

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ AUGUSTO FREIRE DA SILVA

**DIREITO SUBJETIVO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO:
UMA CRÍTICA REALISTA**

Brasília
Novembro de 2015

LUIZ AUGUSTO FREIRE DA SILVA

**DIREITO SUBJETIVO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO:
UMA CRÍTICA REALISTA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito na
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Brasília
Novembro de 2015

LUIZ AUGUSTO FREIRE DA SILVA

**DIREITO SUBJETIVO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO:
UMA CRÍTICA REALISTA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito na
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Banca Examinadora

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão (Orientador)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (Membro da Banca - ausente)

Prof. Me. Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho (Membro da Banca)

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins (Suplente convocado)

Brasília, 7 de dezembro de 2015

*À família que formei durante este curso, que tornou a jornada mais longa;
mas também muito mais bela, mais doce e mais significativa.*

Ao meu velho pai, Elias Luiz, pelas conversas sobre política comigo ainda menino.

A Carine, pelo amor, pelo cuidado, pela paciência.

A Erickson Oliveira e ao professor Alexandre Costa, pelas primeiras críticas a este trabalho.

Ao Senado Federal, especialmente à Secretaria Legislativa do Congresso, por terem me ensinado que o maior valor da democracia é a tolerância.

À Escola Calanga de Processo Legislativo, pelo respiradouro intelectual.

Ao povo brasileiro, por ter sustentado os meus estudos.

À Igreja Romana, mãe e mestra, pela contínua formação e permanente inspiração.

“Se os herdeiros o são em virtude da lei, a fé é vá e a promessa é nula.

A lei produz a ira; onde não há lei não há transgressão”.

(São Paulo, Epístola aos Romanos IV, 14 s)

RESUMO

A partir da década de 1980, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem admitido a impetração de mandado de segurança para assegurar a regularidade do processo legislativo. Para a formulação do arcabouço que permitisse a sustentação teórica da admissibilidade dessa ação desenvolveu-se a ideia de direito subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo. Este trabalho tem por finalidade analisar e avaliar a coerência entre a ação e esse suposto direito a que ela visa proteger. Para isso, busca-se, em primeiro lugar, recapitular os significados de direito e lei na tradição jurídica ocidental. A partir da análise dos casos e, sob uma perspectiva realista, questiona-se a pertinência da classificação do devido processo legislativo como direito subjetivo e da sua titularidade. Revela-se então que o mandado de segurança tem sido usado como instrumento para veicular alternativamente ou a proteção das regras (em um controle de constitucionalidade preventivo de legitimação anômala), ou de prerrogativas (em verdadeiros contenciosos constitucionais). Termina-se com considerações acerca da adequação do instrumento e conclui-se pela falta de consistência teórica do instituto e pelas consequências nocivas da sua aplicação, particularmente no que se refere à interferência judicial no momento político.

Palavras-chave: processo legislativo; devido processo; controle de constitucionalidade; legislativo

ABSTRACT

Since the 1980s, the Brazilian Supreme Court has admitted petition for writ of mandamus to ensure the regularity of the legislative process. As a theoretical support of this admissibility, it has been developed the idea of parliamentary subjective right to the due legislative process. This study aims to analyze the consistency between the petition and the supposed right it seeks to protect. Firstly, this essay will review the meanings of *jus* and *lex* in Western legal tradition. Afterwards, from the analysis of some judicial cases and under a realistic perspective, the adequacy of the classification of due legislative process as a subjective right and its titularship will be questioned. It turns out that the injunction has been used as a tool to protect either the rules (in a constitutional control of anomalous legitimacy) or the prerogatives (in real constitutional disputes). Finally, this work presents considerations about the adequacy of the instrument and concludes by affirming its lack of theoretical consistency and the harmful consequences of its implementation, particularly with regard to judicial interference in the political momentum.

Key-words: legislative process; due process; judicial review; constitutional control; legislature

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A FORMAÇÃO DAS LEIS E A FORMAÇÃO DO DIREITO	12
2.1	Lei e Direito.....	12
2.2	Direito subjetivo e realismo clássico.....	17
2.3	Processo Legislativo.....	20
2.3.1	O conceito de Processo Legislativo.....	20
2.3.2	Processo Legislativo na Constituição e nos Regimentos	22
3	DEMOCRACIA COMO PROCEDIMENTO	28
3.1	Democracia e Procedimento.....	28
3.2	Devido Processo Legislativo	30
4	DIREITO SUBJETIVO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO.....	34
4.1	Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	34
4.2	A Teoria Constitucional	39
4.3	Congresso como corpo	40
4.3.1	Atos interna corporis	40
4.3.2	Crítica e valor do argumento interna corporis.....	43
4.4	Privatização da democracia	44
5	UMA CRÍTICA REALISTA.....	47
5.1	Controle preventivo.....	50
5.2	Contencioso constitucional.....	53
5.3	O desacordo irrazoável.....	55
6	CONCLUSÃO.....	60
7	REFERÊNCIAS	62
7.1	Livros e artigos	62
7.2	Atas do Congresso e Decisões Judiciais.....	64

1 INTRODUÇÃO

Se a supremacia da lei formou na modernidade o Estado legislativo parlamentar, a supremacia constitucional, dogma do constitucionalismo contemporâneo, parece ter causado um deslocamento de poder do Legislativo ao Judiciário, órgão garantidor dessa supremacia.

Esse deslocamento de poder não passa ao largo da consciência dos agentes políticos. O próprio Ministro Moreira Alves, que ainda é símbolo de um tribunal mais conservador, disse que na guarda da observância da Constituição, o Supremo Tribunal Federal está acima dos demais poderes, “não havendo que se falar, a esse respeito, em independência” (BRASIL, 1980).

Instrumento maior do exercício dessa supremacia é o controle de constitucionalidade das leis. Tal controle tem, em geral, caráter repressivo e substantivo. Substantivo porque consistente na avaliação da compatibilidade da lei com as normas constitucionais; repressivo porque posterior à edição da mesma lei.

Este trabalho abordará, porém, o caso em que o Poder Judiciário ao agir para garantir o alegado “direito subjetivo ao devido processo legislativo” ataca com caráter prévio e adjetivo, controlando o próprio exercício do Poder Legislativo e não apenas o resultado das suas ações.

A monografia avança para a própria Filosofia Jurídica e Política, ao incursionar pela relação entre Direito, Estado e Lei. Questiona-se a compatibilidade entre o discurso atual que sustenta a democracia e aquele que trata o processo legislativo como um direito subjetivo de titularidade dos parlamentares. Quais os pressupostos teóricos que sustentam uma tal concepção e quais as suas possíveis implicações?

O trabalho do autor na Secretaria Legislativa do Congresso Nacional (vinculada à Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal) chamou a atenção para a importância do Poder Legislativo. No entanto, com a forte clivagem política em que se vive atualmente, não só o Judiciário tem se apropriado das pautas legislativas como o próprio Congresso tem entregado a esse último muitos dos seus próprios problemas.

Polêmicas à parte, o sistema jurídico-positivo é um sistema de normas que se auto-reproduz, ou seja, em que normas são emanadas com base em processos estabelecidos por normas anteriores.

Enquanto o processo judicial é preocupação constante dos juristas, e todas as profissões que o envolvem são tidas como profissões tipicamente jurídicas, o mesmo não ocorre com o processo legislativo, que é tratado como sendo um campo de políticos e, se muito, de burocratas.

Sendo, no entanto, o processo legislativo o meio pelo qual a lei, fonte primária do direito, é produzida, é inadmissível que a Ciência Jurídica negligencie esse importante objeto de estudo, que é absolutamente central na dinâmica do fenômeno jurídico. Mais importante ainda se revela esse estudo em um momento no qual se observa que “à medida que cresce o número das leis jurídicas, diminui mais a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada” (CARNELUTTI, 2003, p. 11).

A imensa complexidade da vida moderna, bem como dos encargos que o governo tomou para si e da construção de um Estado “social” de direito, faz com que a atuação do governo tenha que ser pautada por medidas legislativas, a um só tempo, cada vez mais amplas e específicas: existe desde um “direito sanitário” até um “direito digital”, desde um “direito mineral” até um “direito aeroespacial”. Nesse cenário considera-se politicamente compreensível que não se respeitem plenamente as regras processuais (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 997).

No Brasil, no entanto, a inobservância das normas relativas ao processo legislativo tem sido atacada pelas minorias parlamentares no Supremo Tribunal Federal por meio de mandados de segurança nos quais se alega direito líquido e certo “ao devido processo legislativo”.

À parte as considerações sobre o mérito das decisões, importa perceber quais os fundamentos que sustentam o acolhimento das alegações, a fim descortinar o que os nossos próprios sistemas jurídico e político revelam de si.

Existe uma tradição de proteção dos atos de produção legislativa como atos *interna corporis*. No entanto, a partir de 1980 o Supremo Tribunal Federal tem entendido como possível, ao menos em certos casos, a intervenção do Judiciário no processo legislativo mediante a provocação de parlamentar.

O objetivo do presente trabalho é confrontar a robustez da construção teórica subjacente a esse reconhecimento e situá-la dentro da dogmática jurídica atual, buscando apontar suas contradições e perceber as tendências que se desenham.

Para isso, após revisitar as relações entre direito e lei e as conseqüentes relações entre judiciário e legislativo, será feito levantamento jurisprudencial que demonstre o

reconhecimento do devido processo legislativo como direito público subjetivo do parlamentar. Seguir-se-á análise da consistência teórica desse instituto tendo como marco teórico principal o realismo jurídico clássico. Após, expor-se-ão os problemas relativos a esse discurso e suas consequências negativas para o processo democrático em geral e para o Poder Legislativo em particular.

2 A FORMAÇÃO DAS LEIS E A FORMAÇÃO DO DIREITO

2.1 *Lei e Direito*

Para dar início ao trabalho, é fundamental que se possa, em uma pequena digressão histórica, distinguir ao menos parcialmente os conceitos de direito e lei. Em primeiro lugar porque trabalha-se aqui com o realismo clássico que tem no conceito de *jus* um dos seus fundamentos (HERVADA, 2006; VILLEY, 2007). Em segundo lugar porque o trabalho diz respeito a suposto direito concernente ao processo de formação da lei e, sem distinguir estes termos em uma perspectiva histórica, não se consegue dimensionar o grau de peculiaridade do fenômeno com que trabalhamos.

Embora sempre se tenha admitido nas sociedades que alguns homens eminentes pudessem fazer leis tendo em vista a formação ou o aperfeiçoamento da comunidade política, essa não era de maneira alguma uma ocupação corriqueira do Estado antigo.

Curioso, nesse sentido, o início do diálogo da maturidade platônica a respeito da política, as Leis. Questionado o estrangeiro sobre qual teria sido a causa da legislação do seu povo, se um homem ou um deus, o estrangeiro responde que certamente um deus (PLATÃO, 1992).

O direito dessa época, de fato, costumava ter uma origem sagrada. Embora o Estado pudesse banir as pessoas, entrar em guerra, impor tributos, matar os criminosos, não se esperava dele comandos gerais e abstratos com base nos quais se pudesse dizer o que é certo ou errado¹.

Portanto, a ideia de que pudesse haver uma assembleia permanente de homens reunidos, preocupados em estabelecer leis é relativamente nova e resulta de condições e pressupostos muito especiais e particulares.

O período clássico do direito romano, entre os séculos II a.C. e III d.C., é considerado a época áurea do direito, sempre rememorada como base da nossa tradição jurídica. Como se sabe, esse foi um tempo em que houve muito poucas leis a partir das quais os pretores

¹ Seeley (apud WALDRON, 2013, p. 8) chega mesmo a dizer que “o Estado não era capaz de fazer lei” Note-se que na língua inglesa, de Waldron e Seeley, a ciência jurídica houve por bem ganhar o nome de *Law*, cujo correspondente português próximo é lei. Essa confusão fez com que o próprio Waldron, para explicar do que falava, tivesse que dar ao nome do seu livro o título “A dignidade da *legislação*”. Essa confusão é retratada parcialmente pelo próprio autor a respeito de um outro livro de Dicey, o qual, usando o termo *law* quando queria dizer *legislation* teve seu título criticado como “infeliz e enganador” (WALDRON, 2013, p. 11).

desenvolveram um sistema jurídico mais completo e voltado às especificidades do caso concreto. Relativamente a essa época, pode-se dizer que o direito é autônomo em relação à lei, estando ligado não a uma prescrição geral, mas sim a uma averiguação da justiça em cada caso concreto (HESPANHA, 2003, p. 91 s).

Durante a Idade Média, o rei legislava pouco, sendo no mais das vezes árbitro. Não se entendia a legislação como contemporaneamente; o que hoje se vê como legislação da época era sobretudo consolidação dos costumes. E a legitimidade dessas regras não estava, portanto, na autoridade de legislar daquele que as promulgava, mas sim na antiguidade dos usos e costumes, ou seja, na própria existência prévia da lei. (LOPES, 2008, p. 73 ss)

Ainda mais, é pertinente lembrar a advertência do próprio Lima Lopes (2008, p. 78), no sentido de que naquele tempo a jurisdição concentrava toda a atividade do poder governante; e a atividade dita legislativa não se separava rigorosamente da atividade judicial ou mesmo da administrativa.

Foi somente a partir do que se pode chamar de “revolução papal” que se pode dizer que começou a surgir a ideia de uma estrutura capaz de inovar juridicamente de maneira maciça, por meio de uma legislação com ambição de universalidade. Do século XII em diante houve uma exuberante legislação papal e conciliar. Berman (apud LOPES, 2008) chega a dizer que os concílios se tornaram verdadeiras assembleias legislativas da Europa. Essas codificações, assim como vai acontecendo posteriormente no âmbito da legislação civil ganham, ao fim, o caráter de universalidade e exclusividade. (LOPES, 2008, p. 81).

Está em deflagração um processo que vai afirmando a superioridade da lei, obra da razão, sobre o costume, obra do acaso. Sobre a superioridade das leis sobre o costume, teria dito o próprio Papa São Gregório VII: “o Senhor disse: ‘meu nome é verdade’, não ‘meu nome é costume’”, e também São Tomás Becket: “a verdade supera o costume, a verdade julga a razoabilidade do costume (LOPES, 2008, p. 74 ss). Vai-se abrindo caminho a construção de uma tradição jurídica mais racional e formalista.

Sobre isso, fala Hespanha (HESPANHA, 2003, p. 110):

“Esse crescente poder legislativo dos Papas – e a inerente capacidade de derogar o direito tradicional – constitui, por sua vez, um modelo para os monarcas medievais e uma fonte de legitimação da sua reivindicação de inovar, por via legislativa, os ordenamentos jurídicos dos reinos”

Cria-se aos poucos uma mentalidade que permite cada vez mais que a formação da lei seja não a sedimentação dos costumes, a consolidação das coisas que ocorrem normalmente, mas sim o ato emanado com base em uma vontade dotada do poder de *imperium*. De fato, ainda em 1158, registra-se ter sido dito ao imperador: “*tua voluntas est iuris, secundum dicitur: quod principi placuit, legis habet vigorem*” (HESPANHA, p. 148).

Desenvolve-se a ideia de que os povos têm, naturalmente, a capacidade de estabelecerem suas próprias leis. Exprime-a no século XIV o jurista Baldo, o qual conclui que, não podendo existir governo sem leis particulares, haveria um poder normativo ínsito a cada povo (HESPANHA, 2003, p. 105, 160). Vagarosamente, portanto, reconhece-se o mesmo poder de império no governante de cada território (*rex superiorem no recognoscens in regno suo est imperator*). Ou seja, os reis, como imperadores na sua terra, passaram a gozar de poder legislativo semelhante².

