada de decisão. É, juntamente com o Parlamento Europeu, órgão legislativo da união supranacional.

daqueles que pretendem influenciar o processo de tomada de decisão ou de formulação de políticas. No registro, disponível para consulta na internet, devem constar o nome da empresa ou, se for o caso, da firma lobista e de todos os seus clientes. Exigem-se, ainda, a divulgação dos objetivos da entidade e a estimativa dos custos financeiros associados à prática do lobby.

No cadastro da Comissão, há quatro categorias de lobistas: a primeira compreende as empresas de consultoria especializada e os escritórios de advocacia que praticam o lobby; a segunda envolve representantes internos de empresas, associações comerciais e sindicatos; a terceira abrange as ONGs e os grupos de pesquisa interdisciplinar; a quarta é composta por outras organizações, como organizações acadêmicas, representantes de religião etc. Não são consideradas atividades lobistas o assessoramento jurídico relacionado a um litígio, as atividades desenvolvidas por atores sociais na qualidade de agentes do diálogo social e as respostas a pedidos feitos pela própria Comissão.

Por um lado, são passíveis de crítica a segunda e a terceira exceções à caracterização do lobby. A segunda – atividade desenvolvida por ator social na qualidade de agente do diálogo social – é descrita de forma tão obscura que impede a compreensão de seu alcance e de sua razão de ser. A terceira – resposta a pedido formulado pela Comissão – não deixa de ser uma tentativa de influenciar ou contribuir para a tomada de decisão. Nesse ponto, por ser mais abrangente, afigura-se preferível a opção canadense de considerar também como lobistas os contatos iniciados pelo Estado.

Por outro lado, merece elogios a inclusão, no conceito de atividade lobista, do lobby em causa própria e do lobby não-remunerado. Como dito, não há diferença ontológica entre tais atividades e o lobby remunerado.

Subscrevendo o registro, o lobista concorda em submeter-se ao Código de Conduta da Comissão ou então declara já estar submetido a código similar. O Código de Conduta é composto por deveres óbvios, como o de identificar-se e declinar o nome da pessoa representada, de declarar os interesses dos clientes, de prestar informações completas e atualizadas, de não tentar obter informação ou decisão de maneira desonesta e de não distorcer a própria identificação com o propósito de iludir terceiros. A violação ao Código de Conduta pode acarretar a suspensão ou exclusão do registro.

O sistema de registro dispõe de um incentivo, que consiste num alerta automático quando um assunto de interesse do lobista registrado entra na pauta de discussão. O incentivo, contudo, é considerado débil, na medida em que os lobistas fazem, por conta própria, o monitoramento dos debates⁵¹¹. Mesmo assim, verifica-se uma tendência crescente de adesão ao registro, motivo pelo qual a Comissão acredita no êxito da abordagem voluntária. Atualmente, há 3.350 lobistas registrados⁵¹².

Diferentemente da Comissão Europeia, em que o registro voluntário foi implantado em junho de 2008, no Parlamento Europeu ele existe há longos anos. Apenas informações básicas são requeridas, como o nome dos lobistas vinculados a cada organização e a pessoa por eles representada. Há um forte incentivo para que os lobistas registrem-se, embora não se possa falar propriamente em registro compulsório. O Parlamento dispõe de um sistema de acreditação – aqueles que desejam ter acesso regular ao Parlamento devem registrar-se e aderir ao Código de Conduta; em contrapartida, receberão uma credencial, chamada livre-trânsito, válida por um ano, para ter acesso às instalações do Parlamento⁵¹³. O Código de Conduta a que os lobistas devem aderir também contém apenas regras básicas, como o dever de declarar aos deputados e aos servidores do Parlamento os interesses que representam e o dever de não tentar obter informação desonestamente.

A Comissão Europeia e o Parlamento Europeu buscam um registro comum, com a adoção de um só Código de Conduta e de um sistema único de controle⁵¹⁴. O primeiro passo nessa direção foi a criação de uma página comum na internet, a qual dá acesso ao banco de lobistas registrados de ambas as instituições. Persistem, contudo, algumas diferenças na maneira de conceber a regulação do lobby. Na óptica do Parlamento, por exemplo, o registro deve ser compulsório, ao passo que, para a Comissão, há de se manter voluntário. O tema está na pauta do dia e os debates continuam⁵¹⁵.

⁵¹¹ COEN, David. *Op.cit.* p. 12.

⁵¹² Informação atualizada até 08.12.2010. Disponível em <https://webgate.ec.europa.eu/transparency/regrin/welcome.do?locale=pt#pt>. Acesso em 08.12.2010.

⁵¹³ No documento da Delegação da União Europeia nos Estados Unidos, alude-se a registro compulsório para acreditação. “*Lobbying in the EU: an overview*”. Disponível em <http://www.eurunion.org/News/eunewsletters/EUInsight/2008/EUInsight-Lobbying-Sept08.pdf>. Acesso em 07.12.2010.

⁵¹⁴ http://ec.europa.eu/archives/commission_2004-2009/kallas/doc/joint_statement_register.pdf

⁵¹⁵ Nessa linha, é a notícia veiculada no site: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/544&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=en>. Acesso em 12.12.2010.

O Conselho da União Europeia, entidade menos acessível ao lobby, não conta com qualquer regulação, tampouco com sistema de registro⁵¹⁶, tendo-se recusado a seguir a iniciativa da Comissão e do Parlamento Europeu para implementar um sistema único de registro.

Em suma, pode-se afirmar que a União Europeia, embora preocupada com a transparência, acredita na eficiência do registro voluntário, não contando com disciplina cogente e detalhada sobre o tema. A regulação existente é precária para proporcionar efetiva transparência. Não são requeridas, por exemplo, informações sobre os contatos estabelecidos, o que impede o público em geral de aferir se há equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão. Enfim, não se sabe quem está influenciando quem e com que propósito.

4.4.5 Síntese: Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e União Europeia

Antes de passar ao exame das normas e propostas legislativas existentes no Brasil, vale sintetizar como os Estados Unidos, o Canadá, o Reino Unido e a União Europeia enfrentam, sob o prisma legal, a atividade lobista.

Nos Estados Unidos, a regulação do lobby, veiculada sobretudo pelo LDA de 1995:

- a) aplica-se ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, inclusive às agências reguladoras;
- b) exige o registro de lobistas *remunerados* que dediquem mais de 20% de seu tempo à atividade;

⁵¹⁶ Informação extraída do documento da Delegação da União Europeia nos Estados Unidos, alude-se a registro compulsório para acreditação. "Lobbying in the EU: an overview". Disponível em <http://www.eurunion.org/News/eunewsletters/EUInsight/2008/EUInsight-Lobbying-Sept08.pdf>. Acesso em 07.12.2010.

- c) não disciplina o lobby em causa própria nem o lobby não-remunerado;
- d) determina a apresentação, pelos lobistas, de relatórios trimestrais, com o nome do cliente, a contraprestação percebida, o assunto que se deseja influenciar, as comissões e agências com as quais se estabeleceu contato e a estimativa dos custos da atividade;
- e) obriga a divulgação dos cargos públicos ocupados pelos lobistas nos 20 anos anteriores;
- f) determina a declaração das contribuições acima de US\$200,00 feitas por lobistas a candidatos ou comitês partidários;
- g) estabelece quarentena de um a dois anos, a depender do cargo ocupado, para que parlamentares e assessores atuem como lobistas;
- h) impõe a disponibilização, na internet, do registro e dos relatórios dos lobistas;
- i) prevê, em caso de descumprimento da legislação, multa de US\$ 200 mil e pena de prisão de até 5 anos;
- j) determina a realização de auditoria anual aleatória nos relatórios apresentados;
- k) não regula o *grassroot*;
- l) não incumbe a órgão ou a agência específica a fiscalização da atividade lobista; e
- m) não exige a divulgação de encontros nem de assuntos discutidos entre lobistas e agentes do Estado.

