

Coordenação:

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

ANDRÉ TITO DA MOTTA OLIVEIRA

RAFAEL HAMZE ISSA

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

**DIREITO, INSTITUIÇÕES E
POLÍTICAS PÚBLICAS**

O PAPEL DO JUSIDEALISTA NA FORMAÇÃO DO ESTADO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2017
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho¹

1. INTRODUÇÃO²

O presente ensaio tem por objetivo discorrer sobre o alcance da fórmula do *devido processo legislativo*, que, ao lado do *controle repressivo de constitucionalidade* de leis, corresponde a uma importante garantia conferida à cidadania (e aos próprios parlamentares) quanto ao adequado exercício do poder de legislar.

O mote do nosso estudo foi a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux em 14/12/2016 determinando o retorno à Câmara dos Deputados do Projeto de Lei n. 4.850/2016, conhecido como “10 Medidas Anticorrupção”, cuja ementa é a seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE DE PARLAMENTAR À OBSERVANCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. ADMITIDO. ANTEPROJETO DE LEI DE INICIATIVA POPULAR AUTUADO COMO PROJETO DE LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. DESVIRTUACÃO DA ESSENCIA DO PROJETO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 14, III, E 61, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA (STF – Min. Rel. Luiz Fux – Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.530 – liminar deferida em 14/12/16³).

No que se refere aos fatos que ensejaram a impetração do Mandado de Segurança sob exame por deputado contra ato da Mesa Diretora da Câmara, descreve o Ministro relator que, quando da votação do PL n. 4.850/2016, foram violadas regras regimentais e incluída uma emenda que não teria qualquer relação com o texto até então submetido à deliberação dos parlamentares.

Quanto à inserção de matéria estranha ao projeto a ser apreciado pela Casa Legislativa, destaca o Min. Luiz Fux:

Narra a inicial que a referida emenda de plenário acrescentou ao substitutivo do Projeto de Lei no 4.850/2016 título que dispõe sobre crimes de abuso de autoridade de Magistrados e membros do Ministério Público, além de dispor sobre a responsabilidade de quem ajuíza ação civil

1 Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Juiz de Direito em São Paulo.

2 Agradeço a Fabio Santos, Vitor Monteiro, Caio Maia e Maria Isabela Meloncini pela disposição em ler e comentar este trabalho, esforço que contribuiu de sobremaneira para seu aperfeiçoamento. Também agradeço a Raimundo Batista, Secretário Parlamentar Adjunto da Câmara Municipal de São Paulo, pela receptividade e oportunidade de diálogo sobre pontos do presente estudo, teste que entendo fundamental para que este possa alcançar o seu fim, a saber, inspirar o aprimoramento do processo legislativo em nosso país.

3 A decisão pode ser acessada em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34530.pdf> [acesso em 23/06/17, às 23:00].

pública e de improbidade temerárias, com má-fé, manifesta intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política. Informa o impetrante que a emenda foi votada em separado no Plenário da Câmara, aprovada e encaminhada ao Senado Federal por meio do Ofício no 1.769/2016/SGM-P, de 30 de novembro de 2016 (g.n.).

Ou seja, além da questão do vício da iniciativa suscitada pelo impetrante (que alegava que a disciplina de crimes de abuso de autoridade, no que se refere a membros da Magistratura e do Ministério Público, deveria ser objeto dos estatutos que regem tais carreiras – arts. 93 e 128, § 5º da Constituição da República – CR), a demanda em tela ainda traz a discussão sobre a extensão da normatividade das regras regimentais e sobre a amplitude da prerrogativa de parlamentares emendarem os projetos sujeitos a seu escrutínio, em especial quando estes têm sua origem reservada a determinado órgão ou então à própria população.

Ao pontuar que o **controle preventivo** da observância do “devido processo constitucional legislativo” já encontrava precedente na jurisprudência da nossa Corte constitucional, ao menos como freio inibitório à **violação das formas** previstas para aprovação de leis pelas Assembleias⁴, o ministro vislumbrou fumaça do bom direito⁵ e o perigo da demora necessários para deferir a liminar pretendida pelo congressista.

4 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 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. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido” (STF – Tribunal Pleno – Min. rel. Gilmar Mendes/ Min. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, – MS n. 32.033/DF, julgado em 20/06/2013)(g.n.)[<http://www.stf.jus.br/>, acesso em 24/06/17, às 16:00].

5 O acórdão citado na decisão do Min. Luiz Fux quanto aos limites para a emenda parlamentar é o seguinte: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em

Logo, apesar de ao escrevermos este texto ainda não haver julgamento definitivo do Mandado de Segurança n. 34.530, salta aos olhos a relevância da matéria suscitada pelo Min. Luiz Fux sob a rubrica de *devido processo legislativo*, fórmula que passa a despontar como importante parâmetro de controle a ser exercido pelo Poder Judiciário tendo por objeto a principal atividade fim do Parlamento, a saber: a produção de leis.

Para que nossa investigação tenha êxito em descortinar alguns dos contornos deste conceito jurídico indeterminado, iniciaremos nossa reflexão fazendo apontamentos sobre a ideia de processualidade ampla, entendida como o estudo do processo enquanto instrumento e limite aplicável a toda função estatal. Em seguida, enfrentaremos como tal postulado se aplica ao processo legislativo, destacando alguns dos vetores que nos parecem fundamentais na estruturação de um desenho institucional que favoreça a elaboração de melhores leis por parte de nossos representantes.

2. DA PROCESSUALIDADE DA AÇÃO ESTATAL

Todo poder estatal, para ser exercido, precisa de forma. Considerando que o agir em nome do Estado significa gerir recursos materiais e humanos que são de terceiros (de cada um e de todos os membros da coletividade), o estabelecimento do modo pelo qual o agente público se desincumbirá de seu mister é tanto uma garantia para o cidadão de que seus direitos serão preservados, como um instrumento para a atuação eficiente do órgão público.

O processo⁶, como iter a ser percorrido pelo gestor para a realização de ato de sua competência, emerge, assim, como instituto fundamental para a qualidade da Democracia, como corolário da ideia de Estado de Direito, organização política caracterizada pela domesticação da força pelo ordenamento jurídico e centrada na preservação e promoção da dignidade do ser humano como sua razão de ser⁷.

Seja no que diz respeito à produção de atos gerais e abstratos, seja no que concerne à emissão de atos individuais e concretos, toda a atividade do Poder Público deve observar o caminho predeterminado pelas regras procedimentais pertinentes, as quais, nunca é demais lembrar, não são fins em si mesmas, mas meios tendentes a assegurar os bons resultados na realidade que são (ou ao menos deveriam ser) o norte de toda função governamental.

atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos" (STF - Tribunal Pleno - Min. Rel. Rosa Weber - Min. Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin - ADI n. 5.127 - data do julgamento 15/10/2015).

6 Ou o "procedimento", os termos serão utilizados neste ensaio como sinônimos. Ao discorrer sobre as resistências ao emprego da expressão "processo administrativo" para designar o iter a ser percorrido pela autoridade do Poder Executivo como pressuposto para a tomada de decisão, pontua Odete MEDAUAR: "A resistência ao uso do vocábulo 'processo' no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere determinado processo" (MEDAUAR, 2008, p. 44). A referência do "procedimento" como uma figura típica da Teoria Geral do Direito e que, dessa forma, teria aplicação à função legislativa, também pode ser vista em Renzo DICKMANN (2006, p. 12).

7 Sobre o tema, ver Cármen Lúcia Antunes ROCHA (1997, p. 190 e ss.).

2.1. DA FÓRMULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO GARANTIA CONTRA O ARBÍTRIO

Prevê nossa Constituição, em seu inciso LIV do art. 5º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tal fórmula, cuja inspiração remota estaria na Carta Magna inglesa de 1215 (MENDES, 2013, p. 429; SILVA, 2009, p. 154⁸), positiva em nosso ordenamento o que seria um princípio inerente a qualquer ordem jurídica que se pretenda fundada na razão e no respeito à dignidade do ser humano.

Ao condicionar a restrição à liberdade ou à propriedade pessoal à observância de um devido processo, a Carta Política reconhece um expresso limite ao exercício de todos os poderes constituídos, sejam eles desempenhados pelos órgãos executivos, legiferantes ou judicantes.