A legislação das monarquias europeias nascentes concentra-se inicialmente na legislação processual. Em primeiro lugar por uma questão de credibilidade em relação aos tribunais canônicos, mais avançados nesse aspecto. Mas também, ponto mais importante para esse trabalho, porque ainda se considera que a justiça material (o direito) é dada por uma diferente ordem de fatores, não totalmente sujeita a regulação. A partir daí o juiz, embora vá buscar o direito material ou substancial nos costumes ou na natureza, passa já a apreciar as provas segundo regras estabelecidas pela legislação. (LOPES, 2008, p. 89 s)

Tanto a homogeneidade cultural do povo que se unia sob uma mesma *respublica christiana* quanto a conseqüente formação intelectual comum dos juristas favoreciam a ideia do direito como sendo único (*unum jus*). Essa ideia de direito comum sobreviveu em certa medida até o século XVIII (LOPES, 2008, p. 68).

Mas a progressiva centralização da legislação vai levando à conclusão teórica de que o direito comum só vale como subsidiário ou modelo do direito particular e, em seguida, de que ele só vale por permissão, expressa ou tácita, desse último. A partir do século XVIII a lei passa a reclamar para si o papel de fonte única do direito (HESPANHA, 2003, p. 182) até vir a tomar toda a força do positivismo para o qual “toda a ordem jurídica procede do Estado e está fechada em suas leis” (VILLEY, 2007, p. 2).

² Não diferia muito a fórmula utilizada no Brasil Imperial para a sanção de lei: “nós queremos a lei seguinte”.

Na modernidade, o contratualismo passa a construir a legitimidade dos governantes a partir da figura do indivíduo, figura sob a qual se funda toda a política moderna. O poder soberano passa a ser descrito como representante ou mandatário dos indivíduos.

Ferreira Filho (2012, p. 330) identifica na afirmação de Rousseau de que a lei é expressão da vontade geral a base para um voluntarismo que serviu mais tarde de base ao positivismo. No entanto, como se pôde observar, não é moderna a concepção da lei como fruto da vontade, que se encontra presente, *in fieri*, na própria ideia de que o direito seria derivado daquele que detém o poder. O moderno, neste caso é a ideia de que o titular do poder seria, em última análise, o povo, e não o monarca.

Está construída a partir daí a ideia de que os governantes estejam submetidos às leis feitas pela vontade do povo. Note-se que também não é moderna a ideia de que o governante esteja submetido a lei, visto que na concepção medieval o governante estava submetido às suas próprias leis, além das leis divinas e naturais. O que é específico é que as leis deixam de ser o instrumento por meio do qual o governante exerce a sua dominação para passarem a ser o instrumento por meio do qual o povo controla o governante.

Essa face democrática, de respeito à lei como vontade do povo, unida a face liberal, de respeito aos direitos dos indivíduos, são as bases do nosso Estado de Direito, que tem a sua atuação pautada pela lei e limitada pelo direito. Nesse sentido importa chamar atenção, com Waldron (2013), para um fato da realidade política ocidental que tem sido esquecido nas nossas teorias jurídicas: o fato de o legislador ser uma assembleia. Isto é, de a lei ser formulada por vários indivíduos reunidos.

A assembleia congrega em si as duas tendências da modernidade: há uma dimensão democrática, por representar o povo, e uma função liberal, porque, sendo formada por homens comuns, garante que não sejam formadas leis sob as quais não se concordaria em viver. (LOCKE, 2006)

O próprio Estado passa a ser entendido como estando jungido à lei, vontade geral da qual emana sua legitimidade. Essa é a origem da supremacia do Legislativo (LOCKE, 2006) (HOBBS, 2000) e da centralidade do parlamento no sistema moderno, que sendo o órgão de representação, tinha a função

“de encarnar, em um órgão do Estado, a unidade da soberania absoluta da nação[...] Sièyes e Le Chapelier defenderam, então, um arcabouço constitucional no qual uma assembleia unicameral, eleita por todo o país, haveria de enfeixar em suas mãos todas

as prerrogativas inerentes à soberania, a principal das quais era o monopólio da produção legislativa” (LYNCH, 2005, p. 614)

Não por outra razão, nota Ferreira Filho (2012) que a visão clássica da separação dos poderes é uma versão jurisdicista (legicentrista, diríamos) da doutrina de Montesquieu. Todos os poderes se definem a partir da lei: aquele que a cria (Legislativo), aquele que a executa (Executivo), aquele que a aplica às disputas (Judiciário). Nessa configuração, o Legislativo naturalmente se impõe como poder soberano (FERREIRA FILHO, 2012, p. 331).

Note-se mesmo que ainda no século XIX o que estava em jogo era tão somente a divisão em dois poderes, o legislativo e o executivo. (Cf. LYNCH, 2005, p. 617, *passim*). Portanto, não havia consistente preocupação com o papel reservado ao judiciário, nem a ideia de que esse poder pudesse balancear os outros dois, muito menos controlá-los.

O papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal hoje no Brasil não é senão o mesmo que os que se conseguiu atribuir, ao menos simbolicamente, ao imperador Pedro I, o de “guardião de nossos direitos e da Constituição”. Àquela época, a doutrina do poder moderador era fortemente combatida por vários constitucionalistas:

“Como não era admitida a ideia de um poder constituído superior ao Legislativo, era a lógica da representação como encarnação da unidade da soberania absoluta que impedia nessa proposta a existência de um controle de constitucionalidade, isto é, um Poder Moderador” (LYNCH, 2005, p. 614)

Essa soberania do legislativo foi dar, com o sucesso da codificação, no legalismo positivista, sob o qual se funda o Estado parlamentar.

Esse modelo sofre, no entanto, fortes abalos com a crise do pós-guerra, por ser considerado insuficiente para impedir a implantação de regimes totalitários (HESPANHA, 2003, p. 100). Desenvolvem-se, entre outras coisas, concepções mais fortes a respeito dos direitos humanos e considera-se a importância dos princípios, como “arma defensiva, [...] um remédio para a desumanidade de um direito que rompeu suas amarras com a justiça” (VILLEY, 2007, p. 4). A própria retomada de ideias do direito romano parecia servir de pano de fundo na luta contra a suposta redução do direito à lei e a consequente “inexistência de critérios suprapositivos para aferir a legitimidade das leis” (HESPANHA, 2003, p. 100).

Nos últimos anos, com o moderno constitucionalismo essas soluções têm se materializado no recurso à Constituição, como depósito desses valores, e no recurso ao Judiciário como seu guarda. Todas as funções estatais vão se submetendo à autoridade

normativa da Constituição (BARBOSA, 2010) e isso acaba por submeter também o parlamento àqueles responsáveis pela jurisdição constitucional.

2.2 *Direito subjetivo e realismo clássico*

Ao analisar os problemas da construção teórica relativa ao direito subjetivo ao devido processo legislativo é preciso revisitar o conceito de direito subjetivo e ter em conta as críticas a ele feitas pelo realismo jurídico.

Teria sido Pufendorf o primeiro a distinguir claramente o “direito em sentido objetivo”, isto é, um “complexo de leis”, e o “direito em sentido subjetivo”, ou seja, a “faculdade de fazer algo, concedida ou permitida pelas leis” (ABBAGNANO; FONTES; BOSI, 1998). Essa concepção moderna é eminentemente individualista e põe o sujeito e seus interesses no centro da ordem jurídica.

O termo realismo jurídico clássico parece ter sido cunhado por Javier Hervada, canonista espanhol, para designar o que seria um entendimento a respeito do direito que remontaria a Aristóteles e a Roma e teria chegado a São Tomás de Aquino. Ela é chamada de realismo porque pretende derivar diretamente da experiência, e não de considerações abstratas da razão ou de uma natureza humana; o direito é entendido como a solução justa de cada caso concreto.

A doutrina jurídica de São Tomás de Aquino é muitas vezes buscada no Tratado da Lei, em que são expostas, como *lex*, a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana. Conquanto seja parte de inegável valor para a filosofia jurídica, convém não esquecer que a questão sob o âmbito do direito (*jus*), exposta brevemente em outra parte da Suma Teológica: o Tratado das Virtudes. Ali estaria, segundo Villey (2007), a filosofia do direito particular, em sentido estrito, que se diferenciaria da filosofia moral. A diferença principal residiria no fato de o jurídico ser eminentemente social e referente à distribuição dos bens externos.

Tratando do direito, Tomás admite a separação, feita pelo menos desde Santo Isidoro, entre direito positivo e direito natural, entendendo o primeiro como sendo o “justo legal”. Mesmo o direito natural de São Tomás, portanto, é derivada da sociedade humana e carrega, ao menos em certa medida, sua própria contingência relacionando-se mais com o *jus gentium* do que com aquilo que a tradição jurídica moderna vai mais tarde, com seu racionalismo, chamar de direito natural.

Com isso, o próprio direito passa a ser entendido como algo de real. Grande expoente dessa doutrina, Michel Villey chega a insistir que o direito é uma coisa (*res*). É em parte com essa ideia que se trabalha aqui, não exatamente para levá-la às últimas consequências, mas apenas para permitir uma análise menos mistificada da jurisprudência.

Na definição realista clássica, portanto, direito é o objeto da justiça. Ou seja, direito é aquela coisa (aquele bem, ou mesmo mal) que cabe a alguém (pessoa ou instituição) por força da virtude da justiça.

Diz São Tomás de Aquino (2012, p. 77) que o ato de justiça consiste em dar o que é devido (*reddere debitum*). O débito -- quer dizer, aquilo que é devido -- é classificado em aquilo que é devido por força da moral (*debitum morale*) e aquilo que é devido por imposição legal (*debitum legale*) (MONTORO, 2000, p. 133).

Portanto, na visão realista clássica, o direito é objeto da justiça, que por sua vez seria a virtude que consiste em dar a cada um o que lhe cabe. Existe uma relação de justiça (dada, por exemplo, pela lei) em razão da qual relacionam-se pessoas e coisas. Essas coisas são consideradas então devidas às pessoas: são o seu direito.

O direito, portanto, seria uma coisa, isto é, algo de real. É isso que se depreende ao mencioná-lo como objeto da justiça. Dizer que é uma coisa, no entanto, não significa que seja necessariamente algo de material; mas também não se deve entendê-lo como mera vantagem, interesse ou capacidade, porque pode não ser algo de desejável. Nas palavras de Michel Villey (2007, p. 79):

“a coisa implica deveres. A situação de cada um é tal no interior do grupo social que seu *jus*, a parte que lhe cabe, é comumente um complexo de vantagens e de inconvenientes, de bens e de ônus”.

Com base na concepção realista do direito fica também fácil perceber a bilateralidade do direito. Pode-se imaginar que haja “propriedade” na sociedade de um só homem, já que o sujeito retira coisas da natureza e as faz suas; mas essas coisas só são consideradas seu direito na medida em que haja um outrem passível de assim as reconhecer por dever de justiça. (HERVADA, 2006, p. 50)

Assim, por exemplo, falar em direito à vida ou a propriedade não significa nada de muito concreto ou real, senão quando se tem em vista uma exigência dirigida a um terceiro³. Fora disso, falar desses direitos como uma mera liberdade negativa e formal seria insistir em uma concepção que falseia a realidade (HERVADA, 2006, p. 47).

Não se tem “direito ao meio ambiente” senão na medida em que se pode reclamar ou exigir um determinado poder ou faculdade sobre o meio ambiente. Assim expressões vagas como “direito à vida” ou “direito à liberdade” só fazem sentido enquanto significam de maneira clara a faculdade sobre determinada quantidade de alimentos suficientes à manutenção das funções corporais, ou ainda, a possibilidade de exigir que alguém tolere minha passagem sobre determinado lugar.

Diz-se jurídica uma obrigação bilateral quando passível de exigência por meio de uma coerção considerada legítima. Como já disse Miguel Reale (1969, p. 607): “Da atributividade decorre a exigibilidade e desta a coercibilidade, um seu corolário imediato. Em suma, o direito é coercível, porque é exigível e é exigível porque bilateral atributivo.

A coerção legítima mostra que não se está frente a um mero dever moral, mas sim de um dever de justiça, isto é, de um dever jurídico. Não há apenas uma bilateralidade, mas sim uma bilateralidade atributiva. Se algo é atribuível a alguém (quer dizer, seu direito), esse alguém pode reclamá-lo e a coerção se torna legítima porque qualquer tentativa de negá-lo é que é, em si, violenta. Ou seja, não se trata de violentar a vontade de alguém, mas de resolver a contradição criada entre a norma e o fato, que no sujeito se revelou como tensão entre o que a razão sabe e exige como idealidade e o que a vontade quer e torna realidade.

Nesse sentido, o mandado de segurança, invenção nacional surgida a partir da doutrina brasileira do *habeas corpus*, concede a alguém a garantia de um bem que já lhe é atribuível com certeza e precisão e está sendo injustamente retido ou negado por uma autoridade. Como se verá, foi a partir de ações desse tipo que se reconheceu que haveria um direito subjetivo (relativo) ao devido processo legislativo.

³ Ao notar as confusões que a ideia de direito subjetivo tomou, Villey (2005, p. 261) aponta que “talvez Roma tivesse razão em reservar o título de direito ao que é, com efeito o objeto específico da arte jurídica, seu produto próprio: a justa parte, o *suum cuique tribuendum*”

2.3 *Processo Legislativo*

2.3.1 *O conceito de Processo Legislativo*

Em sentido lato, o processo legislativo pertence ao âmbito da ciência política e se inicia ainda na demanda social pela lei, isto é, pelas situações fáticas que levam à apresentação das propostas de inovação legal. Este trabalho concentra-se, no entanto, no processo legislativo *stricto sensu*, que é matéria afeta a ciência jurídica. Nesse sentido, costuma-se muitas vezes falar então de procedimento legislativo ou *iter legis*, a sequência juridicamente preordenada de atividades destinada à formação da lei (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997).

Em perspectiva mais institucional, tributária da doutrina administrativista, Canotilho (2009, p. 871) fala também em procedimento legislativo, definindo-o como “forma da função legislativa, isto é, o modo ou *iter* segundo o qual se opera a exteriorização do poder legislativo”.

José Afonso da Silva (2008, p. 40), em célebre monografia sobre o tema, já se afastava um pouco desse entendimento mais simples. Ao definir o processo legislativo, em termos gerais, como o complexo de atos necessários à concretização da função legislativa do Estado, Silva reconhece-lhe explicitamente uma estrutura dialética por meio da qual se pretende a obtenção de um fim, elevando-o, assim, ao nível do processo civil tal como definido por Couture e Liebman.

Mais recentemente, Barbosa (2010) pugna pelo uso do termo processo, apontando ademais a natureza eminentemente contraditória ou discursiva do conjunto de atos destinado à formação da lei, bem como sua direção a uma finalidade específica.

Aqui também se entende que é possível que se entenda o processo legislativo como um verdadeiro processo jurídico, tanto quanto o processo judicial.

Diferença importante em relação a esse último é que não se trata de resolver, diante de um juiz imparcial, uma lide. Trata-se de discutir (fase cognitiva) e decidir (fase volitiva) a respeito de uma proposta de inovação na ordem jurídica por meio de um ato normativo primário⁴.

⁴ Não há, aqui, ocasião para discutir suficientemente o grau de coesão entre o conceito de ato normativo primário e aquele de “lei”. Esses termos são, portanto, usados aqui de forma relativamente indistinta, em parte para que possamos falar de um processo legislativo que se encaixe na nossa dogmática constitucional.

Importa perceber que a ideia de que existe um processo para a criação das leis é relativamente novo e só pôde se desenvolver quando já se chegou a um estágio de relativa dissolução da ideia da lei tanto como razão quanto como vontade de um soberano. Se a lei é ato da razão, é obra dos juristas, deve ser descoberta por meio de procedimentos investigativos que se assemelham mais a um “método” do que a um “processo”. Por outro lado, se a lei é pura vontade, não importa saber os meios pelos quais aquela vontade foi formada, importa apenas a sua manifestação adequada, ou seja, sua promulgação.

Só pode se falar de processo legislativo, portanto, quando já se tem, ao menos em certa medida, uma democracia deliberativa. Isto é, uma sociedade na qual a lei é feita por meio de um processo discursivo.