A legislação canadense, que, ao lado da dos Estados Unidos, é uma das mais avançadas:

- a) aplica-se ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, inclusive às agências reguladoras;
- b) define lobby como a atividade, desenvolvida mediante *contraprestação*, de comunicação com o servidor público, escrita ou oral e estabelece algumas exceções;
- c) não disciplina o lobby em causa própria nem o lobby não-remunerado;
- d) não exige, para a caracterização do lobby, que o propósito da comunicação seja influenciar a ação do servidor público;
- e) não reclama, para a configuração do lobby, que a comunicação tenha partido do particular;
- f) incumbe um órgão estatal específico e independente, o Comissariado da Atividade Lobista, de fiscalizar a atividade lobista;
- g) exige o registro dos lobistas remunerados, o qual deve conter, entre outras informações, o nome do lobista, do cliente ou empregador e subsidiárias, o sumário das atividades desenvolvidas pelo cliente/empregador, os departamentos alvo da atividade lobista e as técnicas de lobby empregadas;
- h) determina a apresentação pelos lobistas de relatórios mensais, o qual deve indicar, para cada contato estabelecido, a data, o nome e cargo da pessoa contatada e o objeto da conversa;

- i) impõe a disponibilização, na internet, do registro e dos relatórios;
- j) estabelece quarentena de cinco anos para que ex-ocupantes de determinados cargos no governo canadense possam exercer a atividade lobista; e
- k) prevê, em caso de descumprimento da legislação, multa de C\$ 200 mil, pena de prisão de até 2 anos e/ou proibição do exercício da atividade por até 2 anos.

No Reino Unido, a atividade lobista não é regulada pelo Estado. Recentemente, o *Public Administration Select Committee* da Câmara dos Comuns analisou o tema, o que resultou numa proposta de regulação. O estudo realizado:

- a) define lobby como qualquer tentativa de influenciar decisões do setor público e não exige que a atividade seja desenvolvida mediante remuneração;
- b) recomenda a adoção de medidas para aperfeiçoar a auto-regulação e, em caso de insucesso,
- c) sugere a regulação estatal do lobby pautada pelas seguintes diretrizes:
 - c.1) registro compulsório de todas as pessoas não-vinculadas ao Estado e engajadas em influenciar os tomadores de decisão;
 - c.2) controle dos registros e informações por órgão independente;
 - c.3) disponibilização, na internet, do nome do lobista, dos clientes, dos cargos públicos anteriormente ocupados, dos contatos feitos com os servidores públicos, inclusive em almoços, e dos assuntos tratados;
 - c.4) atribuição ao Estado do dever de divulgar as informações sobre as reuniões.

As instituições da União Europeia não possuem disciplina única sobre lobby. Cada qual trata o tema à sua maneira.

A Comissão Europeia:

- a) possui sistema de registro voluntário, disponível para consulta na internet, no qual devem constar o nome da empresa ou da organização lobista e dos clientes e a estimativa dos custos da atividade;
- b) entende que devem registrar-se todos os que pretendem – inclusive grupos de pesquisas, organizações acadêmicas etc – influenciar a tomada de decisão ou a formulação de políticas públicas;
- c) considera lobista qualquer atividade tendente a influenciar a tomada de decisão ou a formulação de políticas públicas, com exceção do assessoramento jurídico relacionado a um litígio, do contato de atores sociais na qualidade de agentes do diálogo social e da comunicação estabelecida em resposta a um pedido da comissão;
- d) dispensa tratamento uniforme a lobistas que atuam em causa própria, lobistas remunerados e lobistas não-remunerados; e
- e) dispõe de um Código de Conduta composto por deveres básicos.

O Parlamento Europeu, por sua vez:

- a) possui sistema de registro voluntário, no qual devem constar o nome dos lobistas, da organização lobista que integram e dos clientes que representam;

- b) dispõe de um sistema de acreditação que funciona como incentivo para o registro voluntário; e
- c) conta com um Código de Conduta composto por deveres básicos.

Por fim, é de ressaltar que o Conselho da União Europeia não regulou o lobby, tampouco criou qualquer sistema de registro dos lobistas.

4.5. A regulação do lobby no Brasil

4.5.1. Fundamentos Constitucionais

O lobby no Brasil encontra amparo em diversos preceitos constitucionais. Além dos dispositivos que tratam especificamente da democracia, vale citar, apenas à guisa de ilustração, os incisos IV, XVII e XXXIV do artigo 5º, que garantem, respectivamente, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e o direito de petição, bem como o *caput* do artigo 37, que consagra o princípio da eficiência.

A liberdade de expressão, seja sob a dimensão libertária, seja sob a dimensão democrática ou instrumental⁵¹⁷, garante a cada qual a exposição livre de seu ponto de vista. O discurso pode ser realizado com o propósito de angariar simpatizantes, de realizar críticas ou de persuadir mandatários sobre determinada política pública ou proposição legislativa. A liberdade de expressão é, portanto, pressuposto e fundamento para o lobby.

⁵¹⁷ Sob a dimensão libertária ou constitutiva, a liberdade de expressão é entendida não como um instrumento, mas como um bem em si, essencial ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo. “*Cada homem e mulher, para a realização de sua personalidade, têm o direito de exprimir e divulgar, por exemplo, suas concepções de mundo, suas visões estéticas e suas visões políticas. A necessidade de comunicar-se é inerente à condição humana, sendo a imposição do silêncio uma violência à sua dignidade*” (p. 5 e 6 da inicial da ADI 4451 - STF, subscrita pelos advogados Gustavo Binenbojm, Rafael Koatz e Alice Voronoff). Essa dimensão centra-se na figura do emissor da mensagem. Sob a dimensão democrática ou instrumental, “*a liberdade de expressão deve ser garantida não como direito moral dos indivíduos, mas como instrumento necessário ao exercício do autogoverno e à consecução de outros objetivos importantes para a sociedade (como, por exemplo, a autodeterminação coletiva (...))*” (p. 6 da inicial da ADI 4451 - STF).

O direito à liberdade de associação, por sua vez, compreende não apenas o direito de as pessoas associarem-se, mas também de unirem-se com um objetivo, que pode ser o de influenciar as decisões do Estado. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) expressa essa ideia. A entidade resulta da liberdade de associação das indústrias e tem como objetivo atuar na defesa dos interesses do setor produtivo junto ao Estado. Para tanto, participa do processo legislativo e busca influenciá-lo, a fim de criar um ambiente propício às indústrias. A própria CNI se descreve como *a voz da indústria brasileira*⁵¹⁸, que está presente não só no Poder Legislativo, mas também no Executivo e no Judiciário⁵¹⁹. Certamente, se as indústrias não tivessem se associado, sua voz não seria tão eloquente. O exemplo permite antever a livre iniciativa como mais um fundamento constitucional para o exercício do lobby. Do postulado constitucional da livre iniciativa, extrai-se o direito de se diligenciar, junto aos tomadores de decisão, em prol dos interesses da empresa. O princípio da livre iniciativa e o direito constitucional à liberdade de associação fundamentam, assim, o lobby exercido pelo setor industrial⁵²⁰.

O direito de petição, sempre invocado nos Estados Unidos para respaldar a atividade lobista⁵²¹, consta do rol dos direitos fundamentais da Constituição brasileira. O “*direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*”⁵²² apresenta-se, ao menos, sob duas perspectivas. Sob a primeira, ele visa a resguardar direitos individuais contra abusos. Sob a segunda, vincula-se à ideia de autonomia pública, de direito cívico, de exercício do autogoverno. Por este prisma, o direito de petição garante que qualquer cidadão dirija-se aos respectivos mandatários para manifestar seu ponto de vista sobre a condução da *res pública*, pronunciando-se a favor ou contra políticas públicas e propostas legislativas. É sob este ângulo democrático que o direito de petição fundamenta o lobby, que nada mais é do que a tentativa *legítima* de influenciar as decisões do setor público.

⁵¹⁸ <http://www.cni.org.br/portal/data/pages/FF80808121B517F40121B54C101746FD.htm>. Acesso em 12.12.2010.