A atuação estatal, seja por meio de atos individuais e concretos, seja por meio de atos gerais e abstratos, quando tendente a comprimir as esferas de autonomia e/ou patrimonial dos cidadãos, deve obedecer à forma prevista para tanto nas regras que disciplinam o cumprimento das suas competências.

Tal forma/procedimento, além de um aspecto objetivo de respeito às etapas previstas para formação da vontade estatal (critério formal), ainda é indissociável de um aspecto comumente definido como material, que corresponderia à necessidade de o iter decisório conduzir a uma escolha proporcional, que atenda ao sentimento de Justiça compartilhado em uma comunidade (MENDES, 2013, p. 430/432; TAVARES, 2017, p. 607/608⁹).

Sob uma perspectiva ligeiramente diversa da empregada habitualmente para designar essa faceta substantiva do devido processo, a ideia nos parece que também pode ser colocada em termos de **instrumentalidade das formas**, com o imperativo de a aplicação do Direito no caminho da opção a ser feita pelo agente estatal não se dar de forma indiferente aos resultados a serem por este produzidos na realidade.

Assim, se as garantias a serem observadas no procedimento têm por propósito o exercício eficiente da função pública, não se pode admitir que, sob o pretexto de se cumprir a letra de um dispositivo normativo, se alcance um efeito despropositado no mundo fenomênico, o qual não venha ao encontro de qualquer das carências sociais que são a razão de ser do próprio Estado.

A fórmula do *devido processo legal* aponta, pois, para um desenho institucional que favoreça o **desempenho imparcial e performático de uma dada compe-**

8 Há autores que entendem que a inspiração do inciso LIV do art. 5º da CR/1988 estaria nas emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos, como é o caso de Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO (2012, p. 615/616), que ainda lembram que a fórmula é hoje largamente prevista nas principais constituições ocidentais, sendo ainda “consagrada igualmente no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, arts. 8º e 10), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, art. 6º), no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966, art. 14) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, art. 8º). O direito ao ‘fair trial’, não por acaso, constitui a maior contribuição do ‘Common Law’ para a civilidade do direito e hoje certamente representa o novo ‘jus commune’ em matéria processual” (2012, p. 615).

9 Para uma visão crítica a respeito da defesa de uma dimensão material/substancial do devido processo como instrumento necessário para assegurar os deveres de proporcionalidade e razoabilidade da ação estatal, os quais seriam decorrência dos princípios de liberdade e igualdade, ver MARINONI/MITIDIERO, 2012, p. 616. No mesmo sentido é a reflexão de Humberto ÁVILA (2010, p. 410 e ss.).

tência estatal, assegurando direitos individuais e coletivos que possam ser por esta potencialmente afetados, bem como uma melhor instrução acerca da matéria fática e jurídica que reclame a intervenção da autoridade, pressuposto para a prolação de uma **decisão qualitativamente adequada**.

Na experiência anglo-saxã, que teria sido determinante como referência para a formação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (MENDES, 2013, p. 430), a garantia do *due process of law* é relacionada a prerrogativas tendentes a proporcionar racionalidade e justiça no processo decisório estatal (GALLIGAN, 2011, p. 92 e ss.), em especial no que concerne ao direito de um postulante ser **ouvido de forma justa** por uma **autoridade independente**, a qual é **responsável** perante a comunidade e o interessado pela escolha que faz valendo-se de poderes que lhe são conferidos por terceiros (CRAIG, 2008, p. 371 e ss.; WADE/FORSYTH, 2014, p. 373 e ss.).

3. DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

O processo legislativo, como iter a ser observado pelos parlamentares para a produção de leis¹⁰, resultando de um poder conferido a certas pessoas para tomar decisões relevantes em nome da comunidade, também está sujeito aos ditames do *devido processo legal*.

Levando em conta que tal atividade estatal, como a jurisdição e a administração, pode repercutir sensivelmente na esfera de liberdade dos cidadãos, tem-se que esta deve observar uma forma, ou seja, parâmetros adequados que garantam a racionalidade¹¹ e a proporcionalidade¹² da escolha a ser feita pelos representantes do povo com efeitos cogentes para toda a população.

Se a ideia de *devido processo* não é exatamente a mesma para todas as funções públicas, isso decorre das características peculiares de cada qual, a exigir anteparos específicos a garantir a respectiva eficiência, e não ao fato de haver nelas espaços supostamente imunes ao controle¹³, desejo mal disfarçado de muitas falsas polêmicas que continuam a ser disseminadas em tal seara.

10 Outra possibilidade de definição: "um procedimento legislativo pode se definir, em geral, como aquele complexo de formas jurídicas que o ordenamento constitucional estabelece para a adoção de decisões de governo com valor e força de lei por parte de órgãos parlamentares" (DICKMANN, 2006, p. 17)(tradução livre).

11 Sobre a racionalidade da lei como parâmetro do controle de sua constitucionalidade a ser exercido pela Corte Constitucional, ver as preciosas considerações feitas por Gustavo ZAGREBELSKY e Valeria MARCENÒ em *Giustizia Costituzionale* (2012, p. 195 e ss.).

12 No que se refere ao imperativo de os atos gerais e abstratos aprovados pelo Parlamento serem proporcionais como condição de sua legitimidade, vale a lembrança da previsão constante no art. 5º da Declaração de Direitos de 1789: "A lei só pode proibir as ações lesivas à sociedade. Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer aquilo que ela não determina" (g.n.)(tradução livre). No original: «La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas» [https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789, acesso em 01/07/17, às 20:00].

13 Sobre o ponto, Eduardo García de ENTERRÍA discorre acerca da importância de se encarar a produção normativa do Estado como espaço também sujeito ao Direito, o que implicaria a necessidade de sua submissão ao controle dos Tribunais: "el último círculo de inmunidad frente a los Tribunales contenciosos, el último de los reductos tradicionales, ha sido el de los poderes normativos. Toda la tradición revolucionaria, ya lo hemos notado al comienzo sumariamente, montó la idea del Estado de Derecho, poniendo el énfasis en un esquema simple: la sumisión de la Administración a la Ley. Pero esta Ley, que era sentida como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser hoy uno de sus enemigos más temibles" (ENTERRÍA, 1989, p. 79).

Assim, ainda que normalmente o nosso Legislativo venha defendendo que aspectos do seu procedimento de agir corresponda a questões *interna corporis*, não passíveis, pois, de judicialização, tendo em mente que todo exercício de poder em um Estado de Direito encontra no Direito fonte de inspiração e limite, admitir tal tese significaria abrir as portas para o arbítrio do Legislador, contra o qual o indivíduo não teria qualquer mecanismo de proteção¹⁴.

Como na atual quadra do desenvolvimento de nossa Democracia não nos parece haver qualquer fundamento jurídico a justificar uma prerrogativa de os parlamentares não respeitarem as regras legais e regimentais que disciplinam o funcionamento das Casas Legislativas¹⁵, o que naturalmente envolve os princípios republicanos que devem ser o norte de toda atividade estatal, passaremos a investigar qual o conteúdo do *devido processo legislativo*.

Nossa tarefa, contudo, começa com um necessário passo atrás.

3.1. DOS OBJETIVOS A SEREM ALCANÇADOS COM A PRODUÇÃO DE LEIS

Para que seja possível identificarmos quais as garantias devem ser asseguradas pela ideia de *devido processo legislativo*, é inescapável precisarmos o que, com tal instituto, pretende-se alcançar.

Correndo o risco de apontarmos para um lugar comum, imaginamos que a **aprovação de boas leis**, de atos normativos aptos a favorecer a vida harmônica dos seres humanos em sociedade, deva ser o propósito primeiro da função legislativa¹⁶.

Embora negando concepções mais idealizadas acerca do papel da lei positiva na disciplina da conduta das pessoas, como as que já pretenderam ver em tal instrumento, fruto de uma mítica vontade geral, a expressão de uma relação necessária entre indivíduos, de modo análogo ao que se dá com as leis da física ou da biologia nas interações a que estas se aplicam (ZAGREBELSKY, 2009, p. 12/13), entendemos que o produto da atividade parlamentar deva ter por norte a **busca isenta por uma regulação que atenda ao senso de Justiça** compartilhado em uma dada comunidade.