Ignorar que a lei é formada por meio de um processo juridicamente ordenado é ignorar uma característica fundamental do nosso Estado de Direito, qual seja, o fato de que a lei não resulta mais de uma vontade soberana, mas sim de um feixe de competências juridicamente atribuídas. Não há, na nossa ordem jurídica, quem seja *legibus solutus*, a não ser aquele poder originário capaz de reinaugurá-la e que, portanto, ao despertar, dá-lhe fim.

Kelsen (KELSEN, 2006) deu relevo à atividade judicial ao apontar o caráter constitutivo da jurisprudência, isto é, que todo ato de aplicação do direito é também ato de produção do direito. Em relação ao processo legislativo, seria preciso reforçar o vice-versa: todo ato de criação do direito é também um ato de aplicação do direito. Isso para frisar que a criação do direito é função jurídica em sentido estrito (KELSEN, 2006).

No raciocínio positivista, as normas podem ser criadas à maneira de subsunção, em um raciocínio que vai do geral ao particular, como ocorre mais tipicamente no processo judicial; ou também por um processo de derivação, por meio do qual regras atribuem competência aberta para a criação de outras regras não reduzíveis às primeiras (KELSEN, 2006, p. 261), como é o caso no processo legislativo.

Portanto, o processo legislativo é um processo jurídico tanto quanto o processo judicial. Falando em termos de ato normativo eles tem a mesma finalidade. Mas enquanto a finalidade precípua do primeiro é formar a lei, como ato normativo geral, a do segundo é constituir o direito por meio da sentença, ato normativo particular. Enquanto no processo jurídico deve-se fazer o direito a partir da observância a lei, no processo legislativo deve-se formar a lei sem desprezar o direito.

Note-se que não se fala aqui de respeitar o direito no processo legislativo como se falasse de observar um direito preexistente, que a lei teria apenas que confirmar. A referência relevante para esse trabalho é que o processo legislativo, sendo juridicamente regulado, insere-se em um conjunto de atribuições, competências e prerrogativas que constituem direitos. É possível, pois, que se reconheçam *jus* que cabem a cada um dos participantes do processo. No entanto, a atribuição ou garantia desses direitos não é o fim do processo, mas sim apenas meio necessário para que o processo atinja de maneira válida os seus objetivos. Não respeitar os direitos é sancionar com a nulidade o processo legislativo.

2.3.2 *Processo Legislativo na Constituição e nos Regimentos*

Como visto, a lei costuma ser, no Estado contemporâneo, o principal instrumento por meio do qual o Estado exerce a suas funções. O processo legislativo é, por isso, tema típica e materialmente constitucional, por se referir “diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política” (SILVA, 2007, p. 105; 2004, p. 4).

Já a Constituição de 1824 trazia capítulo específico referente ao Processo Legislativo, intitulado “Da Proposição, Discussão, Sanção, e Promulgação das Leis”. Da mesma forma, o fizeram todas as constituições brasileiras, sendo o termo processo legislativo inaugurado, entretanto, em 1967.

Também a Carta de 1988 segue a disciplina inaugurada pela constituição anterior e trata explicitamente do tema em seção no capítulo concernente ao Poder Legislativo. O processo legislativo encontra-se, em linhas gerais, disciplinado pelos artigos aí incluídos (arts. 59 a 69), salvo algumas importantes regras específicas do processo legislativo orçamentário, que o constituinte houve por bem deixar a parte por estarem mais intimamente ligadas ao poder de fiscalização do Congresso Nacional.

Incluem-se, pois, o processo para criação das emendas constitucionais, das leis (ordinárias, complementares e delegadas), das resoluções, decretos legislativos e das medidas provisórias. Nas palavras de Ferreira Filho (2015, p. 215), estão sucintamente regulados “todos os momentos de produção normativa dos atos derivados de primeiro grau.”

As propostas de emendas constitucionais seguem um procedimento legislativo especial (SILVA, 2007, p. 530), regulado no art. 60 da atual Constituição. Por representarem

manifestação do poder constituinte derivado, sofrem importantes limitações que a doutrina houve por bem dividir em circunstanciais (incluídas entre essas as temporais) e materiais (FERREIRA FILHO, 2015, p. 216) (Cf. SILVA, 2007, p. 65). Esta última espécie de limitações consta do parágrafo 4º, art. 60, que apresenta o seguinte texto: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais”.

Foi tendo em vista essa limitação, pela especificidade do texto, “não será objeto de deliberação” que o Supremo elaborou pela primeira vez a ideia de devido processo legislativo e concedeu o Mandado de Segurança n 20.257, como se verá adiante.

Ferreira Filho (2015) considera que as medidas provisórias foram incluídas indevidamente na seção que trata do Processo Legislativo. De fato, não são elas elaboradas por meio de processo legislativo, mas são a ele submetidas e é na expectativa de sua aprovação por meio dele que reside sua validade. Por isso se diz que a medida provisória possui natureza bicéfala, sendo ao mesmo tempo norma provisória e projeto de norma permanente (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 108), gozando, nesta última condição, de um procedimento especial de apreciação.

Ferreira Filho fala em atos derivados para diferenciar os atos cuja criação está aí regulada daquele ato originário que, em sentido jurídico-positivo, gera toda a ordem jurídica. Mas frisa que são atos primários porque se trata de normas que estão fundadas só e diretamente na Constituição (FERREIRA FILHO, 2015, p. 213 s).

O processo legislativo constitucional constitui parâmetro para avaliação da constitucionalidade formal das leis.

Além da própria Constituição, o processo legislativo tem como fontes formais os regulamentos parlamentares. No nosso sistema jurídico, essas normas são conhecidas como regimentos e são editadas para concretizar expressa previsão constitucional. São elas: o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (previsto no art. 51, III, da Constituição Federal), Regimento Interno do Senado Federal (art. 52, XII) e Regimento Comum do Congresso Nacional (art. 57, §3º, II) (BRASIL, 1988). Formalmente, consistem em resoluções das casas legislativas, às quais se somam eventualmente outros diplomas.

Como exemplo desse último ponto pode-se apontar a existência, no âmbito congressual, não apenas do texto incorporado na Resolução nº 1 de 1970 (Regimento Comum), mas também de resoluções apartadas que tratam de temas específicos, como é, por exemplo, o caso da

Resolução nº 1 de 2006.-CN, que regula o funcionamento da Comissão Mista de Orçamento e a tramitação das matérias a ela afetas (BRASIL, 2006), e a Resolução nº 3 de 1990 que dispõe sobre a Comissão Representativa do Congresso Nacional (BRASIL, 1990).

Por regulamentarem o processo de criação dos atos normativos primários, bem como a forma de exercício do Poder Legislativo e dos seus agentes, não falta quem entenda as normas regimentais como sendo, ao menos em certa medida, materialmente constitucionais (KELSEN, 2004, p. 250) (SILVA, 2008, p. 343) (Cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1000).

Se tal categoria pode ser disputada, é certo ao menos que os regimentos têm estatura semelhante às das leis em geral, diferindo delas não por hierarquia, mas por competência. Canotilho (2009, p. 855), em ensinamento aplicável ao nosso ordenamento, reconhece no regimento da Assembleia da República não um regulamento, mas uma lei estatutária:

Só o peso de uma tradição que relegava os chamados regulamentos administrativos para o campo meramente interno e que não reconhecia às normas organizatórias um carácter jurídico pode justificar que, ainda hoje, o estatuto de um órgão de soberania seja qualificado de regulamento interno. [...] O regimento é um verdadeiro estatuto, com normas diretamente executivas da Constituição (*Ergänzungsnormen, Ausführungsnormen zur Verfassung*)

Não há dúvida, entretanto, de que se trata de atos derivados e que as normas regimentais são hierarquicamente inferiores àquelas insculpidas no próprio texto da Constituição. Tanto assim que a doutrina admite sem maiores reservas a possibilidade do seu controle de constitucionalidade⁵ (SILVA, 2008, p. 344).

O processo legislativo constitucional constitui parâmetro para avaliação da inconstitucionalidade formal das leis⁶. Isto é, a não observância dos procedimentos constitucionais no processo de formação da lei provoca a sua inconstitucionalidade formal. A princípio, porém, não se pode dizer o mesmo do processo legislativo regimental.

Em primeiro lugar, porque a lei deriva diretamente da constituição, razão pela qual o vício consistente na violação de norma regimental não afeta seu fundamento de validade.

⁵ Importante precedente nesse sentido ocorreu na declaração incidental de inconstitucionalidade de artigo da Resolução nº 1 de 2002-CN que, após prazo regimental, determinava a remessa de Medida Provisória à Câmara dos Deputados mesmo sem parecer da Comissão Mista responsável. A norma violava, segundo se entendeu, a obrigatoriedade de emissão do parecer. (BRASIL, 2012a)

⁶ A partir daqui e durante esse capítulo usaremos o termo lei como sinônimo dos atos normativos derivados de primeiro grau, previstos na Constituição.

Assim, ocorreria apenas uma “ilegalidade da lei” de “contornos muito inseguros” (CANOTILHO, 2009, p. 857).

Em segundo lugar, porque os regimentos são considerados normas internas do Congresso, decorrentes da sua independência e poder de auto-organização. Manifestam competência privativa do órgão, sendo aprovados tão somente pela própria Câmara cujo processo regulam (mesmo no caso do Regimento Comum, já que é aprovado em sessão conjunta). Por isso, existe a tendência de os atos por eles regulados (e, pois, os vícios por eles proibidos) serem considerados *interna corporis* e insuscetíveis de apreciação judicial.

A doutrina dos vícios *interna corporis* remonta ao direito parlamentar inglês, que reservava ao próprio Parlamento a competência *to exclusive cognizance of internal proceedings*. Essa concepção tem sido fortemente hostilizada em favor de um controle mais efetivo do processo legislativo e, de fato, parece haver a tendência a cruzar essa barreira.

Canotilho (2009, p. 865) registra uma tendência a admitir que se verifique a regularidade do processo legislativo de acordo com o regimento ao menos para daí verificar possível violação da constituição.

Nesse sentido apontado pelo constitucionalista português, seria de se verificar os poderes instrutórios relativos à Corte Constitucional. A solução do problema por meio de Mandado de Segurança tem feito com que a discussão tenha se cingido até agora a matérias de direito e não de fato. A verificação efetiva dos procedimentos pode levar a cabo uma investigação no parlamento⁷.

Para verificar adequadamente se o Congresso Nacional cumpriu as regras seria necessário que se verificassem não apenas os documentos, que podem ser facilmente manipulados pela maioria, mas os procedimentos como de fato aconteceram. Veja-se, por exemplo, o caso de listas de comparecimento de reuniões, que costumam circular de véspera, registrando um quórum fantasma.

Nesse sentido – considerando que as regras regimentais vêm, no mais das vezes, efetivar, regular ou garantir princípios ou regras constitucionais –, para justificar o controle do

⁷ Note-se que no caso do mandado de Segurança nº 22.864 (relativo à PEC da reeleição) estava-se diante de um caso em que houve acusações graves de suborno para aprovação da proposta. O mandado de segurança não foi conhecido por razões de ordem processual relativas ao instrumento escolhido: a falta de liquidez e de certeza. Semelhantemente, no Mandado de Segurança nº 33.356 alegava-se que houve delegação do voto dos parlamentares para seus assessores.

processo legislativo regimental, poder-se-ia falar de controle de constitucionalidade *mediato* da regularidade da formação da lei. Nesse sentido, uma lei formada em um processo que fere norma regimental que concretiza norma constitucional poderia ser considerada como *mediatamente inconstitucional*.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal não admita que esse tipo de inconstitucionalidade seja atacado por meio de controle concentrado, curioso é que se desenhe essa tendência em alguns mandados de segurança, ao se considerar as normas regimentais como normas constitucionais interpostas. Podemos identificá-la, por exemplo, no deferimento de cautelar pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, no Mandado de Segurança 26.915 ao Projeto de Lei nº 4.470/2012⁸:

[S]e as normas constitucionais fizerem referência expressa a outras disposições normativas, a violação constitucional pode advir da violação dessas outras normas, que, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam os atos e procedimentos legislativos, constituindo-se normas constitucionais interpostas. (Zagrebelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Mulino, 1979, p.40-41).

Essa mesma fundamentação foi utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em mandado de segurança relativo à tramitação das contas presidenciais, em que houve farta fundamentação regimental.

Já durante a escrita desse trabalho houve decisão do Supremo Tribunal Federal referente a inclusão de “jabutis” em projetos de lei de conversão de medidas provisórias. Trata-se de matérias que são incluídas (a semelhança de *riders*) para se beneficiarem da celeridade da tramitação da matéria. Se bem que a ofensa possa ser referida diretamente à Constituição com base em alguns princípios gerais, fato é que tal decisão materializa regra insculpida na Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional: “art. 4º [...] § 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”.

Portanto, o controle da violação de regras regimentais não está ligado necessariamente ao controle durante o processo legislativo, que é momento essencialmente político. O que não parece razoável é supor que aquilo que o Judiciário não pode corrigir por meio do controle

⁸ O projeto determinava “que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”. O relator, que votou pela suspensão do processo apontando a “extrema velocidade de tramitação” foi vencido em Plenário.

concentrado repressivo, constitucionalmente previsto, ele o faça por meio de um controle preventivo.

3 DEMOCRACIA COMO PROCEDIMENTO

3.1 *Democracia e Procedimento*

Com o desenvolvimento da democracia moderna, o poder estatal busca no contato com a esfera pública a legitimação para as suas decisões. Os parlamentos servem então para institucionalizar uma prática comunicativa livre e aberta, que, ao colocar deputados como parte do mesmo público dos eleitores, assegura a estes uma capacidade de interferência política. A partir daí a autoridade já não serve de fundamento à lei, que se baseia agora no apelo ao uso público da razão, a permitir que se chegasse à vontade geral. (HABERMAS, 1984, *apud* BARBOSA, 1999, p. 28) (BARBOSA, 2010, p. 29 s).

Em momento posterior, a referência a um interesse geral objetivo não é mais possível. A sociedade civil não pode mais passar por neutra: os múltiplos interesses privados concorrentes tendem a funcionar com base na negociação. Mas as leis surgidas por essa via não podem mais reivindicar toda a autoridade da razão. Ocorre aqui a implosão da esfera pública parlamentar. (HABERMAS, 1984 *apud* BARBOSA, p. 36).

Para recuperar sua legitimidade, as leis deveriam então ser construídas a partir de uma perspectiva procedimental, em que a formação democrática da opinião e da vontade estivesse ancorada em procedimentos que garantissem ampla participação das pessoas envolvidas. Seria impossível, no entanto, que a sociedade, em todo momento conflituoso, resolvesse seus problemas a partir desse procedimento, dados os custos de mobilização para reunião e produção das condições necessárias para o debate racional. O processo político, então, delimitaria espaços discursivos, como é o caso do parlamento.

O processo legislativo seria, portanto, um procedimento juridicamente regulado, que pode assegurar os pressupostos do discurso racional no espaço discursivo do parlamento. Assim a lei poderia gozar de uma legitimidade que resgatasse aquele momento de verdade perdido com o primeiro liberalismo.

Percebe-se então a importância que os procedimentos assumem nesse atual estágio da democracia: não é mais possível fundamentar a lei no puro apelo à autoridade da razão e, ao mesmo tempo, não se pode esperar um acordo quanto a questões fundamentais. Os procedimentos são então o sustentáculo da legitimidade das decisões que, mesmo sendo

substancialmente contrária aos interesses ou crenças, são consideradas como sendo válidas. Não se reconhece a justeza da decisão, mas considera-se que é válido tomá-la.

De fato, Waldron (1999) observa que no parlamento encontram-se homens que não concordam sobre coisa alguma, a não ser quanto aos procedimentos que lhes permitem estar ali juntos tomando aquelas decisões. Nesse sentido, o acordo quanto ao processo político é absolutamente fundamental para a democracia. É certamente possível, e talvez até mesmo provável que se tomem más decisões, mas não havendo acordo sobre o processo político, não se poderia tomar decisão alguma.