⁵¹⁹ No Poder Judiciário, a atuação da CNI dá-se, principalmente, por meio da deflagração do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

⁵²⁰ No caso *NAACP v. Alabama*, a Suprema Corte Norte-Americana ressaltou que o direito à associação fundamenta o exercício do lobby, já que dele deriva o direito dos associados defenderem seus pontos de vista da maneira mais eficaz possível. Íntegra disponível em <http://supreme.justia.com/us/357/449/case.html>. Acesso em 24.02.2011.

⁵²¹ ALLARD, Nicholas W. *Op. cit.*

⁵²² CF. Artigo 5º, inciso XXXIV, “a”.

O princípio da eficiência também fundamenta a atividade lobista. Como enfatizado, o Poder Público necessita de informações para legislar, quer ao avaliar as providências necessárias, quer ao estimar o impacto das medidas pretendidas. Apenas se estiver bem informado, o Poder Legislativo poderá ter sucesso na produção de atos normativos. Caso contrário, sua atuação provavelmente será desastrosa. Nesse contexto, os principais afetados pela legislação, ao se engajar no lobby e fornecer subsídios, colaboram para aumentar a eficiência da atividade legislativa.

Vale referir também o inciso II do parágrafo 2º do artigo 58, o qual prevê a realização, pelo Congresso Nacional, de audiências públicas com entidades da sociedade civil. Ao participarem dessas audiências, as entidades buscam influenciar o processo de tomada de decisão. Se lobby significa a tentativa de influenciar as decisões do setor público, é de concluir que tais audiências constituem um mecanismo de lobby preconizado pela própria Constituição.

Embora conte com fundamento constitucional e com 90% dos líderes do Congresso favoráveis à regulação⁵²³, até hoje o lobby é como um pária, motivo pelo qual não foi disciplinado.

Há, é certo, atos normativos que tangenciam o tema, tais como o Decreto 1171/94, que veicula o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal; a Resolução 25/2001, que institui o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados; o Código Penal, que tipifica práticas nefastas como a violação do sigilo funcional (artigo 326), a advocacia administrativa (artigo 321), o tráfico de influências (artigo 332); a Lei Federal 9.504/97, que disciplina as doações para campanhas eleitorais.

Sobre lobby especificamente, existem apenas alguns dispositivos esparsos no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, bem como propostas normativas em tramitação, entre as quais duas merecem destaque: os PLs 203/1989 (Senado) e 1.202/2007 (Câmara).

⁵²³ Dado obtido em <http://blog.lobbying.com.br/2009/02/corruptao-que-se-atribui-aos-lobbies.html>. Acesso em 24.02.2011.

4.5.2. Dispositivos regimentais

No Regimento da Câmara dos Deputados, há três dispositivos que fazem referência ao lobby – os artigos 32, XII⁵²⁴, 254⁵²⁵ e 259⁵²⁶.

Os artigos 32, XII, e 254 preveem a participação da sociedade civil no processo legislativo e estabelecem competir à Comissão de Legislação Participativa dar andamento às sugestões de iniciativa legislativa, aos pareceres técnicos e às exposições oriundas de associações, órgãos de classe, sindicatos, entidades organizadas, entidades científicas e culturais. Com a introdução desses dispositivos, tornou-se menos rigorosa a deflagração do processo legislativo por parte da sociedade civil. Ainda que não sejam satisfeitas as exigências relativas à iniciativa popular, a sociedade pode apresentar o anteprojeto legislativo, que poderá ser encampado pela Comissão de Legislação Participativa como se dela fosse a autoria.

O artigo 259 prevê o credenciamento de representantes dos ministérios, das entidades da administração federal indireta, das entidades de classe superior e de outras instituições de âmbito nacional, para que forneçam aos deputados subsídios para o processo legislativo. Trata-se do credenciamento de lobistas. O dispositivo, contudo, é falho. Além de não exigir que todos os lobistas se registrem, o Regimento Interno nem mesmo possibilita que todos o façam, na medida em que restringe o registro a representantes de entes estatais, de confederações e de instituições de âmbito nacional. Aliás, vale destacar que a Câmara nem sequer disponibiliza na

⁵²⁴ “Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: XII - Comissão de Legislação Participativa:

a) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto Partidos Políticos;

b) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a deste inciso;”

⁵²⁵ “Art. 254. A participação da sociedade civil poderá, ainda, ser exercida mediante o oferecimento de sugestões de iniciativa legislativa, de pareceres técnicos, de exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a do inciso XII do art. 32”.

⁵²⁶ “Art. 259. Além dos Ministérios e entidades da administração federal indireta, poderão as entidades de classe de grau superior, de empregados e empregadores, autarquias profissionais e outras instituições de âmbito nacional da sociedade civil credenciar junto à Mesa representantes que possam, eventualmente, prestar esclarecimentos específicos à Câmara, através de suas Comissões, às Lideranças e aos Deputados em geral e ao órgão de assessoramento institucional.

§ 1º Cada Ministério ou entidade poderá indicar apenas um representante, que será responsável perante a Casa por todas as informações que prestar ou opiniões que emitir quando solicitadas pela Mesa, por Comissão ou Deputado.

§ 2º Esses representantes fornecerão aos Relatores, aos membros das Comissões, às Lideranças e aos demais Deputados interessados e ao órgão de assessoramento legislativo exclusivamente subsídios de caráter técnico, documental, informativo e instrutivo.

§ 3º Caberá ao Primeiro-Secretário expedir credenciais a fim de que os representantes indicados possam ter acesso às dependências da Câmara, excluídas as privativas dos Deputados”.

internet a relação das pessoas e entidades credenciadas. Para obter tais informações, é preciso encaminhar, pessoalmente ou por via postal, ofício fundamentado ao primeiro secretário da Mesa, que deliberará sobre o pedido⁵²⁷. Esse dado evidencia que as esparsas normas brasileiras estão anos-luz atrás das disciplinas americana, canadense e mesmo da precária disciplina europeia sobre lobby.

O Senado, por sua vez, não possui dispositivo regimental que verse sobre o registro ou a atuação dos lobistas.

4.5.3 Dois projetos de lei sobre o tema

Afora os dispositivos regimentais, tramitam, no Congresso Nacional, várias proposições normativas, entre projetos de leis e projetos de resolução. A opção foi por concentrar maior atenção nos dois Projetos de Lei já referidos – 203/1989-Senado e 1.202/2007-Câmara –, de autoria, respectivamente, do senador Marco Maciel e do deputado Carlos Zarattini. Esses projetos parecem os mais relevantes – o primeiro por ser pioneiro; o segundo por ser de autoria de deputado que compõe a base do atual governo.

4.5.3.1 O Projeto de Lei nº 203/1989

Sempre que surgem escândalos relacionados a tráfico de influência, o projeto Marco Maciel de regulamentar o lobby é lembrado. O primeiro projeto apresentado por ele data de 1984, o PL nº 25/1984. A iniciativa pioneira não logrou êxito. Foi arquivada ao final da legislatura. Posteriormente, o projeto foi reapresentado e tomou o nº 203/1989 no Senado e o nº 6.132/1990 na Câmara dos Deputados.

⁵²⁷ Essa informação foi fornecida por e-mail pelo Centro de Documentação e Informação(Cedi) da Câmara dos Deputados.

Depois de ser aprovado no Senado, foi encaminhado à Câmara e lá se encontra desde então, após altos e baixos⁵²⁸.

Inspirada pela legislação americana que então vigorava – o *Lobbying Act* de 1946, a proposição prevê o registro, junto às Mesas da Câmara e do Senado, das pessoas que exerçam qualquer atividade tendente a influenciar o processo legislativo. Os registrados devem entregar relatório semestral com a indicação dos gastos com o exercício da atividade. Caso a pessoa registrada tenha sido contratada por terceiro, no relatório deverão constar também a identificação do interessado, o projeto cuja aprovação ou rejeição é defendida ou a matéria cuja discussão é almejada. Os relatórios devem estar disponíveis ao público semestralmente.