Nos parecendo inaceitável, posto que ilegítimo, tolerar que se possa admitir uma visão exclusivamente prosaica da legislação, que como singelo fruto de um jogo de forças possa ter um resultado qualquer, ensejando obrigações iníquas para uns ou vantagens injustificáveis para outros¹⁷, tem-se que os processos de gestação e de deliberação respectivos devam atender a determinados pressupostos que ga-

14 Lúcio BITTENCOURT, após ressaltar que Judiciário "deve entrar no exame de todas as exigências relativas ao processo de feitura das leis" (1968, p. 76), alerta: "o não cumprimento dessas prescrições torna inconstitucional a lei, pois não seria possível deixar a sua observância ao arbítrio exclusivo do Congresso, o que importaria em instaurar o regime da soberania do Legislativo, com o completo aniquilamento do sistema político vigente, baseado na ideia da supremacia da Constituição" (BITTENCOURT, 1968, p. 81).

15 Acerca da "juridicidade" dos regimentos, conferir Derly Barreto e SILVA FILHO (2003, p. 76 e ss.)

16 Embora a assertiva pareça não despertar maiores questionamentos, como a experiência da atividade parlamentar em nosso país vem trazendo sérias dúvidas quanto ao cumprimento do referido propósito, algumas linhas sobre os objetivos da função legislativa devem ser escritas, em uma reflexão que imaginamos válida, com as alterações pertinentes, para toda e qualquer função atribuída à organização política.

17 Sendo que nossa história recente não nos deixa mentir quanto aos riscos para o tecido social (inclusive para a própria vida de milhares de seres humanos) quando se admite a "força de lei", independentemente de sua vinculação a valores que deveriam pautar toda a vida em sociedade (dentre os quais se destaca o senso de Justiça), como única fonte de legitimidade para o exercício do

rantam uma iniciativa de inspiração adequada e que conduzam a um debate racional sobre a conveniência das medidas propostas, o que naturalmente envolve (ou deveria envolver) estudos sobre os impactos projetados para o mundo fenomênico.

Não se resumindo o Direito à lei positiva (ZAGREBELSKY/MARCENÒ, 2012, p. 195/196¹⁸), mas sendo ele dito por seus intérpretes a partir dos parâmetros estabelecidos nos textos aprovados pelo Parlamento, é importante que essa matéria-prima para extração de significados cogentes ou permissivos para a conduta das pessoas não seja obra do acaso ou de inconfessáveis interesses de atores visíveis ou não no iter legislativo.

Logo, acreditando que um procedimento legislativo bem desenhado, mesmo não sendo a panaceia para impedir o arbítrio do legislador, tem um importante papel a cumprir para ao menos mitigar tal risco (de certo modo inerente a toda atividade humana que envolva exercício de poder), passemos ao próximo passo de nosso estudo.

3.2. DESENHO INSTITUCIONAL DO ESPAÇO DE DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR COMO CONDICIONANTE DA BOA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO

O grande desafio ao se discutir um desenho institucional adequado para a função legislativa está justamente em se identificar **pressupostos formais** para tal atividade que, ao mesmo tempo que sejam idôneos para assegurar um mínimo de isenção, ponderação e racionalidade na elaboração e votação das leis¹⁹, não cerceiem indevidamente a missão a cargo dos parlamentares.

A disputa de interesses que permeia os diversos projetos de atos normativos, bem como a dinâmica por vezes imprevisível para as deliberações pertinentes (que pode ser impactada por toda a sorte de intervenções e impasses), recomendam que **instrumentos de regulação mais flexíveis** sejam adotados para algumas etapas procedimentais, em reforço à ideia de instrumentalidade do iter, que, na linha do quanto já afirmado neste estudo, significa dizer que a disciplina para a produção legal não pode ser tida como um fim em si mesmo²⁰.

poder. Sobre o ponto, abordando paroxismos experimentados no século XX com os regimes nazista e fascista, ver ZAGREBELSKY (2009, p. 15/19).

18 Como já se buscou afirmar na doutrina do positivismo jurídico, segundo a qual o Estado equivaleria a uma máquina de legislar, figura até então tida como expressão máxima do imperativo de racionalização do exercício do poder pelos governantes. Visão crítica a respeito, apontando para os resultados opostos aos esperados na experiência prática fiel a tal linha de pensamento, em especial no que se refere aos efeitos deletérios da inflação legislativa e da mutabilidade das leis para os valores de certeza e previsibilidade do agir humano, ver Gustavo ZAGREBELSKY (2009, p. 8 e ss.). Em sentido próximo, dando relevo à repercussão do modelo de Estado Social para a ideia oitocentista de lei, sobretudo quanto aos seus atributos de *simplicidade, generalidade, estabilidade e parcimônia*, ver Carlos Blanco de MORAIS (2007, p. 92/94).

19 Discorrendo sobre a necessidade de se incrementar o papel da expertise e da serenidade no processo legislativo francês como condicionantes para aprovação de leis melhores, ver Pierre ALBERTINI (2015, p. 165 e ss.).

20 Sobre a conveniência da leitura parcimoniosa de algumas regras que disciplinam o procedimento legislativo de modo que estas possam alcançar a finalidade que justifica sua existência, sem que sua inobservância em um caso concreto tenha sempre como consequência a declaração de nulidade do respectivo ato, ver Nelson de Sousa SAMPAIO (1968, p. 134/138). Lúcio BITTENCOURT, referido no estudo de SAMPAIO, traz algumas hipóteses de vícios de forma no processo legislativo que, no seu sentir, poderiam ser convalidados posteriormente no curso do próprio iter, como a violação da iniciativa privativa do Executivo para a proposição de projeto de ato normativo relativo à criação

Nada obstante, acreditamos que, como **defesa contra o arbítrio**, algumas salvaguardas em prol da cidadania (e não só a favor dos parlamentares que eventualmente restem vencidos em uma deliberação) devem ser estabelecidas de modo peremptório, evitando-se que procedimentos viciados em sua essência possam redundar em leis desarrazoadas, com conteúdos inexplicavelmente mais vantajosos para uns, ou deletérios para outros, quando não simplesmente ineficazes ou mesmo perniciosos para o todo.

A seguir abordaremos cinco destes anteparos, na tentativa de conferir mais concretude à clausula geral do *devido processo legislativo*, que, caso devidamente observada pelos representantes do povo (e reconhecida como parâmetro de controle pelo Judiciário), pode contribuir decisivamente para a legitimidade do exercício do poder de fazer leis entre nós, dado a repercutir na qualidade de nossa Democracia²¹.

3.2.1. REGIMENTO INTERNO

A reflexão sobre o modelo pelo qual o *processo legislativo* pode contribuir para a produção de melhores leis passa pelo reconhecimento do valor jurídico das regras previstas no regimento interno do Parlamento, as quais, disciplinando o exercício da competência de legislar, interessam a toda sociedade, não se resumindo a questão *interna corporis* de uma dada Casa Legislativa²².

Apesar de alguma resistência do Supremo Tribunal Federal em conferir caráter cogente aos regulamentos que estabelecem o rito a ser seguido pelos representantes do povo para criação de atos gerais e abstratos de observância obrigatória por parte da população (OLIVEIRA, 2016, p. 30 e ss.), acreditamos que tal posição não está alinhada com a importância que vem sendo reconhecida ao instituto do *processo* no âmbito da Teoria Geral do Direito (CALAMANDREI, 1960, p. 35 e ss.; p. 49 e ss.²³), seja como meio de salvaguarda de direitos e interesses indi-

de cargos ou ao aumento de vencimentos do funcionalismo, caso após a respectiva aprovação do Parlamento haja sanção expressa do Presidente da República (BITTENCOURT, 1968, p. 82).