Ademais, não se pode entender o processo como sendo simplesmente um meio de veicular a vontade da maioria. Embora seja esse seu objetivo, o fato é que a própria configuração do processo pode alterar essa vontade. Veja-se, por exemplo, o caso das Medidas Provisórias, cujo parecer da comissão mista foi considerado obrigatório pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, claro é que o parecer prévio de uma comissão altera e muito as correlações de força, tempo e prerrogativas no Congresso Nacional, sendo capaz de influenciar não só o seu resultado, mas até mesmo o resultado de outras deliberações⁹. Não se pode, portanto, entender simplesmente que uma lei é resultado vontade da maioria, mas sim que é a vontade resultante da deliberação de agentes em uma nas circunstâncias ditadas por um processo juridicamente regulado.

Enquanto o desacordo a respeito do mérito das leis é natural e esperado (WALDRON, 1999), o desentendimento a respeito do processo político fulmina a capacidade e a legitimidade das decisões. O próprio procedimento de tomada de decisão nas assembleias legislativas, a contagem de votos, revela que o desacordo é natural e esperado. Aqueles que estão em minoria devem consentir com o resultado da maioria. Mas se há desacordo quanto à legitimidade dos procedimentos adotados, há um problema mais grave. No primeiro caso, trata-se de uma disputa quanto à decisão tomada, no segundo caso quanto à própria tomada de decisão.

⁹ Note-se, por exemplo, que as Medidas Provisórias ficam agora cerca de 90 dias nas comissões mistas, deixando a pauta da Câmara muito mais livre. Além do mais, enquanto antes a Câmara dominava completamente o processo em seu plenário, na comissão mista a relatoria de metade das medidas provisórias é de Senadores, o que é ponto importante em um bicameralismo incongruente como o brasileiro.

3.2 *Devido Processo Legislativo*

Da existência do processo legislativo para a formação da lei na contemporaneidade e da verificação da sua importância, surge a questão a respeito do devido processo legislativo.

Ou o processo legislativo não é devido de forma alguma, e o Parlamento pode elaborar as leis da forma que bem entender, ou é devido. Sendo devido, ou esse *debitum* é moral ou jurídico. Se for moral, é inexigível; se for jurídico, é exigível. Entender o devido processo legislativo como garantia inexigível seria, quando menos, situá-lo no âmbito das promessas políticas, ou dos princípios programáticos, negando, ao cabo, a normatividade dos comandos constitucionais correspondentes.

Nesse sentido, surge a questão da intervenção do judiciário para garantir a regularidade dos procedimentos. Se parece questionável que o judiciário questione o mérito inerentemente político das decisões do parlamento, parece ser menos problemático que ele intervenha em um controle de formalidade. De fato, como uma carta de governo, uma constituição que pretenda servir a várias gerações através dos tempos deve prescrever processos legítimos, não resultados legítimos. (LINDE, 1976, 254).

Em sentido contrário, importa perceber que o discurso legitimador do controle de constitucionalidade tem como um de seus caracteres principais a defesa de direitos. Ademais, há um problema de caráter institucional: como justificar a interferência do Judiciário em outro poder justamente no desempenho da função que lhe é inerente.

A doutrina teria descrito uma variedade de técnicas por meio das quais o judiciário exige dos politicamente legitimados que melhorem a qualidade do processo de tomada de decisão. Entre essas, o Brasil claramente tem se aproximado do modelo conhecido como “regularidade procedimental” (*procedural regularity*), uma vez que a jurisprudência tem se concentrado em verificar a adequação dos procedimentos adotados ao processo legislativo constitucional.

Na doutrina norte-americana sobre o assunto. Laurence Tribe e Hans Linde (1976) lançaram os primeiros trabalhos sobre o assunto há quase 40 anos (Cf. GOLDFELD, 2004, p. 403 ss).

Laurence Tribe partiu para isso do princípio do *substantive due process*. No Direito Constitucional Americano o chamado devido processo (*due process of law*) é entendido como

sendo dirigido tanto aos “aplicadores da lei”, no ato de adjudicação (*procedural due process*), como também aos “criadores da lei”, no ato de legislação (*substantive due process*).

Ou seja, as *due process clauses* (décima quarta e décima quinta emendas à constituição americana) não apenas garantiriam ao indivíduo que ele não seria privado da sua vida, liberdade ou propriedade sem um processo justo e imparcial garantido pela lei; garantiriam também que o cidadão não se sujeitasse a leis indevidas, isto é, que excedessem o limite da autoridade governamental. Esse entendimento cristalizou-se na fórmula segundo a qual a lei é inválida sempre que não for um meio racional direcionado a um determinado fim. (Cf. LINDE, 1976, p. 199).

Nos Estados Unidos, o uso do devido processo levou ao que hoje se costuma considerar um avanço indevido do Judiciário na arena política, como na chamada Era Lochner. No Brasil, a inclusão da cláusula do devido processo legal na Constituição de 1988 era uma das preocupações centrais de Ferreira Filho (1994) no seu célebre artigo sobre a judicialização da política¹⁰.

A partir dessa ideia, Tribe desenvolve a ideia do *structural due process*, consistente em uma visão menos instrumental e mais dinâmica, em que importaria não apenas o resultado produzido pela política, mas o próprio processo de decisão. (GOLDFELD, 2004, p. 403).

Linde (1976), por sua vez, ao se debruçar sobre a teoria constitucional com uma ótica menos focada no *judicial review*, tenta recuperar o sentido da cláusula em si mesma. A partir daí entende que ela deve ser direcionada ao Legislativo da mesma maneira que é dirigida ao Judiciário, isto é, como uma garantia procedimental. O professor formula então o que pode ser chamado de *due process of law making* (Cf. GOLDFELD, 2004).

Com isso, Linde parece diminuir o *substantive due process* como exigência dirigida aos legisladores. De fato, suas considerações perfazem uma objeção democrática e procedimental à revisão judicial, tal como formulado mais tarde por Waldron. Para o autor, a constituição pretendeu garantir a racionalidade das leis ao encerrar as deliberações legislativas em um processo do qual dificilmente poderia escapar a irracionalidade. Isto é, ao estabelecer o modelo das regras e instituições necessárias para edição das normas, tinha-se em mente que uma lei

¹⁰ Costa ([s.d.], p. 128) aponta que o devido processo substantivo era usado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves e Celso de Mello, bem como por parte da doutrina, como critério de controle da legitimidade dos atos estatais, mas depois os esforços se concentraram no desenvolvimento do princípio da razoabilidade, de matriz alemã.

aprovada dessa forma teria um apoio que não poderia ser totalmente irrazoável. (LINDE, 1976, 253)

Não obstante, Stone (2008) demonstrou que mesmo a revisão judicial que tenha em vista o processo político está sujeita à objeção democrática. Para a autora, o tipo de desacordo que demanda resolução judicial sobre questões de direito se estende a questões concernentes a relação entre direitos e democracia. Assim, haveria desacordo a respeito de que direitos são necessários para a proteção da democracia, e, mesmo quando haja acordo quanto à formulação abstrata desses direitos, haverá desacordo sobre suas implicações concretas.

Portanto qualquer justificação de uma revisão judicial procedimental se encontra face ao problema de que há um desacordo razoável sobre quais procedimentos são necessários para um governo democrático, e esses desacordos são tão profundos e baseados em valores quanto os desacordos a respeito dos direitos (STONE, 2008).

Goldsworthy (2010), em artigo sobre o *structural judicial review* pretende refutar a autora ao considerar que a garantia judicial das estruturas em que ocorre o processo democrático possibilita a democracia, ao invés de frustrá-la.

Diante das objeções, Stone admite, no que diz respeito ao processo legislativo, que uma revisão judicial que se concentre em assegurar regras constitucionais claras e incontestes de fato escaparia à objeção democrática. (STONE, 2010)

Note-se, pois, que na prática e na doutrina norte-americana a ideia de devido processo legislativo foi desenvolvida diretamente a partir da ideia correlata de devido processo legal, ou seja, a partir de uma garantia do indivíduo-cidadão. Isso se deve em parte às características do *judicial review* naquele país: sendo o controle incidental, as ações a ele relativas se dão por meio de controvérsias entre os órgãos aplicadores da lei e o cidadão que, à maneira de exceção, pugna pela inconstitucionalidade da norma para escapar à sua aplicação.

Aquilo que se chamou de “revisão judicial sem direitos” (STONE, 2008) surja, no caso dos mandados de segurança, com base na violação de um direito. Ou seja, o controle baseado na regularidade procedimental, exemplo máximo de revisão judicial não baseada em direitos e, portanto, imune à objeção democrática, é feito com base em um suposto direito do parlamentar ao devido processo legislativo.

Poder-se-ia alegar que o *structural due process* também surge a partir da ideia de devido processo. Mas não se trata de “direito ao processo”, mas sim de uma garantia do indivíduo de

não ser privado de direitos sem o devido processo. A construção brasileira, ao procurar garantir o direito e não a regra, abre espaço para desacordos a respeito do significado e extensão desse direito, que na verdade não tem consistência alguma e pode ser usado como mero instrumento político de desacordo. Portanto, o modelo brasileiro caminha da estrita regularidade procedimental em direção a posições tão ofensivas quanto as relativas ao *substantive due process*.

Importa apontar ainda que o devido processo legislativo, como apontado pelos autores, entra em questão no controle de constitucionalidade repressivo, no *judicial review* americano. Os vícios no processo afetam a validade da lei. O caso correlato brasileiro seriam as ações diretas de inconstitucionalidade, em que se alega inconstitucionalidade formal da norma.

Em nenhum desses casos, no entanto, se vislumbra a possibilidade de intervir durante o processo legislativo com vistas a suspendê-lo. O que se constrói no Brasil a partir desses mandados de segurança para proteção do direito subjetivo ao devido processo legislativo constitui (diferentemente da “revisão judicial” americana) uma verdadeira “supervisão judicial”.

4 DIREITO SUBJETIVO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

4.1 *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Como será demonstrado, há no sistema jurídico brasileiro uma jurisprudência consistente no sentido de que o detentor de mandato eletivo é legitimado para a impetração de mandado de segurança buscando assegurar o “devido processo legislativo” na tramitação de propostas no Parlamento. Não obstante, como notou Barbosa (2010, p. 5) “o controle da regularidade do processo legislativo [...] permanece cercado de perplexidades”, com “decisões erráticas e contraditórias”.

A jurisprudência nesse sentido iniciou-se com o Mandado de Segurança nº 20.257, de relatoria do Ministro Moreira Alves. Nesse *leading case*, julgado em 1980 (portanto sob a égide da Constituição de 1967), os senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale pretendiam impedir a tramitação das propostas de emenda constitucional (PECs) nºs 51 e 52, ambas de 1980, bem como da Emenda nº 3 às mencionadas propostas (BRASIL, 1980).

As PECs aumentavam a duração dos mandatos de prefeitos e vereadores de dois para quatro anos (BRASIL, 1980). Para obstar o seu andamento, os parlamentares impetrantes alegaram que a continuidade da tramitação das propostas violava o artigo 47, §1º, da Constituição então vigente, que dispunha que não seria “objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República” (BRASIL, 1988). A partir daí firmou-se a tese de cabimento de mandado de segurança para impedir a deliberação de proposta tendente a abolir cláusula pétrea.

No Mandado de Segurança 20.452, de 1984, houve a oportunidade de melhor definir os contornos da ação. No caso, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho. Pretendia-se a impugnação da chamada “Emenda Dante de Oliveira” (PEC nº 5 de 1983). Foi excluído da lide, por ilegitimidade ativa, o então vice-governador de São Paulo, Orestes Quécia, afirmando-se que a ação consistia em garantia a ser manejada exclusivamente pelos membros do Congresso Nacional, como eram os outros senadores e deputados que foram mantidos como partes (BRASIL, 1984).

Após a Carta de 1988 não houve mudança significativa da jurisprudência. De fato, a questão era resolvida da mesma forma, uma vez que a Constituição cidadã praticamente não

trouxe significativas mudanças no que diz respeito ao impedimento de deliberação de matérias ofensivas a cláusulas pétreas. Assim, renovava-se a mesma solução.

Também quanto à legitimidade para ação, o mesmo entendimento foi mantido. Disso é exemplo o Mandado de Segurança nº 21.303 de Relatoria do Ministro Octavio Gallotti. A ação foi impetrada por cidadão contra ato de Comissão Especial da Câmara dos Deputados que aprovou substitutivo a projeto de lei que possibilitaria a adoção de pena de morte em outras hipóteses, além daquela de guerra declarada, já constante do texto constitucional. O relator negou seguimento à ação por falta de legitimidade *ad causam*, tendo sido acompanhado, em sede de agravo, pela unanimidade da Corte (BRASIL, 1991).

Há, porém, uma novidade que aos poucos vai se introduzindo nos casos. Aos poucos, não se trata mais, como nos primeiros casos, de impedir a tramitação de proposta ofensiva a cláusulas pétreas. Note-se que a justificativa para interferir durante a tramitação da proposta era justamente o fato de a própria constituição vedar a tramitação.

No Mandado de Segurança nº 21.374, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Deputado José Severino da Silva Felinto insurgiu-se contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que não acolheu requerimento de urgência. Nesse caso a ação, embora envolvesse apenas matéria regimental, foi conhecida pela unanimidade da corte. Ademais, embora votando, como todos, pelo indeferimento, o Ministro Celso de Mello fez farta fundamentação a respeito da possibilidade de controle relativo ao processo legislativo, lançando mão da ideia de direito à observância das regras e dando a entender inclusive que o exame poderia atingir regras regimentais. Senão, confira-se:

Os atos *interna corporis* – não obstante abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial – não podem ser invocados, com essa qualidade e sob esse color, para justificar a ofensa ao direito público subjetivo que os congressistas titularizam e que lhes confere a prerrogativa institucional à devida observância, pelo órgão a que pertencem, **das normas constitucionais e regimentais** pertinentes ao processo de atuação da instituição parlamentar. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Não obstante, no curso do Mandado de Segurança nº 21.754 o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu uma virada jurisprudencial (no sentido de acolher agravo contra decisão monocrática concessiva de liminar) justamente com base no fato de o relator ter dado seguimento a uma ação que foi considerada “de todo incabível”. De fato, o agravo foi parcialmente conhecido e deferido, levando ao não conhecimento do Mandado de Segurança (BRASIL, 1993).

Não parece se tratar de uma incoerência histórica ou geracional da Corte ou de uma mudança de entendimento, dada à relativa proximidade dos dois julgados E o mesmo Ministro Celso de Mello, que em um caso pugnou largamente pela possibilidade de Mandado de Segurança em matéria regimental, considerou-o, no outro caso, “de todo incabível”. Note-se o parágrafo praticamente idêntico:

Se é realidade que os atos interna corporis ou de índole política são abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial, é preciso advertir, no entanto, que essa particular qualificação das deliberações legislativas não pode justificar ofensas **a direitos públicos subjetivos que os congressistas titularizam** e que lhes conferem a **prerrogativa institucional de estrita observância**, por parte do órgão a que pertencem, das **normas constitucionais** de formação das espécies legislativas” (BRASIL, 1993, grifo nosso)

Nessa mesma decisão, os votos dos Ministros Carlos Velloso, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Octávio Gallotti dizem não haver presente, no caso, direito subjetivo, mas apenas “o interesse geral de observância das normas jurídicas”¹¹. O Ministro Celso de Mello, no entanto, voltava a desenvolver a ideia de que haveria um “direito público subjetivo à observância do devido processo legislativo”.