A proposição determina, ainda, que as Mesas Diretoras providenciem “*convite para comparecimento, no mesmo dia, hora e local, às pessoas físicas ou jurídicas que defendem interesses antagônicos aos de outras que tenham marcado comparecimento às Casas do Congresso, suas comissões e órgãos de assessoramento, para prestação de esclarecimentos ou subsídios*”⁵²⁹.

A omissão nas declarações implica pena de advertência e, em caso de reincidência, pena de cassação do registro e de proibição de acesso às Casas do Congresso, sem prejuízo de encaminhamento de documentos ao CADE para apurar eventual abuso do poder econômico.

Se, de um lado, o projeto tem o mérito de disciplinar especificamente o lobby, preocupando-se com o equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão; de outro lado, revela-se insuficiente e falho. A exigência de divulgar a matéria alvo da atividade lobista não pode ser circunscrita aos lobistas terceirizados. Antes, deve abranger o lobby em causa própria, o não-remunerado e o governamental. A frequência semestral da entrega e da divulgação de relatórios não condiz com a atual velocidade do fluxo de informações. É possível que uma informação de 6 meses atrás tenha apenas valor histórico, não suscitando maior interesse, em prejuízo ao controle social.

⁵²⁸ A proposição recebeu parecer favorável da Mesa da Câmara. No âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, contudo, o parecer foi pela inconstitucionalidade da proposta, sob o fundamento de que a matéria não poderia ser disciplinada por lei, pois estaria inserida na organização de cada Casa do Congresso. Contra esse parecer, interpôs-se recurso para que o projeto fosse analisado pelo Plenário. Logrou-se êxito no recurso. Todavia, até o momento, o projeto não foi analisado, embora conste, desde 2001, com requerimento de urgência formulado pelos líderes.

⁵²⁹ Artigo 7º, inciso II.

A divulgação dos custos da atividade é de duvidosa confiabilidade, pois de difícil aferição⁵³⁰. E mais: o projeto não incumbe a um órgão específico a fiscalização da atividade. E, mesmo que venha a existir fiscalização efetiva, a pena prevista – advertência ou, em caso de reincidência, cassação da credencial, aplicável apenas em caso de omissão nas declarações – revela-se insuficiente para coibir condutas antiéticas.

Por fim, a regulação proposta não exige informações sobre os contatos estabelecidos, o que compromete a transparência. Não se saberá quem está a influenciar quem, tampouco se poderá verificar o equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão. É necessário, portanto, aperfeiçoar a proposta antes de sua aprovação.

3.5.3.2 O Projeto de Lei nº 1.202/2007

O projeto em questão, de autoria do deputado Carlos Zarattini, foi aprovado em 2008 pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público e atualmente aguarda ser analisado pela Comissão de Constituição e Justiça.

A proposição prevê o credenciamento das pessoas, públicas ou privadas, que buscam influenciar a tomada de decisão no âmbito da Administração Pública, mas exclui do conceito de lobista aqueles que atuem em causa própria, exerçam a atividade de maneira esporádica ou sem remuneração.

De acordo com a proposta, o credenciamento incumbirá à Controladoria-Geral da União (CGU). Apenas poderão ser registrados dois lobistas por entidade, os quais deverão apresentar relatório *anual* ao Tribunal de Contas da União (TCU) com indicação do nome do cliente, discriminação das atividades exercidas, das matérias de interesse e dos custos suportados. O projeto não fixa pena às omissões e incorreções do relatório anual, tampouco à falta de credenciamento. Limita-se a estabelecer, como incentivo ao credenciamento, que o lobista registrado terá preferência para ser ouvido em audiência pública.

Ora, na medida em que o Projeto não prevê sanção à falta de credenciamento, este é voluntário. O estímulo dado – preferência nas audiências

⁵³⁰ Nesse sentido, também é a posição da Câmara dos Comuns do Reino Unido. (*Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. Volume I, p. 51).

públicas – revela-se fraco. Embora as audiências públicas sejam importantes, fato é que boa parte da atividade lobista desenvolve-se em gabinetes, com a entrega de subsídios e a exposição oral de argumentos, na tentativa de sensibilizar o tomador da decisão acerca desse ou daquele interesse. É justamente nesse âmbito de maior discricção que a exigência de controle mostra-se relevante. Ante o ônus imposto ao lobista registrado – que terá de apresentar relatório anual ao TCU com a indicação do cliente, da matéria alvo do lobby e dos custos da atividade, o que certamente o exporá não só ao controle social, mas também ao controle de seus concorrentes –, o incentivo proposto mostra-se insuficiente para estimular o credenciamento efetivo. Para que os lobistas em geral realmente se registrem, é imprescindível a previsão de sanção.

A par de não fixar pena para o não-credenciamento, o projeto de lei incorre em impropriedade ao versar também sobre o lobby exercido em órgãos do Legislativo, embora tenha como objeto o lobby na Administração Pública Federal. A persistir a atual redação, mais uma impropriedade sobressairá, pois não faz sentido incumbir à CGU, um órgão do Poder Executivo, o credenciamento de lobistas que atuarão junto ao Poder Legislativo.

Ademais, são necessários estudos antes de atribuir ao TCU a fiscalização de relatórios. Conquanto a ideia pareça positiva, por evitar a criação de mais um órgão público, com o aumento de despesas, é preciso verificar se esse Tribunal dispõe de capacidade operacional para desempenhar mais essa função.

O projeto de lei falha também no que diz respeito à frequência com que os lobistas devem apresentar relatórios. Pela proposta, a apresentação seria *anual*. Se a *semestral* revela-se insatisfatória, com maior razão a anual. Provavelmente, os dados divulgados terão apenas valor histórico e serão inaptos, no mais das vezes, para despertar o interesse dos concorrentes lobistas e do público em geral. A falta de interesse resulta na falta de controle social. Ademais, em muitos casos, passados seis meses, a decisão que se buscou influenciar terá sido tomada ou o tratamento da questão estará em fase adiantada, o que dificultará o controle efetivo. A divulgação de relatórios tardia ainda traz o risco de suspeitas, quiçá infundadas, sobre atos já praticados pelo Poder Público.

O projeto em questão também peca ao excluir do conceito de lobista os que atuam em causa própria, exercem a atividade de maneira esporádica ou sem

remuneração. O agir em causa própria, a ausência de remuneração e o caráter esporádico não alteram a atividade desenvolvida. Em todos os casos, busca-se influenciar o processo de tomada de decisão. Não há razão, portanto, para dispensar tratamento normativo diverso. Nesse ponto, melhores são a proposta britânica e a disciplina da União Europeia, que não distinguem entre o lobby profissional e aquele exercido em causa própria, de maneira esporádica ou não remunerada.

A proposta também se afigura inadequada no que limita o registro a dois lobistas por entidade. Ora, diante da especialização do conhecimento, não é compreensível restringir o número de lobistas a dois. E mais: aparentemente, a limitação não parece ser necessária a finalidade alguma; aliás, nem parece estar voltada a atender alguma finalidade.

Por fim, é digno de elogio o tratamento isonômico, para efeito de cadastramento, dispensado pela proposta às pessoas físicas, jurídicas, privadas e públicas.

4.6 Nossa opinião: algumas diretrizes

Eis algumas diretrizes que, a nosso ver, devem pautar futura legislação sobre a matéria. Não se pretendeu redigir um anteprojeto de lei sobre lobby. O objetivo é apenas lançar ideias pontuais. As impressões aqui externadas baseiam-se sobretudo nas pesquisas realizadas acerca das disciplinas americana, canadense e europeia e acerca da proposta britânica.

1 – Quanto ao âmbito de aplicação

A lei a ser editada deve disciplinar o lobby feito junto ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, inclusive às agências reguladoras. Não deve compreender o Poder Judiciário, cuja realidade é diversa e reclama disciplina apartada. Na linha do

que se propõe, vale notar que as disciplinas americana, canadense e a proposta britânica também não compreendem o lobby junto ao Poder Judiciário, tampouco o faz a regulação europeia, cuja nota distintiva, até o momento, é a normatização do tema por entidade.