- 21 Considerando o procedimento legislativo como o mais importante processo decisional dos ordenamentos constitucionais democráticos e relacionando-o com a legitimidade do exercício do poder de fazer leis, com a respectiva eficácia e, conseqüentemente, com a qualidade da Democracia, ver Renzo DICKMANN (2006, p. 4 e ss.; p. 41 e ss.).
- 22 No sentido de que há interesse de toda a sociedade, e não só dos parlamentares e servidores do Legislativo, na observância do regimento interno das Casas Legislativas, ver, por exemplo, Derly Barreto e SILVA FILHO (2003, p. 78/79). Destacamos passagem: "(...) se as emendas à Constituição, as leis ordinárias, as leis complementares, as leis delegadas e as resoluções têm sua forma de elaboração regrada segundo as normas constitucionais e, especificamente, segundo as normas regimentais, a sociedade, sua principal destinatária, titulariza, por óbvio, e em contrapartida, o direito de ver cumpridos à risca os comandos contidos nos regimentos. Todo ato legislativo deve ser elaborado em conformidade com o processo legislativo constitucional e regimentalmente estabelecido, no qual estão sediadas as regras que possibilitam a ampla e efetiva participação dos representantes dos mais diversos segmentos sociais" (SILVA FILHO, 2003, p. 79). José Joaquim Gomes CANOTILHO inclui o respeito às regras regimentais das Casas Legislativas na ideia de *devido processo* que molda a atividade legiferante (2003, p. 493), sendo que entre nós Hely Lopes MEIRELLES é expresso quanto à viabilidade de controle judicial tendo por parâmetro a inobservância de tais tipos normativos (MEIRELLES, 1990, p. 606/607). No mesmo sentido ver Kildare Gonçalves CARVALHO (2014, p. 256/261). Recusando o tratamento dos regimentos como mera questão interna do Parlamento, ver também José Afonso da SILVA (2006, p. 343/344). Uma crítica ao tratamento conferido aos regulamentos parlamentares no processo legislativo italiano, que acabam sendo tidos como instrumentos da maioria do governo, sem garantir a necessária interlocução entre esta e as vozes da minoria, ver Renzo DICKMANN, 2006, p. 17 e ss.; 56 e ss.
- 23 Pierro CALAMANDREI, fazendo uso distinto para os vocábulos "processo" e "procedimento" (ambos, contudo, inseridos nos avanço civilizatório representado pela tomada de consciência quanto

viduais/coletivos, seja como de garantia da qualidade do resultado final de qualquer função pública (DICKMANN, 2006, p. 57 e ss.).

Ao recusar controle sobre o descumprimento de normas regimentais sob o pretexto de autocontenção, com o nobre propósito de se prestigiar uma visão oitocentista de separação de poderes, nossa Corte Constitucional acaba por escancarar as portas ao arbítrio do legislador, que passa a ser o único controlador do procedimento que ele próprio executa, com efeitos bastante perniciosos não só para o produto da atividade parlamentar, como para a própria Democracia (OLIVEIRA, 2016, p. 32/33²⁴).

Se a Casa Legislativa, no gozo de sua prerrogativa de auto-organização, estabeleceu o iter a ser seguido pelos congressistas na tarefa de aprovar leis, esta se **autovincula** ao quanto previsto no **ato normativo produzido por ela própria**, efeito que, caso ignorado na realidade, pode ser perseguido junto ao Judiciário, guardião último dos processos democráticos previstos na Carta Política²⁵.

à necessidade de racionalização do exercício de todos os Poderes do Estado), aponta que, sob determinada perspectiva, "procedimento" é mais amplo que o "processo", termo que, na visão do autor, seria reservado ao iter judicial antes da prolação da sentença, enquanto aquele se aplicaria a todas as funções estatais: "*Todas las veces que para llegar a un acto de declaración de voluntad del Estado (ya sea una ley, un decreto o una sentencia) se haya preestablecido por disposiciones expresas de carácter instrumental la forma y el orden cronológico de las diversas actividades que deben ser realizadas por las personas que cooperan en la creación del acto final, la sucesión dialéctica de estas operaciones, jurídicamente reguladas en vista de ese fin, constituye un 'procedimiento'; comúnmente se habla de procedimiento administrativo para indicar la serie de actividades que conducen a la resolución concreta de la administración pública; y de procedimiento 'legislativo' para señalar la serie de las discusiones y de las deliberaciones de las cuales surge finalmente la ley*" (CALAMANDREI, 1960, p. 50).

24 Nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA: "*No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal (no sentido de entender como meras irregularidades a violação de regras regimentais acerca do processo legislativo), competente para controlar a atuação (e a não atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também sociológica, ao surgimento de verdadeiras 'ilhas corporativas de discricionariedade', o que estará resultando em numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político*" (OLIVEIRA, 2016, p. 32/33). O julgado selecionado pelo autor para ilustrar seu ponto é o Mandado de Segurança n. 22.503-DF, que teve como relator o ministro Maurício Correa, do qual destacamos parte da ementa: "**MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO (...).** 1 - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte (...)" (STF - Tribunal Pleno - Min. Rel. Maurício Correa - MS n. 22.503-DF - data do julgamento 05/08/1996) [disponível em http://www.stf.jus.br/_11/07/17, às 11:00].

25 Antes que, na incansável tentativa de se preservar espaços imunes ao controle no coração do exercício do poder (o que a nosso ver equivaleria a entender tais âmbitos como ajurídicos, ou seja, fora do compreendemos como Estado de Direito), alguém se lembre que a própria Casa Legislativa teria a prerrogativa de mudar seu regimento e que, portanto, poderia fazê-lo "soberanamente" no seu dia a dia caso uma maioria ocasional assim o desejasse, vale trazer à colação ensinamento de Vitor Nunes LEAL, que expressa entendimento consolidado entre nós quanto ao efeito vinculante das leis (e regulamentos) ao chefe do Executivo, ainda quando a este seja atribuída competência tanto para legislar como para expedir decretos regulamentares, situação que imaginamos em tudo análoga a

Por outro lado, dizer que os regimentos internos são cogentes aos parlamentares não significa que na sua aplicação tais agentes estatais devam cegamente observar os respectivos ditames, em uma interpretação literal que conduza ou à paralisação do vivo processo de produção das leis ou à sua eternização no cumprimento de formalidades sem fim.

Do mesmo modo que se espera de qualquer pessoa que tenha por encargo realizar tarefa em prol da coletividade, e que, portanto, tenha por ônus a prestação de contas do seu agir, **os congressistas devem estar comprometidos com os efeitos concretos do exercício da competência que lhes cabe**, interpretando as regras gerais e abstratas que regem sua conduta de maneira teleológica, buscando atender aos fins sociais a que estas se dirigem, bem como às exigências do bem comum.

3.2.2. AMPLA INSTRUÇÃO/AVALIAÇÃO DE IMPACTO

Para que a produção de uma lei seja útil à sociedade, não gerando mais restrições à esfera de liberdade individual dos que as indispensáveis para se alcançar o propósito que levou à sua cogitação, ou então mais custos ao coletivo dos que os benefícios estimados com a sua vigência, é necessário que haja uma **ampla instrução** quanto aos problemas a serem enfrentados pela via legislativa, além da real capacidade de um ato normativo contribuir para solucioná-los²⁶.

A questão, que teoricamente não despertaria maiores resistências, já que difícil imaginar alguém que assuma defender a aprovação de uma lei irrefletida, tendo por causa outra que não a *razão* e o *interesse geral* na adoção de um ato legislativo que atenda aos anseios e às carências da população, na realidade se apresenta como um enorme desafio, a despertar a preocupação de um número cada vez maior de estudiosos²⁷.

ora examinada. O doutrinador, tratando do regime jurídico previsto na CR/1937, que conferia amplos poderes legislativos ao Presidente, afirma: "(...) *subsiste entre nós a distinção formal entre regulamento e lei, como atos de categoria diferente e valor diverso, subordinadas que estão as normas regulamentares aos preceitos legais. A identidade do órgão que expede umas e outras não basta para desfazer a diferenciação, porque não é a natureza do órgão mas a competência ou qualidade em que age que deve prevalecer. Admitir o contrário importa completa subversão da ordem jurídica. O sistema da legalidade, o Estado de direito teria desaparecido entre nós, e o Presidente da República estaria equiparado aos imperantes das antigas monarquias absolutas: 'Princeps legibus solutus est'. Esta consequência repugna, porém, não só à consciência jurídica moderna, como ainda ao próprio texto constitucional*" (LEAL, 1945, p. 381). Ou seja, a não ser que se pretenda conferir uma competência incontrolável aos parlamentares, que estariam livres da disciplina de auto-organização criada por eles mesmos para reger sua atividade, estes estão vinculados ao quanto disposto no seu regimento interno acerca da produção de leis, o que, em última instância, é (ou deveria ser) garantido pelo Judiciário.

26 "(...) *só se deve editar uma nova lei se ela for realmente necessária e não houver outro meio satisfatório de se resolver a questão. Assim sendo, não legislar pode ser uma atitude responsável do legislador que opta por não sobrecarregar o ordenamento com normas desnecessárias, que possam vir a se tomar um fator de perturbação jurídica e de insegurança para o cidadão*" (ROSSET, 2008, p. 192).