Posteriormente, no Mandado de Segurança nº 22.503, o Ministro Celso de Mello mais uma vez desenvolve, ao lado do relator Marco Aurélio Mello a tese relativa ao direito ao devido processo legislativo constitucional e regimental, com eloquente voto:

“A imperiosa necessidade de fazer prevalecer a supremacia da Constituição [...] e a *inafastável obrigação de tornar efetivas as cláusulas regimentais* que disponham, em caráter mandatório e vinculante, sobre o modo de elaboração legislativa legitimam, plenamente, a atuação do Poder Judiciário no processo de formação dos atos normativos, em ordem a permitir, no plano da *judicial review*, a exata aferição do fiel cumprimento, pelo Poder Legislativo, das diretrizes, dos princípios e das regras inscritas *tanto na Lei Fundamental da República quanto no regimento interno* [...]” (BRASIL, 1996)

“Desse modo, eventuais decisões proferidas por essa Corte, no específico desempenho de sua magna função institucional de fazer prevalecer, sempre, a superioridade irrecusável de nossa Constituição – inclusive no que se refere ao *direito dos legisladores à fiel observância do devido processo* –, não podem ser qualificadas como gesto de interferência indevida [...]” (BRASIL, 1996)

Mais tarde, percebe-se que o Ministro Celso de Mello restringe a tese ao processo legislativo constitucional, como é exemplo o Mandado de Segurança nº 24.356 (BRASIL,

¹¹ Não obstante o Ministro Francisco Rezek, relator para o acórdão, havia reconhecido que se alegavam “o direito de exprimir seu voto, de propor e discutir, de ir à tribuna, de ser contado no quórum”. Ora, havendo essa alegação era de se conhecer do Mandado de Segurança para averiguar a violação.

2003a). Não obstante, nessa mesma ação já se pode ver que o Ministro Carlos Velloso passa a esposar a mesma ideia de direito ao devido processo, que irá repetir no Mandado de Segurança nº 24.642.

Nesse último caso, tratava-se de impedir o envio de proposta de emenda à constituição que, segundo se alegava, não teria sido aprovada em dois turnos de tramitação.

Notável a virada jurisprudencial desde o *leading case*. Não se trata mais de impedir a tramitação de propostas ofensivas às cláusulas pétreas, conforme vedação constitucional expressa. Quanto à matéria, portanto, não se trata mais de incompatibilidade com o *núcleo duro* da constituição; quanto à forma, não se trata de obstar uma deliberação que a constituição veda, mas sim de verificar a conformidade do processo legislativo constitucional. E ainda mais importante: enquanto no primeiro caso fez-se algum esforço retórico para encontrar o direito que estaria sendo violado com o descumprimento da regra, pelo menos a partir do Mandado de Segurança 24.642 vai prevalecendo a ideia de que o direito seria ao próprio cumprimento da regra.

No Mandado de Segurança nº 24.645, por exemplo, de relatoria do Ministro Celso de Mello, quatro deputados federais pretendiam fazer cessar a tramitação, na Câmara dos Deputados, da Proposta de Emenda Constitucional nº 41 de 2003 (PEC 41/2003), que cuidava da reforma tributária. Alegavam os impetrantes que a referida proposta ofendia o princípio da Federação, insculpido no art. 64, §1º, da Constituição Federal. Na ocasião, o Ministro Carlos Velloso responde sucintamente que se tratando de matéria *interna corporis* “era inexistente a alegação de lesão a direito individual”, firmando a tese de que embora o direito fosse ao cumprimento da regra, o Supremo só estaria disposto a intervir se fosse regra constitucional.

A jurisprudência do tribunal vai assim superando os limites estritos da questão das cláusulas pétreas, tal como originariamente desenhada. No Mandado de Segurança 24.849, julgado em 2006, admite-se o controle pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não (sic), por membros do Congresso Nacional” (BRASIL, 2006)

Nesse sentido há Mandado de Segurança 22.503 de 1996 questionando a PEC da Reforma da Previdência (PEC 33-A/95). Notável que a ação tenha sido baseada em dispositivos regimentais, mas tenha sido, ainda assim, conhecida em parte pelo Supremo Tribunal por se

fundar também em questão constitucional implícita no comando regimental¹² (BRASIL, 1996). Aí se revela um entendimento próximo daquele de norma interposta, de Canotilho, que será usado posteriormente por Barroso, na justificativa relativa ao Mandado de Segurança do Rito das Contas.

Embora a posição de limitar-se ao processo legislativo constitucional seja predominante, sempre houve divergências importantes em sentido oposto. Ainda em outubro de 1993, durante a revisão constitucional, o Ministro Marco Aurélio Mello concedeu liminar em mandado de segurança 21.754, entendendo que o ponto eletrônico constitui a forma correta para aferição do quórum nas sessões do Congresso. Posteriormente, em sede de agravo, seguiu-se o voto do Ministro Francisco Rezek e o Plenário decidiu por não conhecer da ação.

Dada essa longa jurisprudência o Ministro Gilmar Mendes (em voto relativo ao MS 32.033) considera que a impetração de mandado de segurança para impedir a deliberação de proposta ofensiva à cláusula pétrea já está “inserida na tradição constitucional brasileira”, representando uma “verdadeira doutrina brasileira do mandado de segurança”.

Em todos esses posicionamentos havia alguma preocupação em se dizer que se protegia direito de titularidade do parlamentar, frisando-se sempre que cabia a ele tal questionamento. Nesse sentido cite-se o Mandado de Segurança 23.334, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

Esse entendimento tem por precípua finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente - de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional.

Não obstante, parece inexistir maior preocupação da jurisprudência a respeito da posição individual do congressista. Note-se, por exemplo, que embora haja algumas decisões que justificam a legitimidade do parlamentar por sua relação com a Casa de tramitação da proposta, no já citado Mandado de Segurança nº 20.452 foi excluído apenas o vice-governador de São Paulo, permitindo-se indistintamente a senadores e deputados figurarem na parte ativa da lide, sem maior problematização da questão¹³. (BRASIL, 1996).

De forma ainda mais inovadora, foi dado seguimento, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a Mandado de Segurança impetrado pela Senadora Rose de Freitas que, na qualidade

¹² No mérito, a segurança foi negada.

¹³ Note-se que muito embora a sessão fosse conjunta, o ato impugnado ocorreu especificamente na votação da Câmara e a violação que se poderia alegar ao direito dos senadores é de natureza inteiramente diversa daquela que supostamente teria ocorrido aos deputados.

de Presidente da Comissão Mista de Orçamento, insurgiu-se contra votações de contas presidenciais na Câmara dos Deputados (alegando que a competência para votação deveria ser exercida em sessão conjunta).

Importante apontar também o Mandado de Segurança impetrado pelo SINDJUS contra o Presidente da Mesa do Congresso, Senador Renan Calheiros, buscando impedir a frustração de realização de sessão para apreciação de vetos presidenciais. O Ministro Teori Zavascki não hesitou em despachar no processo pedindo informações à Mesa do Congresso, não obstante, segundo entendimento da Corte, a patente ilegitimidade ativa da parte impetrante.

Mas apesar dessas tendências recentes, que serão analisadas mais cuidadosamente nos capítulos seguintes, a jurisprudência encontra-se consolidada quanto ao cabimento do Mandado de Segurança impetrado por parlamentar em duas situações: na tramitação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusulas pétreas e no caso de desrespeito ao processo legislativo constitucional.

4.2 A Teoria Constitucional

A teoria jurídica brasileira de maior renome parece pouco ter se importado com instituto até então. Os autores mais antigos que se debruçaram sobre o processo legislativo ignoram a matéria, mesmo em suas edições mais novas, como se não houvessem percebido o alcance ou impacto da matéria.

Ferreira Filho (2015), autor de consagrada monografia sobre o processo legislativo sequer toca no tema, seja neste trabalho seja no seu livro de Direito Constitucional, muito embora faça pesada crítica ao controle preventivo de constitucionalidade e a todo o papel do Judiciário na mudança informal da constituição havida nos últimos anos (FERREIRA FILHO, 2015, p. 64, 431). Também José Afonso da Silva (2008), no clássico e pioneiro “Processo Constitucional de Formação das Leis”, deixa de fazer qualquer menção específica sobre o assunto. Limitam-se outros, no mais das vezes, a repetir a jurisprudência sobre a matéria, sem preocupação crítica.

Mendes, Coelho e Branco inovam, no entanto, ao perceber no Mandado de Segurança uma vocação de contencioso entre órgãos:

“Aqui [, no caso de mandado de segurança contra atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais,] se afigura evidente que se cuida de uma utilização especial do mandado de segurança, **não exatamente para assegurar**

direito líquido e certo de parlamentar, mas para resolver peculiar conflito de atribuições ou “conflito entre órgãos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 960).

Além disso, considera-se que o caso relativo a mandado de segurança referente à tramitação de proposta ofensiva às cláusulas pétreas é uma adoção de “controle preventivo de constitucionalidade na modalidade incidental ou concreta”. Retornaremos a esse ponto mais adiante.

4.3 Congresso como corpo

4.3.1 *Atos interna corporis*

Antes da virada da jurisprudência em 1980, o chamado argumento *interna corporis* constituía a doutrina recorrente do Supremo Tribunal Federal para evitar o controle sobre a atividade legislativa. De fato, foi esse o argumento utilizado pelo relator original do *leading case*, Ministro Décio Miranda, que se manifestou pela impossibilidade jurídica do pedido.

A doutrina consiste basicamente na ideia de que haveria atos íntimos do parlamento que seriam imunes à revisão judicial. Como já tivemos a oportunidade de apontar, trata-se de antigo instituto. Relata Macedo (2007, p. 20):

[...] a consagração da soberania do Parlamento se dá, de fato, com a Revolução Gloriosa e a edição da *Bill of Rights* de 1689, que reconheceu a autoridade do Legislativo e limitou os poderes dos monarcas William e Mary de Orange. Dois dispositivos de seu texto refletem a nova extensão dos privilégios parlamentares: a *Bill of Rights* declara a ilegalidade da suspensão da execução de leis pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento; e, em seu art. 9º, estabelece a liberdade dos discursos, debates e procedimentos no Parlamento, os quais não poderiam ser impedidos ou questionados por qualquer corte ou instância externa.

A doutrina está, portanto, ligada à questão da soberania do parlamento, e ao seu papel central no Estado moderno. Mas não apenas isso, trata-se de reconhecer a Legislatura como um corpo unitário, dentro do qual seria impossível reconhecer direitos particulares mutuamente exigíveis. Muito embora as assembleias representem o modelo institucional mais consagrado para o Legislativo, os juristas ainda se sentem mais confortáveis imaginando que “o Legislador” é uma pessoa. (BARBOSA, 2010, p. 4)

Note-se que o entendimento das normas regimentais como *interna corporis* é, ao menos em certa medida, contrário à sua própria caracterização como normas jurídicas. Decorre de

ensinamento tradicional de que não há propriamente direito entre parte e todo, porque ninguém pode fazer injustiça a si mesmo (ARISTÓTELES, p. 130, Livro V, cap. 6, 1134b10-15). Esse foi o argumento de Hobbes para dizer que o Leviatã não poderia ser injusto para com os cidadãos, por ser ele mesmo resultado do acordo entre eles; também as disputas que se dão dentro da cabeça do Leviatã-Legislador seriam juridicamente imperscrutáveis.

Francisco Campos (1956 apud FONSECA, 2011, p. 40) sob a égide da Constituição Federal de 1946, deu a seguinte definição para tais atos:

[...] *interna corporis* são todas as regras ou disposições interiores ao corpo legislativo, isto é, as prescrições destinadas a disciplinar o seu funcionamento, sejam elas instituídas no próprio regulamento interno ou na mesma Constituição. Ou, por outra, são aquelas regras de que o corpo legislativo é, a um só tempo, o destinatário e o juiz: o destinatário, porque o mandamento se dirige ao órgão ou à parte dele encarregada de dirigir o seu funcionamento; e o juiz, porque as questões referentes à sua observância são por ele próprio soberanamente resolvidas, de acordo com o processo estabelecido no seu próprio regimento.

Esse entendimento de Francisco Campos é de amplitude máxima e revela a ideia de que o Legislativo não poderia ser julgado na prática de nenhum dos atos que o ordenamento jurídico lhe reservou.

O Ministro Maurício Corrêa, em voto ao Mandado de Segurança nº 22.503, assinalou:

Nas Ilhas Britânicas, onde no passado germinou discretamente a ideia do exame judiciário de atos de poder e de conflitos envolvendo o Estado, tão forte é a noção da reserva, à competência parlamentar, do seu próprio destino, que os publicistas locais costumam lembrar hipótese de grande eloquência: se um dia na Grã-Bretanha a maioria parlamentar entendesse rasamente de excluir da Casa dos Comuns a minoria, isso talvez levasse o povo às ruas em revolta, isso talvez motivasse um particular indignado a atear fogo no Parlamento, como já aconteceu no passado, mas isso seria absolutamente imune à análise judiciária: as cortes britânicas não teriam como conhecer de um feito que retratasse o protesto da minoria alijada. (BRASIL, 1996)

Há uma tendência maior, no entanto, de que, sendo os procedimentos internos do parlamento regulados pelos regimentos, tire-se daí a consequência de que matéria regimental é matéria *interna corporis* e, portanto, insuscetível de apreciação judicial. Isso acabou por fazer entender que as Casas Legislativas eram absolutamente irresponsáveis apenas no que diz respeito a suas normas regimentais.

Mas o entendimento de Hely Lopes Meirelles (apud FONSECA, p. 42), um dos autores mais citados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, é ainda mais restrito na caracterização do que seriam atos *interna corporis*: seriam aqueles atos referentes a economia interna da corporação legislativa, seus privilégios e com a formação ideológica da

lei. Sob esse aspecto, poderiam ser caracterizados como *interna corporis* basicamente os atos referentes a gestão das Casas parlamentares, e os atos políticos.

Há, portanto, divergência quanto ao entendimento de como se caracterizariam esses atos. E não se trata de questão superada. Ainda hoje, é essa a doutrina que o Supremo retorna quando verifica que não deve adentrar na questão. Semelhantemente, é sempre ela que deve ser superada e contraditada quando se decide pelo controle dos trabalhos parlamentares. Senão, note-se:

Processo legislativo. Controle jurisdicional de seu “iter” procedimental. Legitimidade ativa, para esse efeito, reconhecida a qualquer membro das Casas do Congresso Nacional. Precedentes. Possibilidade dessa fiscalização judicial, desde que a controvérsia jurídica não se restrinja a deliberações internas ou fundadas em prescrições meramente regimentais. A questão do “judicial review” e o princípio da separação de poderes. **Divergências “interna corporis”** e discussões de natureza regimental: **apreciação vedada ao Poder Judiciário**, por tratar-se de temas que devem ser resolvidos na esfera de atuação do próprio Congresso Nacional.

Malgrado o aparente esforço da doutrina, verifica-se que há ainda problemas graves na definição do instituto. Veja-se, por exemplo, escrito sobre o tema do Ministro Carlos Velloso (2004, p. 278 s): após dizer que “controvérsia puramente regimental, resultante de interpretação do regimento interno, *é imune ao controle judicial, por tratar-se de ato interna corporis*” o magistrado volta à carga, na conclusão do texto, para dizer que “tanto as questões políticas, como as *interna corporis*, *se ofensivas ao direito subjetivo, público ou privado [...] sujeitam-se ao controle judicial*” (idem, VELLOSO, 2004, p. 279). Construção confusa, mas coerente, com outra da mesma lavra, proveniente do voto no Agravo Regimental ao Mandado Segurança 21.754:

Tem-se, no caso, matéria indiscutivelmente interna corporis, imune à crítica judiciária, dado que não há alegação no sentido de que o ato *interna corporis* estaria a violar direito subjetivo. É que, havendo alegação em tal sentido, o ato submete-se evidentemente, à crítica judicial. (BRASIL, 1993)

Aparentemente considera-se a matéria imune à crítica judiciária não por se tratar de ato *interna corporis*, mas sim por não violar direito subjetivo. Ora, mas é justamente a natureza *interna corporis* da matéria que revelaria a impossibilidade da existência de direito exigível.