2 – Quanto à definição de lobby

Um bom começo é definir lobby como qualquer atividade que tenha por objetivo, direto ou indireto, imediato ou mediato, influenciar a decisão do setor público. É inegável: essa não é uma definição perfeita. Não se pode olvidar que, uma vez adotada, ela abarcaria, por exemplo, o envio de e-mails para que os parlamentares votassem contra o projeto de decreto legislativo que lhes concedeu aumento salarial de quase 62%. E, uma vez caracterizado como lobby, o envio do e-mail atrairia uma série de obrigações, tais como o registro do emissor da mensagem como lobista, a entrega por ele de relatório com o contato feito, etc. Esse seria um arrematado absurdo, dada a manifesta falta de razoabilidade⁵³¹ e proporcionalidade. São necessárias, assim, maiores reflexões para que situações como a ilustrada sejam excluídas da definição de lobby. De início, é possível vislumbrar alguns meios de comunicação que afastariam a caracterização do lobby, tais como mensagens encaminhadas por meio do sistema de ouvidoria e por formulários-padrões disponíveis em *sites*.

Ainda no ponto, é de destacar a disciplina canadense, que não reclama, para caracterização do lobby, o propósito de *influenciar* a decisão do servidor. Com isso, evitam-se discussões sobre a intenção do agente ao contatar o servidor público. Embora essa abordagem seja interessante, não nos parece conveniente, por ora, encampá-la no Brasil. Num país em que escândalos são produzidos sem substrato fático, em que a reputação das pessoas é maculada, muitas vezes, de maneira irresponsável, afigura-se mais prudente, em um primeiro passo, exigir o

⁵³¹ Razoabilidade aqui entendida como coerência lógica externa. De acordo com Jane Reis, falta razoabilidade externa quando o “ato revela-se incoerente com os princípios que defluem do ordenamento jurídico como um todo. Trata-se do parâmetro de controle que alguns segmentos da doutrina denominam de razoabilidade externa, dizendo respeito à congruência da lei com o conjunto de valores e fins imanentes ao sistema constitucional”. (BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007). p. 214.

elemento finalístico para a configuração do lobby, ou seja, o propósito de influenciar a decisão do setor público.

Com a definição proposta – que, vale repetir, demanda aperfeiçoamento –, estarão abarcados pela regulação o lobby remunerado, o não-remunerado, o habitual, o esporádico, o praticado em favor de terceiros, o exercido em causa própria, o governamental e o privado.

Quanto ao *grassroot*, ao menos por ora, é preferível não regulá-lo. Vale lembrar que, nos Estados Unidos – a despeito da importância do *grassroot*, que responde por até 50% dos gastos das organizações lobistas –, até hoje essa prática não foi regulada, haja vista os riscos que a regulação oferece para o exercício da liberdade de expressão, afora a dificuldade de fiscalização.

4 – Quanto ao registro, ao relatório e à divulgação

A legislação a ser editada deve instituir o registro compulsório dos lobistas, o qual deve conter o nome do lobista, os cargos públicos por ele ocupados nos últimos 10 anos, o nome da organização a que está vinculado, o nome dos clientes e de todas as empresas do grupo econômico que representa, a área de atuação da empresa cliente, os assuntos de interesse da atividade lobista, os órgãos/entidades a que o lobby visa, as técnicas empregadas. A fim de garantir o registro, duas medidas parecem importantes: a recusa da autoridade de receber um lobista não-credenciado e a cominação de sanção tanto para a autoridade quanto para o lobista não-credenciado se este for atendido.

Além do registro, para incrementar a transparência, é essencial que a futura lei de regência determine a apresentação *on line* pelo lobista de relatório mensal, com a indicação de todos os contatos havidos no mês, a data em que ocorreram, o nome e cargo da pessoa contatada e o objeto pormenorizado da conversa. Seguindo a linha da proposta britânica, a nosso ver, é importante também que se determine a apresentação de relatório similar por parte dos servidores públicos que

estabeleceram contato com os lobistas, de modo a permitir a aferição da consistência das informações.

No tocante à publicidade, a lei a ser editada deve impor a divulgação na internet de todos os dados. Os registros e relatórios devem ter forma simples, de maneira que sejam facilmente acessados e compreendidos pelo público em geral, o que torna menos oneroso o controle social⁵³².

Como antecipado, é indispensável prescrever sanção em caso de descumprimento da futura lei, senão sua observância dependerá exclusivamente de adesão voluntária. O ideal é que sejam arroladas condutas específicas e cominadas as respectivas penas, de sorte a satisfazer o princípio da proporcionalidade. A previsão de uma única pena para o caso de descumprimento de qualquer dispositivo do futuro diploma pode afigurar-se tanto insuficiente quanto exorbitante, a depender da infração perpetrada. A descrição das condutas com as respectivas penas, além de ir ao encontro do princípio da proporcionalidade, atende ao princípio da segurança jurídica, traduzido no princípio da legalidade estrita.

5 – Quanto à fiscalização

Na linha do modelo canadense, mostra-se interessante a criação de um órgão ou ente específico, dotado de autonomia, responsável exclusivamente pela fiscalização da atividade lobista. Uma boa alternativa seria a criação de uma agência reguladora atrelada ao Poder Legislativo dedicada tão-somente a essa atividade. Ainda que tal modelo seja o ideal, talvez se mostre mais prudente, em nome da não-expansão da máquina burocrática, aproveitar algumas das estruturas de fiscalização

⁵³² Um bom modelo é o britânico, proposto no estudo *Lobbying: Access and Influence in Whitehall. Volume I*. A propósito da relação entre controle social e disponibilidade de informações, ver BARCELLOS, Ana Paula. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*, artigo do qual se destaca o seguinte trecho: “Como controlar a ação pública se as pessoas não dispõem de informação sobre ela? A dificuldade de obter informação desestimula o controle social na medida em que impõe ao indivíduo eventualmente interessado em desempenhar esse controle um custo enorme, de tempo e esforço, na busca de dados. E, ademais, caso as informações não sejam verdadeiras ou compreensíveis, isso pode inviabilizar, afinal, qualquer controle real. Por outro lado, caso as informações sejam de fácil acesso e compreensão para o público, o custo de se informar e exercer alguma forma de controle social diminuirá sensivelmente”. P. 86. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. Revista de Direito do Estado nº12. Outubro – Novembro 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

existentes. O Ministério Público talvez não tenha o perfil ideal a esse mister, por trabalhar na lógica binária fato típico/atípico. A CGU, por seu turno, apresenta o inconveniente de estar atrelada ao Poder Executivo, motivo por que seria de duvidosa constitucionalidade atribuir-lhe a fiscalização do lobby no Poder Legislativo. De toda sorte, a CGU bem poderia ficar incumbida de controlar o lobby no Poder Executivo. No âmbito do Poder Legislativo, a opção mais viável parece ser a criação, no TCU, de uma secretaria específica para essa finalidade.

6 – Expressão *lobby*

Por fim, vale referir, brevemente, a questão afeta à nomenclatura *lobby*. Não só a atividade, mas a própria expressão carrega o estigma da corrupção, da falta de ética, do suborno, do tráfico de influência. Talvez seja mais fácil avançar na regulação do tema se o termo lobby for abandonado⁵³³. Outras denominações podem ser empregadas, tais como atividade de relação institucional, advocacia legislativa, advocacia executiva, embora as duas últimas expressões aproximem-se de *advocacia administrativa*, que configura um tipo penal. Em vez de lobista, uma opção possível é agente de relações institucionais. A nosso ver, ainda que a expressão mais precisa para identificar a atividade seja *lobby*, utilizá-la pode mostrar-se por demais oneroso. Não vale a pena nela insistir. Afinal, “*o que são os nomes? O que chamamos de rosa, com outro nome, não teria igual perfume?*” A fala de Julieta, personagem de Shakespeare, encerra a discussão.⁵³⁴

⁵³³ Em sentido contrário, Andréa Cristina Jesus de Oliveira, para quem a substituição da expressão não reduzirá a carga negativa que a atividade de lobby carrega.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Departamento de Ciência Política, UniCamp, 2004. 263 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, 2004. p. 212.