27 Como aqueles que se dedicam ao estudo de Legística, área do conhecimento que, nas palavras de Patrícia ROSSET: "*se ocupa da processualística da elaboração das leis, de forma metódica e sistemática, tendo por objetivo aprimorar a qualidade desses atos normativos. A qualidade da lei é definida em função de diversos fatores, sendo os mais relevantes: a utilidade, a capacidade de produzir os efeitos pretendidos, a harmonização com o ordenamento vigente, o equilíbrio entre custos e benefícios, a aplicabilidade e a efetividade da norma na solução de conflitos*" (ROSSET, 2008, p. 188). Problematização sobre o objeto de estudo da Legística, que a depender do autor abordado teria diferentes alcances (de técnicas de elaboração das leis a processo legislativo), bem como acerca do risco de se buscar limitar a atividade política a um mero método racional, quiçá melhor realizado por um algoritmo do que por seres humanos, ver André Sathler GUIMARÃES e Ricardo de João BRAGA, *Legística – inventário semântico e teste estresse do conceito* (2011). Destacamos passagem do referido estudo: "*Por outro lado, visões ingênuas sobre a legística podem resultar em uma colonização do debate político pelo debate técnico,*

Logo, a exigência de **abertura de fase instrutória** no processo de elaboração das leis, seja no que diz respeito à oitiva de *experts* e dos cidadãos²⁸, seja quanto ao levantamento de dados técnicos pertinentes, revela ser instrumento indispensável para **agregar racionalidade ao iter de geração do ato normativo**, um freio à atuação parlamentar meramente reativa a momentos de grave comoção social ou então movida por arroubos populistas, ingredientes que costumam redundar em leis de péssima qualidade²⁹.

Neste contexto é que se inserem os **estudos de impacto legislativo**³⁰, que em boa hora reclamam a reflexão por parte dos parlamentares sobre as consequências no mundo fenomênico de suas deliberações, farol que, como já nos referimos linhas acima, deveria iluminar o caminho de todos os que exercem poder em nome (e em prol) de terceiros.

Assim, ainda que seja natural que tal fase instrutória seja marcada por alguma flexibilidade, de modo a poder se adaptar às diferentes matérias que despertem a atenção do legislador, acreditamos que alguns requisitos mínimos para se evitar que projetos de atos normativos despropositados avancem no Parlamento devam ser observados.

Além da conveniência de se pensar em um órgão de **consultoria jurídica independente** para dar parecer sobre determinadas propostas legislativas³¹, pensamos

supostamente neutro. A boa técnica passaria a ser o critério de adequação de opções e valorações políticas. Retomem-se aqui as pretensões de cientificidade da legística (ver 3.2.2. A), aneladas talvez pela, também suposta, neutralidade da ciência. Desse argumento pode resultar a noção de existência de um algoritmo para a geração de boas leis, com a inevitável conclusão de que a sociedade não precisaria de políticos, apenas de pessoas que saibam decidir racionalmente – os déspotas esclarecidos do futuro. É ilusão pensar que a observância correta de uma técnica adequada é garantia suficiente de uma suposta correção substantiva das leis” (GUIMARÃES/BRAGA, 2011, p. 95). Sobre o tema ver também Carlos Blanco de MORAIS (2007) e Pierre ALBERTINI (2015, p. 35 e ss.).

28 Identificando na abertura do processo legislativo à participação popular um valioso mecanismo para aproximar o cidadão do Parlamento e, envolvendo-o na elaboração do ato normativo, capaz de potencializar sua eficácia junto aos respectivos destinatários, ver Patrícia ROSSET (2008, p. 190/192). Desenvolveremos mais o ponto no item 3.2.5 *infra*.

29 A produção de leis tendo por causa eventos trágicos que sensibilizam grandes contingentes populacionais e seus efeitos perniciosos para a qualidade do texto aprovado sob tais circunstâncias, bem como para a coerência do ordenamento jurídico nacional, é fenômeno diagnosticado inclusive por profissionais fora da área do Direito, mais um dado a revelar a importância do processo legislativo como instrumento de racionalização do exercício do poder a cargo dos parlamentares. Sobre o ponto, confira-se passagem da reflexão de Drauzio VARELLA sobre a política de criminal/penitenciária e seus possíveis efeitos para o aumento da violência urbana: “Violência urbana é doença contagiosa de etiologia multifatorial. Ao contrário de outras enfermidades transmissíveis que experimentaram grandes avanços científicos a partir do século passado, faltam estudos sobre suas causas e consequências. Diante da nova realidade, nosso Código Penal ficou antiquado, as novas leis são aprovadas no calor das emoções causadas por algum crime que comoveu a sociedade e chamou a atenção da imprensa, sem levarmos em consideração experiências anteriores e critérios técnicos” (VARELLA, 2017, p. 263). Como estudante de Direito, sem adentrar na questão de eventual obsolescência ou não do nosso Código Penal (debate que pode redundar em se atribuir mais à lei – um texto inanimado – do que ao ser humano responsável pela sua aplicação a causa de algumas mazelas que vivemos), avalio que a observação feita pelo renomado médico, com larga experiência de trabalho junto a pessoas encarceradas em nosso país, é de lucidez incomum.

30 Tratando do sistema jurídico português, Carlos Blanco de MORAIS define o estudo de impacto naquele ordenamento (AIR – avaliação de impacto regulatório) como “um processo analítico fundamentado em bases científicas e técnicas, que informa o decisor legislativo sobre os efeitos potenciais ou efetivos das leis, nomeadamente em termos dos seus custos, benefícios, riscos e praticabilidade administrativa” (MORAIS, 2007, p. 343). Notas a respeito no Direito canadense e francês podem ser conferidas nas lições de Fabiana de Menezes SOARES (2004, p. 218 e ss.) e Pierre ALBERTINI (2015, p. 162 e ss.).

31 Na França, por exemplo, além do controle preventivo de Constitucionalidade a cargo do Conselho Constitucional, há projetos de lei que, dependendo do seu conteúdo, recebem parecer do Conselho de Estado (ALBERTINI, 2015, p. 168). Uma alternativa que poderia ser inserida em nosso sistema seria

que a inauguração de um procedimento tendente a modificar nosso ordenamento deva se revestir de alguns cuidados que assegurem a **justa causa da iniciativa**, como um breve memorial introdutório, explicando o problema a ser enfrentado pela lei sugerida e o porquê este seria o meio mais eficiente para tanto, agregando ao expediente quais foram as consultas e estudos levados a cabo para se chegar à conclusão defendida³².

Após, admitida a iniciativa legislativa, entendemos que no âmbito do trâmite da proposta, em especial junto às comissões parlamentares (sobre as quais teceremos alguns comentários a seguir), também deveria ser franqueada aos interessados ampla produção de dados sobre a adequação ou não da medida gestada para os fins a que esta se destina, o que envolve o estabelecimento de **canais de diálogo** seja com a **população**, seja com *experts* nos assuntos tratados.

Embora a previsão de tais etapas no procedimento tendente à geração de novas leis envolva custos e implique demora para sua conclusão, dada a gravidade do que se está a tratar (criação de direitos e deveres para os integrantes de uma comunidade), acreditamos que os ganhos advindos de tais medidas podem superar em muito os malefícios, contribuindo ainda para se frear enxurradas legislativas e a cultura da urgência que contaminam muitas Democracias ocidentais (CARCASSONNE, 2005, p. 44³³; MORAIS, 2007, p. 351³⁴; ALBERTINI, 2015, p. 169/170).

3.2.3. AGENTE IMPARCIAL

Desde a propositura de um projeto de lei, o mínimo que se espera do legitimado para tanto é um esforço isento na tentativa de diagnosticar adequadamente um problema verificado na realidade e de propôr uma resposta normativa eficiente para tratá-lo, imbuído do senso de dever inerente à competência que lhe cabe como representante da população no Parlamento³⁵.

a obrigatoriedade de manifestação das agências reguladoras sobre projetos de lei que versem sobre matérias de sua atribuição.