Além disso, a construção vai no sentido de que, havendo controvérsia constitucional, não importa se há violação ou não a direito subjetivo e havendo violação a direito subjetivo não importa se há ou não controvérsia constitucional (VIEIRA JÚNIOR, 2007).

De outras vezes, no entanto, não parece ser esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se pode conferir em decisão recente do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 33.353:

“entendo que se impõe a formulação, na espécie, de juízo negativo de cognoscibilidade da presente ação mandamental, eis que – além de a conduta impugnada traduzir-se em expressão “*interna corporis*” (*o que bastaria, por si só, para afastar a pretendida intervenção jurisdicional*, sob pena de flagrante ofensa ao postulado da separação dos poderes [...].”

Não há, portanto, clareza sobre o que seriam atos *interna corporis*. A própria noção de um direito do parlamentar exigível perante as Mesas das Casas traz a mente direitos que só poderiam ser considerados *interna corporis*, pois dizem respeito às prerrogativas parlamentares e ao andamento dos trabalhos. O Supremo Tribunal Federal, portanto, construiu uma tese segundo a qual a condição da ação é muitas vezes o próprio fundamento para a sua denegação – não admira, pois, que a segurança seja quase sempre negada.

4.3.2 *Crítica e valor do argumento interna corporis*

O argumento *interna corporis* é muitas vezes visto de forma hostil, como se servisse para encobrir um jogo de compadres e dentro do congresso imperasse uma esfera imune à justiça, ambiente livre para se cometer todo tipo de violações.

Quanto a esse ponto, é preciso lembrar, com Waldron, que o parlamento é um ambiente plural, máxime no Brasil, em que temos um Senado representando todos os vinte e sete Estados igualmente e uma Câmara dos Deputados com cerca de vinte e oito partidos conjugados em uma dezena de blocos e representações partidárias, além de diversas bancadas e frentes parlamentares. Há, além disso, sujeito das mais variadas categorias profissionais e com as mais variadas formações.

Esse ambiente definitivamente não parece mais sujeito a mais compadrios do que uma Suprema Corte formada por um punhado de bacharéis vitalícios. Não obstante, o nosso sistema constitucional prevê que Mandados de Segurança contra decisões dos Tribunais sejam julgados pelos próprios. De fato, a jurisprudência se firmou no sentido de que é válido no nosso regime constitucional o art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79). E não se conhece caso, ao menos no Supremo Tribunal Federal, em que um membro daquele colegiado tenha entrado com um Mandado de Segurança contra o Presidente.

A alegação de direito subjetivo de um parlamentar a ser exigido face ao Parlamento revela o Poder Legislativo na sua multiplicidade de interesses. Isso é considerado relativamente normal, enquanto certamente se acharia inusitado que o Ministro da Fazenda lançasse mão de um mandado contra o Ministro do Planejamento ou que um Desembargador impugnasse a decisão de seu próprio Tribunal por meio de uma ação judicial.

Segundo entende hoje o Supremo, o parlamentar, e somente ele, pode ter assegurado o direito público subjetivo, que lhe seria inerente “de ver elaborados pelo Legislativo atos estatais compatíveis com o texto constitucional”. Sem entrar no mérito da justificação substantiva do provimento do Mandado, o fato é que é frágil uma fundamentação segundo a qual somente o membro do Legislativo teria direito, perante esse mesmo legislativo, de vê-lo cumprir a constituição. Como vimos, não só é questionável o fato de um parlamentar ostentar direito perante um corpo de que é membro, como ele poderia ser efetivamente um copartícipe da agressão constitucional¹⁴.

Portanto, ao buscar o controle do processo legislativo por meio da descoberta de um direito público subjetivo do parlamentar, o Supremo Tribunal Federal, longe de buscar dar contornos mais democráticos a doutrina *interna corporis* acaba, de certa forma, a se entregar ao que há nele de mais nocivo: o entendimento do processo legislativo como apenas um jogo de interesses, em um ambiente em que o acordo é a lei suprema e, por outro lado, repudia o que há nele de valor, o entendimento do ato legislativo como manifestação de um poder uno.

4.4 Privatização da democracia

Em uma democracia deliberativa normas derivam não da vontade de uma pessoa, mas do processo deliberativo de um corpo juridicamente estatuído e regulado.

Registra já Aristóteles que “dos atos voluntários, praticamos alguns por escolha e outros não; por escolha, os que praticamos após deliberar, e por não escolha os que praticamos sem deliberação prévia”. Sendo o processo legislativo eminentemente deliberativo, não se pode entender como seu resultado qualquer ato livre emanado pelo Parlamento.

¹⁴ Essa foi uma das justificativas esgrimidas pela própria Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal em caso recente, quando prestadas informações em sede de Mandado de Segurança que impugnava eleição do Conselho de Comunicação Social, feita alegadamente sem quórum. A principal deputada autora da ação, Luiza Erundina, encontrava-se presente e deixou de se manifestar contrariamente, votando, portanto de forma favorável, conforme os regimentos e as praxes adotadas nas Casas do Congresso.

Ainda que haja conhecimento do que se faz, pode haver uma paixão que vicie a vontade. E assim como não se poderia considerar legítima a lei proveniente de uma vontade viciada, não se pode considerar legítima a que vem de um processo irregular.

Perceba-se que não se trata apenas de ter uma determinada maioria naquele corpo que valide a decisão tomada como uma decisão de grupo. A legitimidade da decisão está ligada ao próprio processo deliberativo

Como já sinalizado anteriormente, a identificação da regularidade na elaboração legislativa com um direito subjetivo (ainda que público) do indivíduo parlamentar transforma o exercício da função política de representação em um jogo de interesses privados, sobre o qual o Supremo Tribunal emerge como árbitro.

Afirmar que o parlamentar é titular do direito ao devido processo legislativo coloca-o em uma posição que na verdade é do parlamento como um todo, enquanto representante da sociedade. Não obstante, na verdade o seu direito busca a ser assegurado *contra* a decisão do parlamento.

Mas o direito consistente apenas na observância de regras gerais não pode ser de forma alguma um direito individual. E de fato é com base nisso que vários dos ministros costumavam negar o Mandado de Segurança. A doutrina parece ainda não ter atentado para a ironia da situação criada pela errática jurisprudência: permitiu-se que uma ação individual fosse manejada para assegurar a devida tramitação das propostas, mas a ação resta quase sempre indeferida porque não se mostra que haja um direito individual ao devido processo legislativo.

Ainda que se possa argumentar que nessas ações esteja em jogo a situação de constranger o parlamentar a participar de um procedimento viciado, o fato é que as justificativas passam longe dessa questão. Por exemplo, ao colocar em votação as contas presidenciais no sistema bicameral (e não no congressional), o Presidente da Câmara dos Deputados nega que tipo de direito ou submete a que constrangimento a Presidente da Comissão Mista de Orçamento? Ou ainda, em que medida se viola o direito de um parlamentar presente ao se votar determinada matéria sem quórum? Qual é, em cada caso, a prerrogativa que o Presidente violou ou qual o direito que negou?

Considerar que a formação da lei deve seguir regras de um processo democrático e considerar simultaneamente que apenas os parlamentares podem questionar esse processo é escancarar uma concepção tortuosa de representação.

Como vimos, o processo legislativo, diferentemente do processo judicial, não tem por fim formar o direito para o caso concreto, mas sim formar a lei, ou seja, inovar na ordem jurídica estatal por meio de uma norma geral. Os participantes do processo, pois, não são apenas os parlamentares, mas sim toda a sociedade. O devido processo surge assim, pois, como a circunscrição jurídica dentro da qual a sociedade concedeu que fossem transacionados os seus interesses.

Entregar ao próprio parlamentar a supervisão do processo legislativo, alijando o cidadão, significa negar a este último a participação na mesma esfera daquele. E não se diga que neste caso o parlamentar representa o cidadão, pois se tratando do cidadão contra o parlamento, trata-se justamente aqui de assegurar o cidadão contra a representação, que conspirou conta si.

Não à toa, Soares (2009) considera que:

“A Constituição da República de 1988 acolhe definitivamente o princípio da soberania popular e consagra uma concepção de cidadania política ativa, inclusive pela participação direta. Esta mudança para um paradigma democrático, que condiciona necessariamente a análise do exercício do poder político”.

A autora parece ignorar, no entanto, que a análise do exercício do poder político não é feita senão por outro político.

Corre-se também com esse controle preventivo o risco de criar uma interferência externa que configure uma coação sob o parlamento. Sabe-se que muitas vezes a simples apresentação de um destaque é suficiente para que mecanismos de acordo entrem em ação simplesmente para evitar novas votações. Aquilate-se a partir disso a força que não tem uma decisão judicial. Sintomática nesse sentido sessão do Congresso Nacional de dezembro de 2012, após decisão do Ministro Luiz Fux a respeito dos vetos presidenciais¹⁵:

A SRª PRESIDENTE (Rose de Freitas. PMDB – ES): [...] Neste momento, é verdade, V. Exª [Deputado Anthony Garotinho] tem toda razão. **Eu não posso prosseguir com a sessão** porque os vetos têm primazia e pela decisão do Ministro, **ou se acata ou vamos todos presos**. Todos presos. (BRASIL, 2012, p. 2913, grifo nosso).

¹⁵ Vale notar que a Mesa do Congresso interpôs agravo, que foi provido pelo Plenário (BRASIL, 2013a).

5 UMA CRÍTICA REALISTA

“Ninguém ganha em falar uma linguagem confusa, cujo recorte não corresponde bem às estruturas da realidade. [...] Mesmo quando a usam a serviço de causas muito justas ela os serve mal, podendo voltar-se contra elas” (VILLEY. P. 12).

A legitimidade do controle de constitucionalidade está comumente ligada ao discurso a respeito de direitos. Em um regime democrático a maioria encontra-se permanentemente em posição capaz de suprimir as liberdades individuais das minorias. Diante desse risco, o constitucionalismo emergiria como capaz de assegurar, por via do Judiciário, uma força contra majoritária que faça frente a decisões que ameacem os direitos subjetivos. O constitucionalismo caminha, pois, com uma desconfiança do processo político como capaz de assegurar políticas públicas que respeitem os direitos das pessoas (CANOTILHO, 2009, p. 1447).

Esse movimento diferencia-se, no entanto, do jusnaturalismo, que é visto como superado. De fato, não se formula a concepção dos direitos como inscritos em uma ordem natural ou eterna, mas, ainda assim, como resultantes de um compromisso prévio ao qual a sociedade teria se vinculado. A Constituição seria um pré-compromisso, no qual a sociedade, no momento da sua fundação jurídica, teria atado as próprias mãos.

De qualquer forma, como é notório, o recurso à constituição ou aos direitos humanos não é capaz (assim como não o era a doutrina do direito natural) de fazer cessar as divergências a respeito do assunto. Nas palavras de Waldron (1999):

Não há acordo sobre o que significa chamar algo de direito. Direito significa um absoluto moral, uma verdade autoevidente, um universal ou alguma combinação entre essas coisas? Os direitos são pretensões relativas ao agente, pretensões a respeito de benefícios ou interesses, pretensões a respeito de direitos disponíveis ou o quê? Os filósofos discordam sobre essas questões formais e em uma medida tal que seus argumentos esotéricos são ouvidos além dos limites da academia, esses desacordos formais ecoam em vários entendimentos rivais sobre direitos na sociedade como um todo.

Ao entender o processo legislativo como um direito, entra-se em uma desnecessária confusão entre proteger as regras congressuais e garantir o direito parlamentar. Não fica claro se a ação se destina a assegurar os procedimentos ou a resguardar as competências. O processo legislativo é devido ao parlamentar como direito decorrente do seu estatuto jurídico de representante ou é garantia do próprio indivíduo, decorrente do seu estatuto de cidadania?

Como já sinalizado no presente trabalho, o conceito de direito ao devido processo legislativo, tal como forjado nas decisões do Supremo Tribunal Federal não resiste a uma crítica realista. A concepção do processo legislativo como um direito subjetivo serve mal à democracia e ao Direito, não apenas por privatizar uma garantia do Estado de Direito, mas também ao fazer um controle procedimental imergir em considerações abstratas que lhe dificultam a legitimidade.

Não se trata aqui obviamente de verificar se esse direito existe segundo um paradigma realista moderno. Em tal paradigma, o direito pode ser, grosso modo, entendido como aquilo que é decidido pelos tribunais, então não se poderia chegar a outra conclusão senão a de que o direito existe justamente na medida em que vem sendo reconhecido e concedido pelas nossas Cortes. Trata-se, pois, de um conceito que impossibilita a problematização.

A perspectiva utilizada é a do realismo clássico, na qual o direito é uma coisa, o objeto da ação ou da vontade tida por justa. Um determinado poder ou faculdade também é considerado direito porque é algo justo (*res justa*) (HERVADA, 2006, p. 44).

A jurisprudência tem por fim determinar o que cabe as pessoas, por que título e em que medida (HERVADA, 2006, p. 52). Diante disso, indaga-se se faz sentido falar em processo legislativo como direito; e se essa é, de fato, a *coisa* que está sendo disputada, concedida ou negada nas decisões judiciais.

Com esse marco teórico, não há muita dificuldade para se ver desde logo alguns problemas. Ao falar em direito subjetivo ao devido processo legislativo, dir-se-ia que está sendo pedido pelo parlamentar impetrante o processo legislativo como direito seu (*jus suum*), o que claramente se vê que é um absurdo. Não é exato dizer que se tem um procedimento correto como direito seu; o que se pode ter eventualmente é o direito de ser tratado desse ou daquele jeito de acordo com o procedimento (*secundum legem*): a norma é o título do direito. Esse aparente jogo de palavras é importante para entender a inaptidão da ação para o cumprimento das regras relativas ao processo legislativo.

Verificando que não se trata de dar ou negar o processo legislativo, pode-se perguntar qual é, de fato, o direito (*res justa*) que está sendo dado (ou negado) nas decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao “devido processo legislativo”.

Já no *leading case*, malgrado a habilidade intelectual com que o Ministro Moreira Alves esgrimiu a questão, o fato é que está em disputa a legitimidade do parlamento para fazer tramitar uma proposta que viole cláusulas pétreas. É esse o direito (a coisa) que está em disputa. Da

violação desse direito, nasce a obrigação. No caso, a obrigação do Presidente da Casa de impedir ou de indeferir essa proposta.

Soares e Araujo (2009) trazem importante observação sobre referência posterior do Ministro Moreira Alves a respeito deste caso. Muito embora na ocasião o Ministro não tenha tecido maiores considerações sobre a função do parlamentar e sobre o direito específico que estava protegendo (concentrando-se em exaltar a supremacia da Corte e relativizar a questão da separação dos poderes), ele colocou, posteriormente a controvérsia de maneira mais consistente com a proteção de um direito individual. De fato, disse o Ministro Moreira Alves que havia sustentado o seguinte:

que, em se tratando de texto constitucional que impeça ou proíba a discussão ou a deliberação de determinada matéria, haveria *direito subjetivo dos parlamentares de não serem compelidos a votar*, tendo em vista a proibição constitucional (BRASIL, 1996).

Ou seja, o próprio Ministro reelaborou (ou no mínimo aclarou) sua tese no sentido de frisar que se tratava da garantia do parlamentar em não cometer um ato ilícito, qual seja, deliberar sobre matéria que a constituição veda.

Trata-se, do ponto de vista dos fatos, de justificativa interessante. De fato, o regimento da Câmara então vigente (Resolução n 30 de 1972) trazia a seguinte regra: “art. 240, § 2º O Deputado que, tendo comparecido à sessão, deixar de votar, a não ser que se tenha declarado impedido, terá a diária descontada”¹⁶. É questionável, no entanto, se a abstenção não seria proteção suficiente para essa espécie de objeção de consciência parlamentar: “art. 240, § 3º O Deputado poderá escusar-se de tomar parte na votação, declarando simplesmente "abstenção", ao responder à chamada”.