⁵³⁴ A fala foi invocada por Daniel Sarmento em estudo sobre os direitos fundamentais e as relações privadas. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

CONCLUSÃO

É hora de terminar. Não temos a pretensão de um *grand final*, até porque a análise empreendida constitui um ponto de partida para o revigoração do Poder Legislativo, e não um ponto de chegada. Tampouco seria possível – ou desejável – reapresentar todas as formulações veiculadas no trabalho. Cumpre apenas enunciar, na forma de proposições objetivas, algumas das ideias centrais que serviram de fio condutor aos argumentos expostos:

1. O Parlamento é uma das arenas mais relevantes para o autogoverno coletivo e para a contenção do poder. Não se trata de mal necessário, tampouco de ameaça ao resultado do trabalho da Assembleia Constituinte. Impõe-se revigorá-lo, de maneira a resgatar seu papel.
2. Medidas para fortalecê-lo que passem ao largo da tão esperada reforma política devem ser implementadas. À luz dos elementos valorizados pela democracia deliberativa – argumentação, debate, respeito ao interlocutor (o que se traduz no respeito à minoria e à oposição), transparência, participação da sociedade, e igualdade no acesso aos tomadores de decisão, algumas propostas podem ser formuladas.
3. As premissas teóricas da democracia deliberativa não são adotadas, neste trabalho, como um pacote fechado. Não se reclama a disposição de se debater com sinceridade e se deixar convencer por argumentos. O pressuposto de que se parte é cético: a maior parte dos parlamentares age de forma estratégica, busca o benefício próprio ou interesses paroquiais e precisa ser fiscalizada e controlada pelos eleitores para melhor desempenhar seu papel.
4. Mesmo nesse cenário cético, a deliberação no processo legislativo tem seu valor. Ao exigir que os parlamentares exponham as respectivas posições, a deliberação pode forçá-los a abandoná-las ou a adaptá-las, seja porque nem todas as posições são defensáveis em público, seja porque a coerência mínima deve ser mantida, como forma de evitar possíveis críticas.
5. O embate de ideias obriga, ainda, a maioria a justificar-se e, por conseguinte, abre espaço para que minorias critiquem os argumentos expostos e apontem falhas

nas propostas apresentadas, de modo a personificar a existência de alternativas, a ganhar novas adesões e a manter a perspectiva de se tornarem maiorias. Ademais, a troca de argumentos aperfeiçoa a decisão a ser tomada. O intercâmbio de informações permite atentar para circunstâncias e interesses não considerados, para alternativas não imaginadas, para inconsistências não detectadas. A deliberação incrementa a racionalidade da decisão.

6. Legislar sem deliberação pública transparente significa tratar os cidadãos como objetos da legislação, e não como sujeitos ativos do autogoverno coletivo. Os legisladores devem mostrar à sociedade o que fazem em seu nome, devem submeter seu trabalho à crítica, ao escrutínio público, de maneira a reforçar a controlabilidade (*accountability*).

7. A ausência de apreciação do veto, a atual forma de elaboração e de execução da lei orçamentária, o poder excessivo dos líderes e a tutela jurisdicional fraca do devido processo legislativo comprometem a atuação legislativa.

8. A Constituição assinala prazo exíguo para que o presidente da República comunique o veto e os respectivos motivos, fixa o prazo de 30 dias para que seja apreciado e estabelece o trancamento da pauta como forma de forçar a deliberação. A Constituição impõe, no ponto, uma agenda ao Legislativo, obrigando-o a manifestar-se explicitamente sobre a censura presidencial. Não obstante, existe veto apostado e lido há mais de uma década e até hoje não apreciado. A regra do sobrestamento, por seu turno, é desrespeitada.

9. Além de violar expressamente dispositivo da Constituição que fixa prazo para apreciação dos vetos, a omissão legislativa concorre para a hegemonia do Poder Executivo, impede o embate de ideias, compromete a transparência e, por conseguinte, a controlabilidade da atuação parlamentar. Impõe-se sanar a omissão legislativa.

10. Outra questão delicada refere-se à lei orçamentária. No Brasil, o orçamento é uma peça de faz-de-conta. Concebe-se a lei orçamentária como meramente autorizativa, desprovida de caráter impositivo, o que permite ao Executivo contingenciar recursos a bel-prazer, mediante ato unilateral, sem fundamentação alguma.

11. Esse cenário – em que a liberação de verbas é condicionada à vontade do Executivo – dá ensejo a barganhas políticas, em especial por conta da liberação de

recursos para as célebres emendas individuais, de sorte que muitos parlamentares tornam-se dependentes do Governo, o que enfraquece o Legislativo, em detrimento do equilíbrio entre os Poderes. O entendimento de que a lei orçamentária é meramente autorizativa incentiva a corrupção e reduz a importância dos debates havidos no Parlamento, a ponto de retirar-lhe as decisões sobre as prioridades do Estado.

12. O procedimento de elaboração da lei orçamentária também é passível de crítica. As restrições às emendas parlamentares cerceiam o debate e fazem com que a atuação do Congresso Nacional volte-se ao detalhe, ao *micro* do orçamento, às decisões específicas – atribuição oposta à qual está vocacionado.

13. O poder excessivo dos líderes, exercido pelo *voto de liderança* e pelo *veto na agenda legislativa*, é outro aspecto que reclama alteração, porquanto carece de lastro popular, sufoca o dissenso, evita a crítica, impede a troca de argumentos e compromete duas das principais características que conferem legitimidade ao Parlamento para legislar – a diversidade e a acessibilidade.

14. A regência do processo legislativo é constantemente desrespeitada, em violação ao princípio republicano, ao princípio da segurança jurídica e ao princípio democrático.

15. A tutela jurisdicional fraca do devido processo legislativo funciona como estímulo para que maiorias ignorem as normas procedimentais, em atropelo às minorias. O Supremo Tribunal Federal, quando instado a tutelar o procedimento de produção legislativa, limita-se a examinar alegações de ofensa à Constituição. Violações a normas exclusivamente regimentais não são causas de pedir válidas, por se situarem, na óptica da Corte, no âmbito *interna corporis* do Poder Legislativo. Mesmo em relação às violações constitucionais, o Supremo longe está de zelar pelo respeito irrestrito ao processo legislativo constitucional. Antes, confere ampla margem de atuação às maiorias parlamentares, que, em vez de adaptarem as respectivas condutas à Constituição, adaptam esta àquelas.

16. A postura interpretativa do Tribunal quanto à tutela do devido processo legislativo passa a impressão de que a Corte, nesse domínio, equipara o princípio democrático ao princípio majoritário. A sensação é de que se quer salvar ao máximo a vontade do Parlamento, como se esta representasse a vontade democrática. Com

isso, as maiorias e as Direções da Casa observam os respectivos regimentos apenas quando lhes convém.

17. Uma mudança na postura do Poder Judiciário é apta a inverter o cenário de desrespeito ao devido processo legislativo. A tutela jurisdicional incisiva pode fazer com que o Legislativo delibere mais e melhor. O *input* do Judiciário provavelmente produzirá uma resposta institucional positiva por parte do Legislativo.

18. A fim de produzir leis de maneira cautelosa, consciente, bem informada, aberta, o Legislativo necessita de conhecimento, de ferramentas e de condições institucionais adequadas. Um colegiado com 513 ou com 81 parlamentares não parece ser o ambiente mais propício para tanto.

19. As comissões temáticas, por serem dotadas de maior capacidade institucional em comparação aos Plenários, mostram-se as arenas mais aptas para fomentar o debate, para viabilizar a comunicação com a sociedade e para, com isso, agregar técnica à legitimidade democrática. E mais: nesses órgãos fracionários, o comportamento parlamentar torna-se mais visível, o que beneficia o controle social.