- 32 Fabiana Menezes de SOARES nos informa que, no sistema jurídico canadense, caracterizado pela convivência de elementos da *Civil Law* e da *Common Law*, a cultura jurídica de avaliação legislativa acabou por criar algumas exigências para a tramitação de projetos de lei naquele país: "*a análise acerca da ação estatal de cunho legislativo dentro do Governo canadense (neste caso temos em mente a experiência federal e a do Québec) utiliza o instrumento do memorial. Trata-se do juízo de justificação da decisão legislativa, que não excede três páginas (Ministère du Conseil Exécutif) e se divide numa parte acessível ao público e outra confidencial (submetida à lei de privacy). A estrutura desse modelo de análise de impacto divide-se, sinteticamente, nos seguintes itens (acessíveis ao público): (i) exposição da situação; (ii) leis existentes; (iii) as soluções possíveis; (iv) as vantagens e inconvenientes de cada uma das soluções possíveis; (v) as implicações financeiras; (vi) as relações intergovernamentais; (vii) a consulta entre os Ministérios envolvidos, (viii) a consulta e a informação aos interessados, grupos e população atingida*" (SOARES, 2004, p. 220).
- 33 "*Hoje, a conjugação entre impacto midiático, impaciência governamental e concordância da maioria não deixa a quem quer que seja tempo para a reflexão, supondo que alguém deseje fazê-lo*". No original: «*aujourd'hui, la conjugaison entre l'impact médiatique, l'impatience gouvernementale et la concordance majoritaire ne laisse plus à quiconque le temps de réfléchir, à supposer que quelqu'un souhaite le faire*» (CARCASSONNE, 2005, p. 44).
- 34 Sobre as vantagens e desvantagens da inclusão da avaliação prévia de impacto no processo legislativo, mas apontando para o saldo positivo dessa ponderação, ver Carlos Blanco de MORAIS, que inclusive toma o instituto como instrumento valioso para a ideia de boa governança, que pressuporia a responsabilidade dos agentes estatais pela qualidade de suas decisões (2007, p. 343/351).
- 35 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO identifica diferenças entre dois tipos de lei, o que recomendaria a criação de um processo legislativo específico para cada qual, conforme sua respectiva finalidade: as leis de arbitragem e as de impulsão. Enquanto aquelas buscariam compor interesses antagônicos na criação da disciplina da ação humana no porvir, estas seriam instrumento de governo. Segundo

Apesar de o tema ainda ser pouco abordado pela nossa doutrina³⁶, o que de certo modo reflete as dificuldades em se tipificar o que seria uma situação clara de **conflito de interesses** no exercício de um mandato parlamentar, acreditamos que algum avanço deva ocorrer no sentido de se garantir um ambiente mais hígido no que se refere ao funcionamento da arena em cujo âmbito são gestadas as leis vocacionadas a constranger a esfera de liberdade de todos os cidadãos.

Não há dúvida que é do jogo democrático o compromisso do político com suas bases eleitorais, bem como sua suscetibilidade à influência (que se espera republicana) de grupos de pressão interessados em ver suas aspirações acolhidas em projetos que o agente estatal defenderá no Congresso, no exercício do múnus que lhe é conferido pelos integrantes de uma comunidade.

Nada obstante, o que a nosso ver é inadmissível são situações de **constrangedora confusão** entre **desejos pessoais de alguns legisladores** e o seu trabalho como representantes de terceiros, dado que precisa de uma melhor reflexão sobre quais salvaguardas podem ser criadas em nosso sistema para se evitar que, sob o manto de fórmulas batidas (e em alguma medida apenas retóricas) como a da separação de poderes, continuemos a assistir como meros expectadores a indisfarçada exploração privada de funções estatais, que são desempenhadas como meio de uns poucos obterem vantagens às custas de muitos³⁷.

Além do imperativo de uma **maior transparência** das atividades de *lobby* e/ou *advocacy* encampadas por coletivos econômicos ou da sociedade civil junto aos congressistas³⁸, condição *sine qua non* para conhecermos as bandeiras que motivam cada parlamentar, pensamos que deva haver uma disciplina interna da organização das atividades do Congresso que autorregule as hipóteses de impedimento

o autor: "(...) desse modo, o ponto de partida de qualquer renovação do processo legislativo parece ser a distinção entre um processo para o estabelecimento de leis de arbitragem, onde prevaleça a imparcialidade, o senso de equilíbrio e a valorização da estabilidade, e outro processo para as leis de impulsão, onde prevaleça a adequação ao fim, bem como a flexibilidade, em razão da mutabilidade das circunstâncias" (FERREIRA FILHO, 2009, p. 279).

36 O vício do processo legislativo que estamos a tratar neste tópico corresponderia ao tradicional *desvio de poder*, que tem importante desenvolvimento entre nós no Direito Administrativo e sobre o qual teceremos algumas considerações em tópico próprio deste estudo, a seguir, no corpo do texto. Ainda que sob uma perspectiva um tanto diversa da que adotaremos, em 1990 Gilmar Ferreira MENDES registrava o quão tormentosa a matéria é no âmbito da competência de legisferar e carecedora de reflexões mais aprofundadas por parte de nossa doutrina (MENDES, 1990, p. 38 e 46 ss.). Acreditamos que o quadro delineado pelo autor há quase três décadas ainda descreve o estado da arte do assunto em nosso sistema jurídico, embora a urgência de melhor trata-lo talvez seja ímpar.

37 Para corroborar a atualidade da discussão para a qual pretendemos contribuir com o nosso estudo, veja-se teor da reportagem intitulada "NOVO CÓDIGO PENAL PODE REVER DELAÇÃO E PREVENTIVA. Comissão da Câmara discute mudanças na regra da colaboração premiada e prazo de até 180 dias para a prisão provisória, medidas consideradas pilares da Lava Jato". A matéria conta com comentário de Rogério TAFFARELLO, advogado e pesquisador que, apesar de ser favorável a algumas mudanças que estão sendo pensadas para o novo Código de Processo Penal, identifica que parte delas é inspirada pelo desejo pessoal de alguns parlamentares que são ou que podem vir a ser alvo de investigações criminais. Segundo a análise do estudioso: "(...) a nota negativa fica por conta do fato, inegável, de que muitos congressistas hoje se movem a delimitar a aplicação da delação (premiada) somente por receio de serem atingidos por investigações, e não por genuíno espírito republicano. Isso pode gerar a aprovação de leis indesejadas, impondo à sociedade civil, aos órgãos de controle e ao eleitorado vigiar de perto os debates legislativos sobre a matéria" (Jornal o Estado de São Paulo, dia 24/07/2017, página A4).

38 "Democracia também é a representação de pequenos grupos, mas é fundamental garantir que a participação da sociedade civil seja feita de forma transparente, organizada, permitindo que diversas vozes sejam ouvidas, principalmente, as mais fracas, e regulamentada, a fim de evitar abusos" (BRELÁZ, 2015, p. 69).

por parte dos seus membros no que concerne à apreciação de projetos de lei nos quais estes tenham interesse direto.

Ao lado da instituição de tal mecanismo de preservação da legitimidade da função legislativa, nos casos em que a zona cinzenta da indeterminação da ideia *conflito de interesse* se dissipe à luz da certeza que se extrai dos fatos submetidos à avaliação do controlador³⁹, entendemos que pelo menos a iniciativa de projetos de lei deve ser recusada pela Casa Legislativa a determinados agentes.

Na linha do quanto exposto, ainda que algumas hipóteses de conflito de interesse mereçam ser melhor elaboradas antes de servirem como óbice seja à propositura, seja à votação de projetos de lei por políticos que nelas incorram (o que poderia ser objeto de Códigos de Ética, por exemplo⁴⁰), há casos notórios que não podem mais passar despercebidos por quem seja responsável pela garantia do regular desenvolvimento da competência legiferante em nosso Estado.

Para ficarmos em dois que frequentaram os noticiários recentemente, além da insólita estimativa de que mais de um quarto dos membros da Câmara responderiam a inquérito ou à ação penal junto ao STF⁴¹, pode-se citar o recente movimento para aprovação de programa de refinanciamento de dívidas fiscais encampado por parlamentares que possuem empresas com dívidas milionárias para com o erário⁴², e a curiosa (na falta de melhor adjetivo) informação acerca da existência de congressista que cumpre pena em regime semiaberto exercendo seu mandato regularmente⁴³, como se tal fato fosse compatível com o padrão de conduta que se espera dos nossos representantes em Brasília.