De qualquer forma, resta claro que, fosse essa a questão, a segurança poderia ter sido concedida no sentido de garantir ao parlamentar individual, que se valeu do remédio, o seu direito de não deliberar sem sofrer, por isso, qualquer espécie de sanção política ou administrativa.

Do ponto de vista da construção teórica, a explicação segue uma trilha mais segura e conservadora, mais consentânea com os objetivos e limites do mandado de segurança. Os

¹⁶ Ainda hoje vigora regra semelhante: “Art. 82, § 6º A ausência às votações equipara-se, para todos os efeitos, à ausência às sessões, ressalvada a que se verificar a título de obstrução parlamentar legítima, assim considerada a que for aprovada pelas bancadas ou suas Lideranças e comunicada à Mesa.”

fundamentos da decisão elaborados dessa forma dificilmente permitiriam que esse caso fosse um verdadeiro *leading case*.

Assim como neste primeiro exemplo, a análise dos demais casos é capaz de revelar quais são, de fato, os direitos em jogo. No caso relativo ao requerimento de urgência, por exemplo, trata-se de verificar se o parlamentar tinha o direito de requerer a urgência. No caso relativo ao quórum, tratava-se, em certa medida, de saber se pertencia ao Presidente a prerrogativa de contar, segundo seus critérios, o número de participantes da casa, ou ainda, de saber se determinado quantitativo de parlamentares pode ser considerado como tendo competência para representar o Plenário.

Perceba-se que a resolução dessas questões (direito de representação, direito de petição, dever de impugnar) representam categorias da mais alta importância para o processo legislativo. O Supremo Tribunal Federal, ao ter resolvido as questões – ou ao menos ao ter delineado melhor seus contornos constitucionais para definição do limite da sua atuação –, poderia contribuir imensamente para a processualística legislativa. Perdeu-se, no entanto, em considerações abstratas sobre *interna corporis* (um conceito vazio, tal como manejado pelo Supremo) e sobre um suposto direito à observância das regras do parlamentar que lhe conferiria legitimidade para a causa.

5.1 *Controle preventivo*

É de se questionar, portanto, o que o Judiciário de fato está a fazer quando concede a segurança relativa a um processo legislativo viciado. Pode-se dizer que ocorre um controle de constitucionalidade preventivo formal da norma. Preventivo porque é exercido quando a lei ainda carece de validade¹⁷ e formal porque baseada na verificação das formalidades e procedimentos estabelecidos pela constituição (p. 47).

De fato, no Mandado de Segurança n 32.033 (Relator para acórdão, Ministro Teori Zavaski) o Supremo declarou expressamente que não cabia o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). Ora, em raciocínio *a contrario*, o fato é que se reconhece admissível o controle de

¹⁷ Confira-se a esse respeito Canotilho (2009, p. 961), que fala de controle preventivo quando a lei carece de “eficácia”. Aparentemente, vendo o controle preventivo como apenas suspensivo da eficácia da lei, não interferindo na sua plena validade.

constitucionalidade formal de projetos de lei, ou seja, controle preventivo de normas em curso de formação.

Vale frisar ainda o segundo ponto desse acórdão:

[...] 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. [...]

Pode-se ver que o que ocorre é um controle preventivo e não uma proteção de direitos também pelo fato de se considerar que há perda de objeto quando encerrada a tramitação irregular¹⁸. O que se estaria dizendo, do ponto de vista do impetrante, é apenas que se consumou a violação ao seu direito. Ora, mas se o Supremo se arroga o direito de paralisar ou suspender o processo legislativo (*majus*), porque não poderia nesses casos, avaliar a violação e, se fosse o caso, concluir inclusive pela inconstitucionalidade da norma, com a eventual retomada do processo (*minus*).

Nesse sentido se pronunciou o Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança n 24.642, ocasião em que o Pleno do Tribunal (contra os votos apenas do Ministro Celso de Mello e Nelson Jobim) deixou de decidir pela prejudicialidade e conheceu da ação, muito embora a tramitação estivesse encerrada e o próprio autor não fosse mais parlamentar:

Fico com a impressão de que esta tese [de considerar prejudicado o Mandado de Segurança ao final da tramitação], se aceita na integralidade, colocará em risco a jurisprudência substancial da Corte em relação ao mandado de segurança, porque a ele, impetrado ainda no curso do processo legislativo, foi negada liminar. Até porque ela tem uma repercussão, que é a da paralisação do processo legislativo. E sabemos aquilatar o que isto significa. Mas, se agora prejudicado porque foi aprovado o ato normativo, então, a rigor, estamos fazendo um pouco uma construção no vazio. (BRASIL, 2004)

O que ocorre na verdade, de um ponto de vista realista, é que o direito que se reserva nessa ação não é outro senão apenas o do próprio Supremo Tribunal de controlar o processo legislativo.

Fica cada vez mais claro que sob o manto da ideia de proteção de direitos está se criando a possibilidade de um controle de constitucionalidade preventivo levado a cabo por uma supervisão judicial do processo legislativo.

¹⁸ Apenas para ilustrar, com mandados de segurança muito recentes que foram considerados como tendo perdido o objeto com essa justificativa: MS 33.345 e MS 31.652.

Quando as ações versam sobre vício no processo de elaboração das espécies normativas de fato, o direito individual alegado é mera roupagem retórica e processual que, embora sirva para viabilizar o instrumento, acaba por encobrir a questão de fundo: a conformidade do processo com as regras constitucionais.

Pode-se entender que uma lei seja nula por ser viciado o processo de formação da sua vontade. O que não se pode entender é que se ataque um ato do parlamento enquanto ele não produziu efeitos externos. Pretender controlar o processo legislativo é se imiscuir na política.

É evidente que se há um direito individual ao devido processo legislativo, esse direito tanto pode ser de estatura constitucional quanto regimental. Uma vez autorizada a intervenção do Supremo Tribunal para proteção de direitos (e não das regras constitucionais) é difícil justificar a sua limitação apenas ao caso de direitos constitucionais.

De fato, não só parece ter sido essa a percepção do Ministro Celso de Mello e Marco Aurélio Mello como era, muitas vezes, a manifestação dos Ministros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence. Senão, note-se, da lavra deste último:

“não me sinto, neste momento, autorizado à afirmação apodítica de que da violação da norma regimental não possa surgir jamais uma questão susceptível de solução jurisdicional. O que me parece essencial é saber, seja qual for a norma jurídica invocada, se há, em tese, direito subjetivo a proteger. Se existe, pode a norma de referência ser regimental”. (BRASIL, 1993)

“tenho manifestado certa restrição ao chamado critério dos atos interna corporis como excludentes da jurisdição dos tribunais no sistema brasileiro. O que me parece fundamental é indagar se, com base, pouco importa, em norma constitucional, em norma legal ou em norma regimental, há, em tese, lesão ou ameaça a um direito subjetivo do autor, impetrante, se se cuida de mandado de segurança; e se existir esse direito, pouco se me dá que ele se funde em norma regimental: provocado, o Tribunal terá de decidir a respeito”. (BRASIL, 2003a)

Ademais, um direito de caráter regimental pode quase sempre ser interpretado como derivado de um direito constitucional, ainda mais porque, sendo do parlamentar, estará certamente ligado, ainda que indiretamente, às suas prerrogativas e ao caráter da sua representação.

A confusão relativa à questão da proteção do “direito subjetivo ao devido processo legislativo” cria uma expectativa e vai configurando esse instrumento como sendo um tipo especial de Ação Direta de Inconstitucionalidade – preventiva, formal e de legitimação anômala.

Muito embora Ministro Celso de Mello, ao negar legitimidade ativa do cidadão para esse tipo de ação, repudiasse-a por poder levar a “indevida transformação, em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato – inexistente no sistema constitucional brasileiro” (BRASIL, 1999), o fato é que se trata de evidente e confessado controle de constitucionalidade das proposições legislativas; e o controle daquilo que é uma mera proposta de lei não é senão um controle preventivo. Ademais, ainda que o controle seja incidental, é certamente abstrato, como é todo controle formal, porque consiste na avaliação de uma constitucionalidade que afeta a própria norma em sua forma, independente de considerações relativas ao caso concreto.

5.2 *Contencioso constitucional*

Como já se havia mencionado brevemente, o mandado de segurança para o controle de processo legislativo uma vocação diferente daquela que se costuma alegar. Ocorrem por meio dele verdadeiros contenciosos constitucionais. Esse papel aflora em tempos de crise política ou institucional.

Apenas como exemplo, tivemos também durante a escrita desse trabalho, nesse ano de instabilidade política, Mandados de Segurança visando a impedir a votação das Contas da Presidente da República em Casas separadas, e sustar procedimentos para admissibilidade de pedido de *impeachment* definidos em questão de ordem pelo Presidente da Câmara.

Nesses casos, o processo legislativo figura apenas como o conjunto de circunstâncias normativas em que se situam as prerrogativas disputadas. Daí porque “havendo direito”, há na verdade um contencioso entre agentes políticos a respeito de poderes e competências e, “não havendo direito” trata-se apenas de verificar o cumprimento das normas do processo legislativo.

Há paralelo na doutrina constitucional alemã, da qual é tributário o professor Gilmar Mendes, no chamado *Organstreitverfahren*. Sobre essa ação escrevem Beda e Klein (apud MARTINS, 2007, p. 43):

não se trata de uma lide comum, firmada sobre direitos subjetivos. De fato, direitos subjetivos são caracterizados por sua disponibilidade e dispensabilidade. Os direitos e obrigações de que trata o art. 93, I, n 1 GG, são por sua vez, na realidade, competências estatais das quais seus titulares não dispõem, como um titular de um direito civil. Trata-se de uma construção técnico-processual subjetiva (objeto processual definido subjetivamente) para o atendimento de um propósito processual objetivo.

E não há porque não lembrar o parecer do então Procurador-Geral da República, no Mandado de Segurança 20.257, alertando a diferença entre poderes e prerrogativas constitucionais e direitos subjetivos:

Demais disso, o Senador, nas relações suas com o Senado, não age em nome no interesse próprios. Os poderes, que exerce, não são dele, individualmente. São do Estado, de quem, em última análise, é órgão representativo. Poderes; não, direito subjectivo. Dentro nessa relação congressual, o Senador não é titular de direito individual, existente no seu próprio interesse. (BRASIL, 1980)

É preciso, pois, estar atento para essas situações em que um órgão e outro litiguem. Perceba-se que o Mandado de Segurança da Senadora Rose de Freitas contra o Presidente da Câmara dos Deputados poderia ser um Mandado de Segurança da Câmara dos Deputados contra o Senado Federal. Ou, pior ainda, poderia haver um mandado de segurança do Presidente da Casa contra o Plenário¹⁹. Como visto, o nosso mandado de segurança se aproximaria daquilo que na doutrina constitucional alemã se chama de *Organstreit*, ou seja, a disputa entre órgãos constitucionais.

Assim foi, por exemplo, no caso Edison Lobão. Licenciado o Presidente do Senado Federal, Jader Barbalho, foi convocada sessão conjunta pelo Senador Edison Lobão, que o sucedia na Mesa daquela Casa. Foi então impetrado Mandado de Segurança nº 24.041 por parlamentar deputado sob a alegação de que a competência para convocação não cabia senão ao 1º Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Efraim Morais, visto ser ele o 1º Vice-Presidente da Mesa do Congresso Nacional (BRASIL, 2001).

Portanto, seria necessário um melhor desenho do processo, a começar pela identificação correta das partes e suas representações. Tanto que, embora concedida a segurança no caso citado, as objeções (dos Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão) não recaíram sobre o mérito da decisão, mas sim sobre a legitimidade da parte autora para contestar prerrogativa que não alegava como sua.

¹⁹ Note-se, por exemplo, que o Presidente da Câmara dos Deputados já foi vencido em Plenário quando retirou jabutis de Medidas Provisórias, o que foi considerado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal como imposição constitucional: <http://goo.gl/6cgwwq>

5.3 *O desacordo irrazoável*

Assegurar as condições nas quais são formadas a lei parece ser uma ideia que está de acordo com as atuais concepções democráticas, particularmente aquelas que enxergam a democracia como um local no qual se devem assegurar as regras do debate público de maneira a gerar consensos válidos.

A abertura da possibilidade de recurso a uma instância externa de controle pode criar consequências perniciosas. Não se pode ignorar que o Supremo Tribunal Federal é, ele próprio, um agente político. A ameaça de sua intervenção durante o processo é, portanto, capaz de interferir no discurso, mudar as condições de consenso, e desequilibrar as forças no parlamento tal como originariamente desenhadas nas eleições.

Além do mais, os desacordos políticos podem muito bem ser expressos (ou mesmo disfarçados) como desacordos jurídicos. E essa mudança de categoria tende a aumentar a intolerância e incentivar a conflagração entre as partes: visto que se passa a operar não mais com a lógica do acordo e do desacordo, mas sim com justiça ou licitude.

Perder uma votação na Câmara ou no Senado é um fato geralmente aceito como indicativo de que sua posição simplesmente não é a predominante nas circunstâncias e no cenário colocados. Perder uma ação judicial, no entanto, é interpretado como um indicativo de que não se tem razão, que se está errado.

Sabe-se que as matérias menos polêmicas são as mais sujeitas a vícios de procedimento, que geralmente são possibilitados justamente pelos acordos²⁰. Isso levou inclusive o Senado Federal a regulamentar o acordo antirregimental. Leia-se²¹:

Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos:

III - impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o quórum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa;

²⁰ Apenas para ilustrar, quanto a relativa necessidade do acordo para quebra de regra regimental também na Câmara, veja-se o caso em que o então Presidente da Câmara, Henrique Eduardo Alves, deixou de colocar em votação proposta de emenda constitucional do “orçamento impositivo” por conta da oposição singular do deputado Ronaldo Caiado, que não admitiu o acordo para quebra de interstício: <http://oglobo.globo.com/brasil/henrique-alves-deixara-camara-sem-finalizar-votacao-da-pec-do-orcamento-impositivo-14852503>

²¹ Como não se poderia deixar de esperar, a regra que regula a desobediência às regras é comumente desobedecida, visto que se verifica apenas o acordo entre as lideranças partidárias.

Para Barbosa (2010), a complexidade do processo legislativo não permite que se definam *a priori* os limites do controle da sua regularidade. Sem dúvida, a questão pertinente seria sopesar em que medida o vício, ainda que procedimental, foi capaz de provocar um vício na formação da vontade legislativa. Como exemplo, tome-se o caso em que uma reunião é votada uma matéria sem que haja avulsos disponíveis com antecedência. Trata-se de um vício regimental, mas muito mais capaz de alterar o eventual resultado do processo que um vício constitucional referente, por exemplo, a qual Casa fica responsável pelo envio do projeto ao Presidente da República para sanção.

Portanto, os vícios são importantes não conforme a categoria da norma que violam, mas sim conforme o impacto que são capazes de causar na formação da vontade legislativa. Isso porque resta evidente que, sendo o processo destinado a um fim, um vício só tem importância na medida em que é capaz de alterá-lo. Essa reflexão mostra também o pouco valor do controle preventivo, bem como a insuficiência do mandado de segurança, que demanda liquidez e certeza para sua admissibilidade.

Perceba-se que mandado de segurança contra um ato ou decisão do Parlamento representa, *ultima ratio*, o uso da força para garantir ao parlamentar aquilo a que supostamente ele tem direito. O que se pode fazer a respeito do uso da força, é garantir que ela seja usada para sustentar uma visão que possa ser identificada como a da comunidade pelas pessoas em geral, malgrado as opiniões sobre o assunto. (WALDRON, 2013, p. 46)

É de se supor que divergências em geral possam ser traduzidas em termos jurídicos. Uma vez aberta via para questionar os procedimentos legislativos no Supremo Tribunal Federal, é claro que os congressistas em situação desfavorável buscarão esse meio para questionar as decisões que foram tomadas pela maioria. Assim, com esse modelo, longe de servir de freio ao Poder Legislativo, o Judiciário pode ou ser levado a reboque pelo dissenso ou o explorar para garantir o seu próprio poder.