20. A avaliação de impacto consubstancia mecanismo interessante de que podem dispor as comissões temáticas para *legislar melhor*. Por meio desse recurso, é possível comparar determinada proposta normativa com diversas alternativas, estimar os respectivos custos e benefícios, antever as consequências indesejadas. É possível, ainda, ao Legislativo avaliar as leis depois de editá-las, de forma a corrigir falhas e distorções.

21. De nada adianta que as comissões temáticas se debrucem sobre determinado tema, abram o processo à participação da sociedade, decidam com base em argumentos se, ao final, o Plenário simplesmente ignorar a deliberação correspondente. Para que o trabalho das comissões não seja em vão, é preciso que o Plenário seja deferente para com as decisões oriundas desses órgãos fracionários. Institucionalizar a deferência parece uma boa medida.

22. A atividade de lobby junto ao Poder Legislativo incrementa a base informacional para a tomada de decisão e pluraliza o debate, o que o torna mais legítimo. Se, por um lado, o Estado precisa de informações para legislar bem; por outro, os indivíduos e organizações têm o direito de influenciar as decisões que irão afetá-los. Trata-se do exercício da autonomia pública, do autogoverno, que é essencial para a democracia. Quanto mais intenso e extenso for o lobby, mais as

peças afetadas pelas normas estarão engajadas no processo de sua elaboração, concretizando, assim, o postulado da autonomia pública, que, em última análise, consiste em dar normas a si próprio.

23. O inimigo não é o lobby, mas as *influências ocultas*⁵³⁵. Deixar o lobby às sombras é negativo, na medida em que alguns grupos terão acesso privilegiado a tomadores de decisão, ao passo que outros não serão escutados, em prejuízo à legitimidade das decisões. Regular o lobby é a maneira de buscar o equilíbrio no acesso aos tomadores de decisão e de imprimir transparência à atividade, de modo a possibilitar seu controle. A institucionalização, além de onerar desvios éticos, pode criar um controle recíproco entre os grupos de pressão e reduzir o estigma que pesa sobre a atividade.

24. O lobby no Brasil permanece no limbo jurídico, embora conte com amplo fundamento constitucional e com 90% dos líderes favoráveis à regulação.

25. Os projetos de lei sobre a matéria, em tramitação no Congresso Nacional, padecem de defeitos e demandam alteração.

26. Com base na proposta britânica e nas legislações americana, canadense e europeia, é possível relacionar algumas diretrizes que parecem úteis para guiar futura legislação: a) a lei a ser editada deve aplicar-se ao lobby junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo; b) a definição de lobby deve compreender qualquer atividade que tenha por objetivo, direto ou indireto, influenciar as decisões do setor público (essa é uma definição imperfeita que reclama aprimoramento); c) o registro compulsório dos lobistas e a apresentação de relatórios devem ser compulsórios e todos os dados devem ser divulgados na internet; d) algumas das estruturas existentes podem ser, em tese, aproveitadas para a fiscalização da atividade lobista, notadamente a CGU e o TCU.

⁵³⁵ Expressão de Luigi Graziano.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentável*. Brasília: SEAE, 2006. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/.../doc_trab_no_35_kelvia_>. Acesso em: jun. 2011.

ALLARD, Nicholas W. Lobbying is an honorable profession: the right to petition and the competition to be right. *Stanford Law & Policy Review*, Stanford, p. 23-68, 2008. Disponível em: <http://www.pattonboggs.com/files/News/b291b2c0-6d74-4b3a-b027-01c2c14a1015/Presentation/NewsAttachment/27220956-6c1c-496c-ab35-044186cc2c15/Allard_19slpr23.pdf>. Acesso em: fev. 2011.

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. *Lua Nova*, São Paulo, v. 55-56, p. 85-103, 2002.

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

BARCELLOS, Ana Paula. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 12. p. 77-105, out./dez. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3. p. 17-54, jul./set. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, p. 3-42, out./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado - RDE*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado - RDE*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 287-360, jul./set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Limites constitucionais à tutela coletiva e à condenação genérica. Estímulo ao desenvolvimento científico, separação de Poderes e devido processo legal*. 2010. Mimeografado.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Coord). *Vinte anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Asfixia regulatória. *O Globo*, Rio de Janeiro, 9 mar. 2011. Opinião.

BLACK, Julia. *Procedimentalizando a regulação: parte I*. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Org.). *Regulação econômica e democracia*. São Paulo: Singular, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Heraldo Pereira de. *A subtração do tempo de interstício entre turnos de votação de proposta de emenda à Constituição de 1988: uma contextualização de interesses segmentados em detrimento do direito da cidadania*. 2010. 173 p. Dissertação (Mestrado. Área: Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito, UnB, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

CHARI, Raj; MURPHY, Gary. *Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU institutions and Germany: A Report for the Department of the Environment, Heritage and Local Government*. Department of Environment, Community and Local Government. Londres, [20_?]. Disponível em: <<http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload/ad,14572,en.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2000.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. Barroso, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abril/maio/jun. 2005.

ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Calouste Gulbenkian 2010.

ESKRIDGE JR., William; FEREJOHN, John. Super-Statutes: The New American Constitutionalism. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed). *The Least Examined Branch*. Cambridge: New York, 2006.

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

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*, São Paulo, v.44, p. 81-106,1998.

FISH, M. Steven. Stronger Legislatures, Stronger Democracies. DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F (Ed). *Democracy: a reader*. The Johns Hopkins University Press: Baltimore, 2009.

GONÇALVES NETO, Luiz. *O sobrestamento da pauta no processo legislativo*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5748>>. Acesso em: jun. /2011.

GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. Tradução de Vera Pereira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, fev./1997.

GUTMANN, Amy. Foreword: Legislature in the Constitutional State. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed). *The least examined branch*. Cambridge: New York, 2006.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradutor: Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HELD, David. *Models of democracy*. 3. ed. Stanford University Press: California, 2006.

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

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOSAR, Kevin. R. *Regular Vetoes and Pocket Vetoes: An Overview*. Washington: CRS Report for Congress, 2008. Disponível em: <<http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/RS22188.pdf>>. Acesso em jun./2011.

MARTÍ, José Luis. *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil*. São Paulo: Singular, 2006.

MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*. Beck Juristischer Verlag, 2007.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MILL, Stuart. Da liberdade de pensamento e discussão. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática, 2006. V.2.

MORAIS, Carlos Blanco (Coord). *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Coimbra: Almedina – DGPJ (Direcção-Geral da Política da Justiça), 2010.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Departamento de Ciência Política, UniCamp, 2004. 263 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, 2004.

POSNER, Richard A. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. *Michigan Law Review*, Michigan, p. 952-970, fev. 2003.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAUEN, Cristiane Vianna. *Metodologias de Análise de Impacto Regulatório e a Análise Custo-Benefício*. Brasília: SEAE, 2011. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/copy4_of_2005>. Acesso em: jun. /2011.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Editora Ática, 2000.

RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Editora RT, 1993.

ROUSSEAU, J.J. *Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulamentação da atividade de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. 2007. 547 p. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Instituto das Ciências Sociais – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, UnB, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Coord). *Vinte anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Tradução de Javier Lomelí Ponce. El Viejo Topo: Espanha,[2006]

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

STIGLER, George J. *A teoria da Regulação Econômica*. In: MATTOS, Paulo (Coord). *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *O constitucionalismo após o New Deal*. In: MATTOS, Paulo (Coord). *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SCHWARTZ, Bernard. *El federalismo norteamericano actual*. Madrid: Civitas, 1984.

TEIXEIRA, José Elares Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

THE HOUSE OF COMMONS - PUBLIC ADMINISTRATION SELECT COMMITTEE. *Lobbying: Access and Influence in Whitehall*. London: The Stationery Office Limited, 2009. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpubadm/36/36i.pdf>>. Acesso em: set. 2010.

THOMAS, Clive S (Ed.). *Research Guide to U.S. and International Interest Groups*. London: Praeger, 2004.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch*. Cambridge: New York, 2006.