Em ambas as situações destacadas há elementos bastantes para se concluir pela **falta de isenção dos congressistas quanto à iniciativa e/ou aprovação de**

39 Inspirados na doutrina de Gustavo BINENBOJM, diríamos que, à vista das circunstâncias fáticas que envolvem a aplicação de um conceito jurídico indeterminado pelo gestor ou pelo controlador (como *conflito de interesses*), haverá uma zona de certeza negativa, uma de positiva e uma de penumbra/dúvida (2008, p. 221 e ss.). Nos exemplos que daremos a seguir no corpo do texto imaginamos que haja certeza positiva quanto à referida incompatibilidade.

40 É bom lembrar que tal tipo de ato normativo não é estranho às nossas Casas Legislativas. A Câmara dos Deputados, a título ilustrativo, possui um Código de Ética que disciplina o funcionamento da comissão responsável por apurar atos ofensivos ao decoro parlamentar por parte de seus membros (art. 7º a 9º da Resolução n. 25/2001). O texto respectivo pode ser conferido em <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf> [22/07/17, às 23:00].

41 Confira-se passagem de pesquisa publicada em 30/08/15 pelo site <http://congressoemfoco.uol.com.br/>: "(...) publicamos hoje a lista dos mais de 130 deputados que no dia 19 de agosto respondiam a inquéritos ou ações penais no Supremo Tribunal Federal (STF). Isso significa que cerca de 26% dos deputados são suspeitos de participação em crimes. No Senado, o índice já se aproxima de 40%". Fonte: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/os-deputados-sob-investigacao-no-supremo/> [23/07/17, à 1:00].

42 No Jornal o Estado de São Paulo foi publicada matéria com o seguinte título em 19/07/2017: "PARLAMENTARES QUE VÃO VOTAR PERDÃO DE DÍVIDAS NO CONGRESSO DEVEM R\$ 533 MI". A reportagem prossegue: "Novo Refis. Valor inclui o que deputados e senadores devem na pessoa física à União, débitos nos quais eles são corresponsáveis e endividamento de empresas das quais são sócios ou diretores; novo programa de parcelamento propõe perdoar até 73% das dívidas". Em outra passagem: "(...) o governo enviou uma proposta ao Congresso em janeiro, com a expectativa de arrecadar R\$ 13,3 bilhões este ano, mas a medida foi alterada pelos parlamentares, derrubando a arrecadação para R\$ 420 milhões. A nova versão pretende perdoar 73% da dívida a ser renegociada" (página B1).

43 Em 21/07/2017, também no Jornal Estado de São Paulo, foi publicada a seguinte matéria: "DEPUTADO PRESO TRABALHA NO RECESSO. Justiça autoriza Celso Jacob (PMDB-RJ), que cumpre a pena em semiaberto, a frequentar o congresso. (...) O deputado foi preso em 06 de junho, após decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Ele foi condenado a 7 anos e 2 meses em regime semiaberto por falsificação de documento público e dispensa de licitação para construção de uma creche quando era prefeito de Três Rios, no Rio" (página A7).

atos normativos sobre matérias capazes de repercutir sensivelmente nas próprias esferas jurídicas, razão pela qual, para se manter um ambiente favorável ao **debate genuíno e racional** quanto à conveniência ou não de se adotar certas leis em território nacional, acreditamos que tais agentes devam ser excluídos dos processos de deliberação respectivos.

Assim, uma eficácia mínima do quanto ora defendido corresponderia à impossibilidade de o parlamentar-devedor apresentar projeto de lei que possa culminar no perdão das próprias dívidas junto ao Fisco ou de o parlamentar-presidiário desencadear procedimento para aprovação de qualquer medida penal ou processual penal que possa a vir lhe beneficiar no futuro (como o perdão do próprio crime ou redução do seu prazo prescricional).

⁴⁴ Ademais, acreditamos que a referida incompatibilidade não para por aí.

Em um momento de amadurecimento institucional que esperamos não tardar para nossa Democracia, levando em conta os graves efeitos que as hipóteses de conflito de interesses como as indicadas representam para a legitimidade das leis aprovadas pelos parlamentares, nos parece que pessoas sem um mínimo de equidistância face os projetos submetidos ao seu escrutínio não possam ser admitidas em sua votação no plenário.

3.2.4. COMISSÕES PARLAMENTARES

Algumas comissões parlamentares, sobretudo as permanentes de caráter temático⁴⁴, cumpriram, em tese, um papel fundamental na racionalização do processo legislativo. Vocacionadas a serem um espaço de especialização dos congressistas, no qual estes poderiam se dedicar ao estudo de matérias de seu interesse, recorrendo ao auxílio de experts para formarem suas convicções sobre projetos de atos normativos sujeitos à sua avaliação⁴⁵, entre nós os referidos órgãos têm tido sua utilidade desafiada pela luta política, o que põe em xeque sua própria razão de ser.

Se no passado a multiplicação desse tipo de estrutura era visto como um desafio ao propósito de aprimoramento técnico dos parlamentares, já que esses acabavam tendo que se dedicar a várias comissões ao mesmo tempo, dispersando, assim,

44 Prevê o art. 58 da Constituição, no seu caput e parágrafos 1º e 2º: "O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. §1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade e sobre eles emitir parecer" (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 27/07/17, às 9:00). Para uma descrição das diversas modalidades de comissão parlamentar identificadas pela doutrina, ver Paulo Adib CASSEB (2008, p. 22/27).

45 "O problema do conhecimento especializado necessário ao parlamentar para habilitá-lo a enfrentar com segurança as questões que o Estado-Providência suscita, de certo modo já deveria ter sido atendido pelo sistema de comissões permanentes, voltadas para setores determinados da ação estatal. Por esse sistema, cada parlamentar se especializaria em uma determinada matéria, ou algumas, conforme a comissão ou comissões a que pertencesse, e dessas comissões sairiam os pareceres técnicos em que os leigos, os demais parlamentares, apoiariam os seus votos" (FERREIRA FILHO, 2009, p. 133).

seus esforços (FERREIRA FILHO, 2009, p. 133/134⁴⁶), o uso que vem sendo feito delas nos últimos tempos em território nacional tende a relegar tais centros de competência à insignificância.

Para ficarmos em dois exemplos marcantes, que a nosso ver revelam a fragilidade do desenho institucional hoje conferido às comissões de nossas Casas Legislativas, o que além de não favorecer pode mesmo impedir que tais órgãos possam realizar adequadamente seus fins, podemos citar o caso do (não) julgamento do deputado Eduardo Cunha pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados (2016) e do recebimento de denúncia de corrupção formulada em face do Presidente Michel Temer pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ da mesma assembleia (2017).

Embora nenhuma das situações destacadas envolva diretamente prejuízo a um determinado projeto de lei, o fato de tais órgãos não conseguirem desenvolver seus trabalhos com isenção e o mínimo de estabilidade acaba minando anteparos importantes para que o processo legislativo, que instrumentaliza a principal atividade fim do Congresso, chegue a bom termo.

No que se refere ao Conselho de Ética, tem-se que este tem por escopo precípua o controle do decoro parlamentar, ou seja, do padrão de comportamento ético que se exige dos representantes da população nas casas onde as leis são elaboradas⁴⁷.

No caso do deputado Eduardo Cunha, apesar de o processo disciplinar respectivo ter sido aberto em 15/12/2015⁴⁸, até maio de 2016 este ainda não havia sido concluído e, se o STF não tivesse afastado cautelarmente o parlamentar do seu mandato em 04/05/2016⁴⁹, é possível que até hoje (julho de 2017) ainda estivessemos todos a contemplar as tristes cenas de uma epopeia em que se tolerava o acusado diariamente usar de suas prerrogativas como Presidente da Câmara para embaraçar a tarefa a cargo daqueles que tinham por missão apurar a grave falta funcional que lhe fora imputada (o mote era o congressista ter mentido em CPI sobre a titularidade de contas no exterior⁵⁰).

46 *"Todavia, esse sistema (de comissões permanentes) exige que o parlamentar pertença a uma, ou duas no máximo, das comissões existentes e que a ela pertença por tempo suficientemente longo, para que adquira o conhecimento e a experiência imprescindíveis a uma especialização. Entretanto, a multiplicação das comissões permanentes, inspirada, é certo, numa louvável intenção de divisão do trabalho, levando o mesmo parlamentar a pertencer a muitas comissões ao mesmo tempo, veio a prejudicar essa especialização técnica"* (FERREIRA FILHO, 2009, p. 133/134).