Veja-se que apenas o projeto de lei nº 36 de 2014, referente à alteração da meta fiscal teve pelo menos quatro mandados de segurança visando a obstar sua tramitação²². Isso não porque sua tramitação tenha sido mais irregular do que as outras, mas apenas porque mais

²² Cf. MS 33.345, 33.351 a 33.353. Muito embora com diferentes fundamentações e se dirigindo a diferentes matérias, o fato é que os mandados de segurança visavam obstar, reflexa ou diretamente, a apreciação do PLN 36 de 2014.

polêmica a matéria. Como se sabe, a maior parte das irregularidades não vai ocorrer nas matérias mais sensíveis e polêmicas, mas sim nas matérias mais simples ou mais consensuais.

O papel do Supremo Tribunal Federal, nesse aspecto, seria mais relevante justamente nas matérias em que ele não é chamado; trata-se, portanto, de um controle que é tanto mais provável quanto menos necessário, tanto mais presente quanto mais danoso. Se o Tribunal Constitucional deve fazer o controle judicial da atividade política deve fazê-lo, preferencialmente, de forma não política, acionado por não políticos. É, no mais das vezes, o acordo político que faz imperar uma situação em que as regras parecem desnecessárias.

Problema central sobre o desacordo quanto aos procedimentos é que como eles em geral são formulados por meio de regras claras o desacordo quanto a eles é considerado pouco razoável. É esperado que pessoas tenham de boa-fé algumas discordâncias sobre a redução da maioria penal, mas não sobre se uma matéria já foi votada ou não. Portanto, uma judicialização da política por essa via implica também uma diminuição da tolerância. De fato, passa-se de um sistema baseado no acordo, consenso e discussão para outro baseado no certo ou errado, na disputa.

Pereira (2012, p. 153) justifica a jurisdição constitucional sobre o processo legislativo face ao princípio da separação dos poderes:

[...] efetivamente, a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade de uma lei, em sede de controle abstrato, produz efeitos semelhantes tanto em sua manifestação repressiva quanto preventiva, de tal sorte que em ambas há a anulação ou a expurgação da lei (ou da proposição legislativa) inconstitucional do ordenamento jurídico.

Ademais, por tudo, o argumento do direito subjetivo é absolutamente insuficiente para explicar porque a violação se restringiria a hipóteses de violação constitucional. Como se procedimentos baseados na constituição não pudessem ser “tão *interna corporis*” quanto os regimentais, ou como se estes não pudessem ser de tanto interesse público quanto àqueles.

O que faz o Supremo Tribunal Federal se imiscuir, como de fato faz, em árbitro dos procedimentos do Legislativo não é a categoria da norma pela qual se julga, mas sim o fato de reduzir o Parlamento, como reduz, a interesses conflitantes suscetíveis de serem discutidos em juízo. Trata-se não mais de uma mera judicialização da política, como tantas vezes denunciado, mas de uma judicialização do próprio parlamento. Se antes a grande questão relativa à jurisdição constitucional era trazer a Suprema Corte questões da esfera da política, agora o problema é que se leva ao Judiciário a própria esfera política naquilo que ela tem de mais representativo, a atividade parlamentar.

O caso relativo ao “rito do impeachment” é capaz de mostrar alguns equívocos na processualística referente à questão. Veja-se que nos Mandados de Segurança, de nº 33837 (Ministro Teori Zavascki) e 33.838 (Ministra Rosa Weber), apesar de todas as apelações retóricas de “tema de inegável relevância e envergadura constitucional” (Weber) e “dano grave à ordem institucional” (Zavascki), podia-se definir, no processo legislativo, pelo menos dois direitos em jogo: em primeiro lugar, o direito do Presidente da Câmara dos Deputados regular procedimentos falhos ou omissos por meio de questão de ordem; em segundo lugar, a possibilidade de recurso suspensivo à decisão a Presidência da Câmara sobre a Questão de Ordem nº 105 de 2015. O Ministro Zavascki ainda apontou o artigo 85 da Constituição como para argumentar que a questão de ordem violava reserva de lei, não chegando, porém, a afirmá-lo. A Ministra Weber sequer chegou a tal ponto. (BRASIL, 2015)

Os mandados de segurança foram distribuídos tanto para a Ministra Rosa Weber como para o Ministro Teori Zavascki. De fato, em geral, o fato de haver uma mesma unidade coatora e um mesmo ato coator não faz com que as decisões tenham que ser necessariamente as mesmas, conquanto a esfera jurídica (*jus*) afetada seria relativa ao indivíduo (no caso, o parlamentar). Assim é que, por exemplo, no caso de servidores que deixaram de receber um determinado valor por ato de diretor geral da autarquia. Há violação a direitos uniformes, mas vários; decisões em sentido contrário seriam, apesar de indesejáveis, possíveis.

A maneira como foi abordado *o rito do impeachment*, no entanto, impossibilita a tomada de uma decisão desse tipo. Isso porque, como pretendemos ter demonstrado com esse trabalho, não é o direito subjetivo que está em jogo, pois se fosse esse o caso a solução seria outra. Poder-se-ia, por exemplo, determinar o recebimento do recurso. Da forma como feito, no entanto, o Judiciário apenas tem uma faculdade geral de parar as coisas.

Acrescenta-se a politização da justiça, na medida em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são chamados à própria esfera parlamentar, no momento mesmo da sua realização. Isso acaba também por elevar à última potência a capacidade de interferência política nas mãos do relator, que é capaz de mandar parar o Congresso em uma decisão monocrática. Isso em um processo onde o tempo é fundamental acaba por inserir no processo uma participação indevida de um agente poderosíssimo.

Ademais, a partir do ponto em que se tem um controle feito durante um processo em tramitação nas Casas Legislativas se tem um controle eminentemente político para julgar

questões teoricamente procedimentais. A oportunidade de disfarçar aí motivações inconfessáveis é exponencial.

De fato, se não pode dizer que neles o Judiciário comande positivamente, inegável é reconhecer que ele aí desempenhe um poder negativo, uma espécie de veto absoluto. Fazendo um paralelo com a distinção de Montesquieu entre a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* no processo legislativo, o Judiciário tem, hoje, nitidamente, uma faculdade de impedir. Tal faculdade é intrinsecamente política (FERREIRA FILHO, 1994, p. 15).

A construção do conceito de direito subjetivo ao processo legislativo fortaleceu sobremaneira ao Supremo Tribunal Federal essa faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*). Esse poder consiste normalmente em poder rejeitar algo estabelecido por outro órgão; assim, por exemplo, no nosso sistema bicameral a Câmara e o Senado tem poder de veto um sobre o outro. O poder conferido aqui ao Supremo, porém é de outra ordem, pois consiste de fato em suspender a qualquer momento a ação legislativa em curso. Nem sequer é necessário que cesse a competência do legislativo: ele a interrompe. De fato, assoma a imagem não de um processo judicial que vai ao juiz, mas do juiz que é chamado ao processo legislativo.

6 CONCLUSÃO

Na modernidade, o Estado baseia-se não só em um governo submetido às leis. Entendendo-se assim, e a lei sendo formada pelo soberano, cair-se-ia na armadilha hobbesiana em que o governante, ao fazer a lei, não pode simultaneamente estar submetido a ela. Para a efetiva garantia do cidadão é preciso que as leis sejam formadas dentro de um processo também ele jurídico.

Isso implica que tão ou mais importante que o conteúdo substantivo dos atos normativos é que, em sua forma, ele surja de um processo legitimado pela possibilidade efetiva de participação da sociedade.

Nesse sentido, o devido processo legislativo surge como uma garantia do cidadão, para que não tenha sua liberdade regulada senão por meio dos processos considerados legítimos. Como aponta Carvalho Netto (1992, p. 294):

A norma constitucional passa a consagrar, vinculativamente, a um só tempo, a ordem objetivada e o programa de ações para a sua atualização. [...] E é ao conformar a ordem existente à sua necessidade de alteração sem casuísmos que a Constituição revela-se também prospectiva, vinculando Estado e sociedade ao processo explícito de sua transformação.

O fortalecimento da atividade da jurisdição constitucional com o processo legislativo é coerente com o atual momento de fortalecimento do Poder Judiciário e de carência de legitimidade do Legislativo. No entanto, como pretendemos ter demonstrado com esse trabalho, essa concepção, que criou o chamado “direito subjetivo (parlamentar) ao devido processo legislativo”, traz pelo menos quatro grandes problemas.

Em primeiro lugar, inexistente direito do parlamentar a ver o Congresso respeitando uma regra. Não sendo a regra dirigida diretamente a ele, no sentido de conceder-lhe algo, o direito não passa de um interesse vago e geral, que todos têm de que as regras sejam respeitadas e que as leis sejam formadas da maneira correta. Havendo interesse do parlamentar passível de ser protegido, está-se diante um contencioso constitucional. Havendo, de outra forma, apenas um vício na formação da lei está-se diante de uma inconstitucionalidade formal imediata (no caso de regra constitucional) ou mediata (no caso de regra regimental).

Ademais, tratar o interesse geral na devida formação da lei como direito do parlamentar é privatizar uma garantia do cidadão, relacionada ao Estado de Direito. O processo legislativo é devido pelos parlamentares e não a eles: eles são os sujeitos passivos da obrigação. Relegar a

legitimidade da ação a eles é deixar o cidadão desprotegido justamente nos casos em que a violação é mais comum e provável.

Em terceiro lugar, mas ainda na mesma linha, trata-se de raciocínio incompatível com a visão do Legislativo como poder. Embora seja valiosa a percepção de que a lei é formada por uma assembleia com interesses distintos, o fato é que a manifestação do parlamento deve ser entendida pelos agentes externos como sendo proveniente daquele poder. Judicializar o processo de formação de vontade consistente na elaboração da lei é contribuir para diminuir a legitimidade daqueles comandos. Isso não retira a possibilidade de declarar nula a norma produzida com vício, apenas impede que uma disputa política seja travada simultaneamente no judiciário.

Finalmente, e como consequência, vê-se que tal raciocínio é perigoso para a democracia, ao utilizar-se da multiplicidade de interesses do Poder Legislativo, que é inclusive fator de sua legitimidade, para solapá-lo, trazendo desacordos políticos para o campo jurídico.

O Supremo Tribunal Federal deve decidir se está protegendo a constituição, na formalidade das suas regras, ou o parlamentar individualmente, na materialidade do seu direito. Se se decide por proteger faculdades dos agentes políticos (como parece ser o caso), o melhor caminho seria o de um contencioso constitucional (disputa entre órgãos). Por outro lado, se se trata de fato de proteger o devido processo legislativo como garantia do cidadão, o controle de constitucionalidade tem meios suficientes para tanto sem que seja necessário intervir no momento político.

Controle do processo legislativo não significa necessariamente controle preventivo. Pugnar pelo devido processo legislativo não significa, pois, pugnar pelo controle desse processo no momento do desenrolar dos seus atos, mesmo porque tal controle introduz no processo um elemento que é, ele mesmo, indevido.

7 REFERÊNCIAS

7.1 Livros e artigos

ABBAGNANO, N.; FONTES, M.; BOSI, A. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. v. único

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. DO. Medida Provisória na Constituição de 1988. In: **Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105–229.

BARBOSA, L. A. DE A. **Democracia e controle judicial do processo legislativo: processo legislativo e democracia: parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. Processo legislativo. In: **Dicionário de política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CARNELUTTI, F. **A morte do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

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

COSTA, A. A. Devido processo v. princípio da razoabilidade. In: **O Princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o século XX**. Disponível em <http://goo.gl/5w8j9K>: Acesso em 10 out 2015, [s.d.].

FERREIRA FILHO, M. G. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, p. 1–17, 1994.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FONSECA, T. M. **Os atos interna corporis e as minorias parlamentares**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

GOLDFELD, V. Legislative due process and simple interest group politics: Ensuring minimal deliberation through judicial review of congressional processes. **New York University Law Review**, v. 79, n. 1, p. 367–420, 2004.

GOLDSWORTHY, J. Structural judicial review and the objection from democracy. **University of Toronto Law Journal**, v. 60, p. 137–154, 2010.

HERVADA, J. **O que é direito? A moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Lisboa: Europa-

América, 2003.

HOBBS, T. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LINDE, H. A. Due Process of Lawmaking. **Nebraska Law Review**, v. 55, n. 2, p. 197, 1976.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. [s.l.] Clube do Livro Liberal, 2006.

LOPES, J. R. DE L. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LYNCH, C. E. C. O discurso político monarquiano e arecepção do conceito de Poder Moderador no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, v. 48, n. 3, p. 611–654, 2005.

MACEDO, C. B. **A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no estado democrático de direito**. [s.l.] Universidade de Brasília, 2007.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Brasília: Saraiva, 2008.

MONTORO, A. F. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, B. C. P. A. **Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretção e remodelagem do sistema no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PLATÃO. **Las leyes**. Madrid: Gredos, 1992.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969.

SILVA, J. A. DA. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, J. A. DA. **Processo Constitucional de Formação das Leis**, 2008.

SOARES, L. L.; ARAUJO, M. M. **O Supremo Tribunal Federal e a legitimidade constitucional do Poder Legislativo no Estado Democrático de Direito** (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito, Centro Universitário de Maringá, Eds.)XVIII Encontro Nacional do Conpedi. **Anais...**Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009

STONE, A. Judicial review without rights: some problems for the democratic legitimacy of structural judicial review. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 1, p. 1–32, 2008.

STONE, A. Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law. **University of Toronto Law Journal**, v. 60, n. 1, p. 109–135, jan. 2010.

VELLOSO, C. M. DA S. O controle do devido processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, J. A. L. (Ed.). **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 269–279.

VIEIRA JÚNIOR, R. J. A. **O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional da atividade do Poder Legislativo**. Brasília: Senado Federal, 2007.

VILLEY, M. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

7.2 *Atas do Congresso e Decisões Judiciais*

BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 28ª Sessão Conjunta em 19 e 20 de dezembro de 2012. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Senado Federal. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=14109>>. Acesso em 12 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029. Impetrante: Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 8 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 21.303. Agravante: Newton de Almeida Rodrigues. Agravados: Mesa da Câmara dos Deputados e Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 19 de janeiro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 21.754. Agravante: Presidente do Congresso Nacional. Agravado: Luiz Alfredo Salomão e outros. Relator para córdão: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 07 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>> Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 31.816. Agravante: Mesa do Congresso Nacional. Agravado: Alessandro Lucciola Molon. Relator para acórdão: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Mandado de Segurança nº 20.499. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 19 de janeiro de 1987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Mandado de Segurança nº 21.374. Impetrante: José Severino da Silva Felinto. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 13 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Mandado de Segurança nº 22.503. Impetrante: Sandra Meira Starling e outros. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 8 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 14 out. 2015.

____ Mandado de Segurança nº 22.864. Impetrante: José Eduardo de Barros Dutra e outros. Impetrados: Mesa Diretora do Senado Federal e Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sidney Sanches. Brasília, DF, 04 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Mandado de Segurança nº 24.041. Impetrante: Almir Moraes de Sá. Impetrado: Primeiro Vice Presidente, no exercício da presidência, do Senado Federal. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 29 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 20 out. 2015.

____ Mandado de Segurança nº 24.356. Impetrante: Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo e outros. Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados e Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sidney Sanches. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Mandado de Segurança nº 24.642. Impetrante: Onyx Lorenzoni. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24.645. Impetrante: José Eduardo de Barros Dutra e outros. Impetrados: Mesa Diretora do Senado Federal e Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 08 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.353. Impetrante: Antônio José Imbassahy da Silva e outros. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.356. Impetrante: Antônio José Imbassahy da Silva e outros. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.729. Impetrante: Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Impetrado: Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 16 out. 2015.

____ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.837. Impetrante: Wadih Nemer Damous Filho. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 12 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 14 out. 2015.

____ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.838. Impetrante: Rubens Pereira e Silva Junior. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 14 out. 2015.