VALADÃO, Haroldo. Natureza e efeitos do veto parcial. *Revista Forense*, v. 55, n.178, p.18-27, jul./ago. 1958.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional design writ small*. Oxford, 2007.

ANEXO A – A pesquisa do Fish-Kroenig sobre a força do Legislativo⁵³⁶

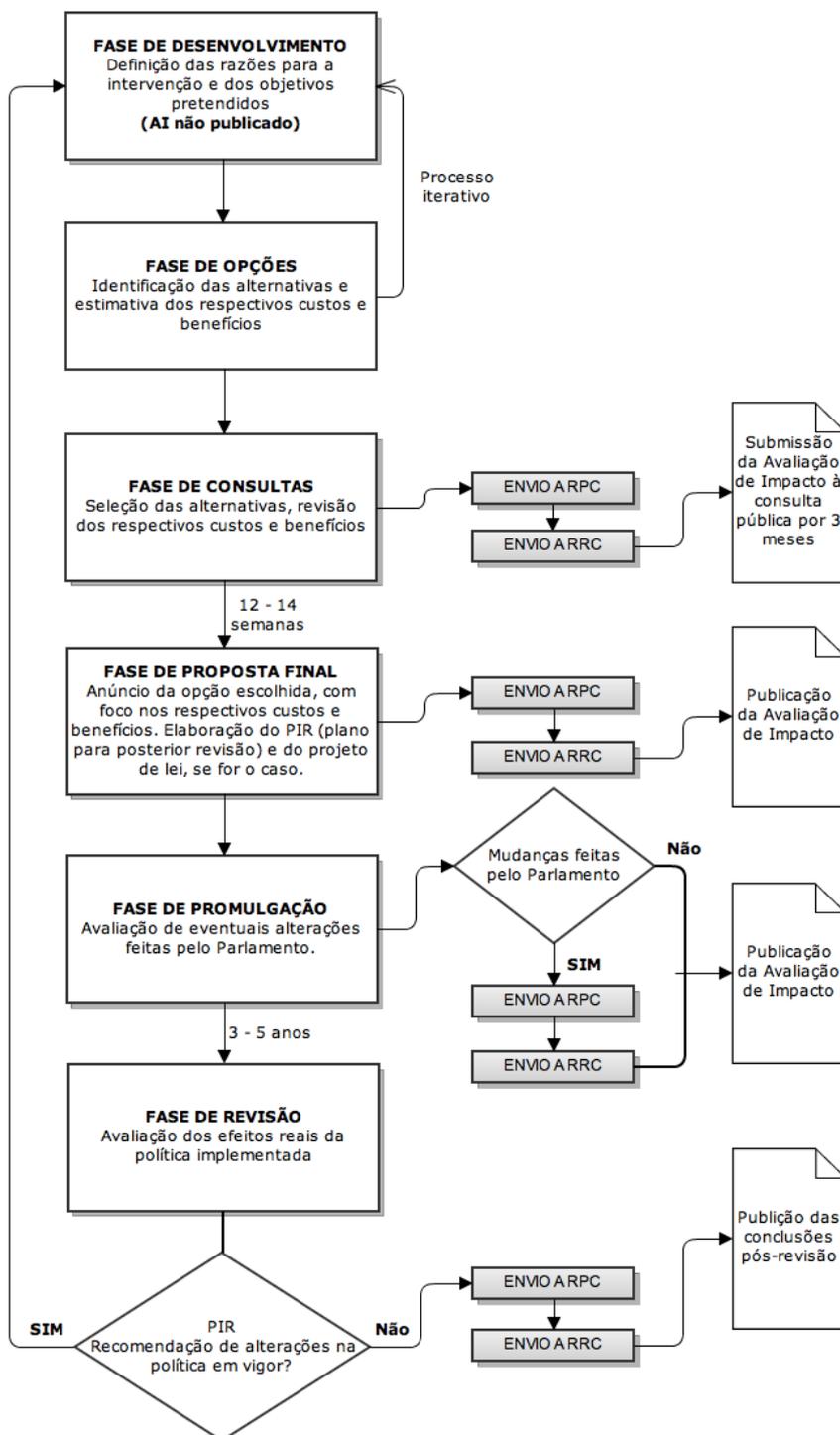
- 1- O Legislativo por si só, independentemente da atuação de outros órgãos, pode cassar o presidente ou substituir o Primeiro-Ministro.
- 2- Os ministros de Estado podem simultaneamente exercer o cargo de parlamentar.
- 3- O Legislativo tem poder de convocar membros do Executivo para comparecer a audiências a fim de prestarem depoimentos perante si ou suas comissões permanentes.
- 4- O Legislativo tem independência para investigar o chefe do Poder Executivo e seus órgãos.
- 5- O Legislativo é dotado de poderes efetivos sobre órgãos de coerção (forças armadas, serviços de inteligência, órgãos de segurança pública).
- 6- O Legislativo indica o Primeiro-Ministro.
- 7- É necessário que o Legislativo aprove as indicações para o cargo de ministros de Estado ou é necessário que o Legislativo as faça.
- 8- O país não possui Presidência; ou, se possui, o Presidente é eleito pelo Legislativo.
- 9- O Legislativo pode dar um voto de desconfiança para o governo, sem colocar em risco o mandato da legislatura (ou seja, sem o risco de dissolução).
- 10- O Legislativo é imune à dissolução pelo Executivo.
- 11- Qualquer iniciativa legislativa advinda do Executivo requer ratificação ou aprovação pelo Legislativo para entrar em vigor; ou seja, o Executivo não tem poder para legislar mediante decreto.
- 12- Leis aprovadas pelo Legislativo são imunes a veto; ou seja, o Executivo não tem poder de veto; ou tem esse poder, mas o veto pode ser rejeitado por maioria simples no Legislativo.
- 13- As leis advindas do Legislativo são soberanas, não estando sujeitas a *judicial review*.

⁵³⁶ FISH, M. Steven. Stronger Legislatures, Stronger Democracies. DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F (ed). *Democracy: a reader*. The Johns Hopkins University Press. Baltimore. p. 199.

- 14- O Legislativo tem o direito de iniciar o processo legislativo sobre qualquer matéria; ao Executivo falta poder para impedir a deflagração do processo legislativo.
- 15- O uso de verbas determinado pelo Legislativo é compulsório; falta ao Executivo o poder de usar verbas sem autorização do Legislativo.
- 16- O Legislativo controla os recursos que o financiam e provê as verbas necessárias para o exercício do mandato.
- 17- Os membros do Legislativo são imunes à prisão ou à persecução penal.
- 18- Todos os membros do Legislativo são eleitos; o Executivo não tem poder de indicar membro algum do Legislativo.
- 19- O Legislativo por si só, independentemente da atuação de outros órgãos, pode alterar a Constituição.
- 20- É necessária a aprovação do Legislativo para declaração de guerra.
- 21- É necessária a aprovação do Legislativo para ratificação de tratados internacionais.
- 22- O Legislativo tem poder de conceder a anistia.
- 23- O Legislativo tem poder de conceder o perdão.
- 24- O Legislativo ratifica e tem o direito de rejeitar indicações para o Judiciário ou o próprio Legislativo indica membros do Judiciário.
- 25- O Presidente do Banco Central é indicado pelo Legislativo.
- 26- O Legislativo tem influência significativa sobre a mídia estatal.
- 27- O Legislativo tem funcionamento regular.
- 28- Cada parlamentar tem um assessor próprio.
- 29- Cada parlamentar tem, ao menos, um assessor com conhecimento abalizado em política.
- 30- Os parlamentares podem se reeleger sem restrição alguma.
- 31- O mandato parlamentar é atrativo o suficiente para que parlamentares em geral se interessem e procurem se reeleger.
- 32- A reeleição de parlamentares é comum a ponto de o Legislativo ser composto, a qualquer época, por um número significativo de membros altamente experientes.

ANEXO B

PROCESSO DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO



* RPC - Regulatory Policy Committee (Comissão de Política Regulatória)
 * RRC - Reducing Regulation Committee (Comissão de Redução Regulatória)