47 Na Câmara o funcionamento do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar está previsto no regulamento aprovado com a Resolução n. 25/2001 (<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf>, acesso em 27/07/17, às 10:00)

48 <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/501808-CONSELHO-DE-ETICA-APROVA-ABERTURA-DE-PROCESSO-CONTRA-EDUARDO-CUNHA.html> (27/07/17, às 10:00).

49 *"Constitucional. Processual penal. Medida cautelar de suspensão do exercício da função (art. 319, VI do CPP), a abranger tanto o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados quanto o mandato parlamentar. Cabimento da providência, no caso, em face da situação de franca excepcionalidade. Comprovação, na hipótese, da presença de múltiplos elementos de riscos para a efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria casa legislativa. Especificamente em relação ao cargo de Presidente da Câmara, concorre para a suspensão a circunstância de figurar o requerido como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao exercício da Presidência da República. Deferimento da medida suspensiva referendado pelo plenário"* (STF – Tribunal Pleno – Min. Rel. Teori Zavascky – Ação Cautelar n. 4070-DF – data do julgamento 05/05/2016 – votação unânime).

50 A cassação do parlamentar só foi se concretizar em setembro 2016 pelo plenário da Câmara dos Deputados, após aprovação do parecer do relator do processo disciplinar no Conselho de Ética

Considerando que uma das acusações que motivaram o afastamento do parlamentar era a suspeita de corrupção para aprovação de medidas provisórias⁵¹, tem-se que a demora excessiva no deslinde do procedimento sancionatório sob exame repercutiu sensivelmente na higidez do processo legislativo de diversos atos normativos, criando um cenário inusitado e de desdobramentos ainda incertos (afinal de contas, o que fazer com as leis que tenham sido aprovadas em razão da percepção de vantagens indevidas por agentes públicos?).

Já quanto à Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, tem-se que tal órgão provavelmente seria um dos mais importantes das casas legislativas, uma vez que lhe cabe o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei que são apresentados para deliberação parlamentar. A própria atividade de verificação da compatibilidade entre textos esboçados e os ditames previstos na Carta Política, em boa medida análoga à tarefa jurisdicional com o mesmo propósito, pressupõe um preparo específico do congressista que assuma tal encargo, que deveria ser, no mínimo, um estudioso das normas e valores constitucionais.

Para que essa missão de controle pudesse ser realizada a contento, além das características pessoais dos integrantes do referido colegiado, que deveriam gozar tanto de conhecimento técnico como de reputação ilibada, naturalmente é preciso ampará-los com um regime funcional que lhes assegure independência para proferir parecer conforme suas convicções.

Nada obstante, o lastimável episódio da substituição de nada menos que 15 membros da CCJ da Câmara antes da votação do recebimento da denúncia por corrupção apresentada pelo Procurador Geral da República em face do Presidente Michel Temer revela que o formato hoje adotado para as CCJs permite que tais

favorável à medida por margem estreita de votos (11x9), o que se deu em 14 de junho daquele ano, quando o deputado já estava afastado de suas atividades pelo STF (<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/516150-CAMARA-CASSA-MANDATO-DE-EDUARDO-CUNHA.html>, acesso em 27/07/17, às 10:30).

51 Dentre os fatos ilícitos imputados ao deputado Eduardo Cunha, consta do relatório do Min. Teori Zavascki: "apreensão de documento 'que aponta para o recebimento de vantagens indevidas por parte de Eduardo Cunha para aprovar medida provisória de interesse do Banco BTG' (fl. 102), assim como a existência de 'indícios da participação de Eduardo Cunha, direta ou indiretamente (por meio de interpostos parlamentares aliados dele) em medidas provisórias, apresentando emendas que visavam favorecer os bancos em liquidação e, mais especificamente, André Esteves: (i) MP 472; (ii) MP 517, (iii) MP 561; (iv) MP 510; (v) MP 627; (vi) MP 608; (vii) MP 668; (viii) MP 627; (ix) MP 675; (x) MP 651 e (xi) MP 688' (fl. 112); (m) centenas de mensagens constantes do celular de Léo Pinheiro, dirigente da empresa OAS, indicam que 'projetos de lei de interesse das empreiteiras eram redigidos pelas próprias empreiteiras, que os elaboravam, por óbvio, em atenção aos seus interesses espúrios, muitas vezes após a consultoria de Eduardo Cunha. Em seguida, o projeto era encaminhado ao Deputado Eduardo Cunha, que apresentava o projeto de interesse das empreiteiras perante o Congresso Nacional diretamente ou por meio de algum dos seus aliados' (fls. 112-113), mediante o pagamento de vantagens indevidas". Se não bastassem tais acusações, houve algumas específicas relacionadas aos embarços que teriam sido causados pelo deputado ao regular andamento de seu processo disciplinar no Conselho de Ética: "(n) adoc,ão de 'manobras espúrias para evitar a regular atuação de seus pares na apuração de condutas no âmbito da Câmara dos Deputados (da obstrução da pauta com o intuito de se beneficiar)' (fl. 136), com a finalidade de impedir a regular tramitação de representações instauradas contra ele no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados; (o) destituição, por intermédio de seus aliados, do Relator da representação que visa sua cassação, Deputado Fausto Pinato, 'exatamente no momento em que ficou claro que o Conselho daria continuidade ao processo' (fl. 143); (p) ameaças e oferecimento de vantagens indevidas ao Deputado Federal Fausto Pinato, em razão de sua atuação como relator da representação, contra Eduardo Cunha no Conselho de Ética da Câmara" (p. 4/5) (<http://estaticog1.globo.com/2016/05/05/AC4070.pdf>, acesso em 27/07/17, às 11:00).

espaços sejam manipulados ao bel prazer das forças políticas majoritárias⁵², o que põe sérias dúvidas quanto à sua capacidade de cumprir satisfatoriamente a nobre missão que lhe é destinada.

3.2.5. QUALIDADE DA DISCUSSÃO

Apesar de os exemplos e lições destacados neste estudo não deixarem espaço para a permanência de uma visão onírica dos trabalhos parlamentares, destacada dos reais fatores que motivam os embates que permeiam o processo legislativo, acreditamos que o papel do Direito (e das Cortes) seja o de justamente buscar estabelecer parâmetros pelos quais tais disputas possam ocorrer de modo civilizado e, o quanto possível, sereno e em um **ambiente favorável à contraposição de ideias e à persecução de respostas eficientes** aos problemas identificados pelos representantes do povo no exercício de seus mandatos.

No que se refere ao aprimoramento dos debates no curso da elaboração e antes da votação de projetos de lei, verifica-se que, em meio a tantas notícias ruins, houve avanço quanto à abertura do procedimento legislativo à participação da sociedade civil, em especial com a organização relativamente frequente de **audiências públicas** sobre diversos temas⁵³, o que não deixa de ser um sopro de ar fresco em um cenário que pode se revelar sufocante, não raramente dominado pelo capricho de quem manda mais (ou de quem tem a chave do cofre).

52 *"TROCA-TROCA PARA SALVAR TEMER DESFIGURA ÓRGÃO DA CÂMARA – Novatos da CCJ assumirão temas que estavam com colegas mais experientes. Governo colocou na principal comissão da Casa aliados para barrar parecer sobre denúncia da PGR.(...) ao todo a CCJ registrou 15 movimentações ao longo das últimas semanas em uma operação para tentar salvar o mandato de Temer (...) a estratégia deu certo: 41 dos 66 integrantes titulares votaram para salvar Temer. Agora, porém, 119 projetos ficaram sem dono e devem voltar à estaca zero – eles estavam distribuídos entre nove deputados que foram retirados da comissão"* (matéria assinada por Camila MATTOSO e Ranier BRAGON, publicada no jornal Folha de São Paulo, de 23/07/17, página A4). Outras reportagens descrevendo a manobra artilosa tiveram ampla divulgação na mídia (v.g. PRESIDENTE DA CCJ DIZ NÃO SE VINGAR DE GOVERNO – Rodrigo Pacheco critica estratégia de substituir integrantes da comissão, mas afirma que nada pode fazer – Folha de São Paulo, 12/07/17, página A5), mas a gravidade do episódio não bastou para justificar o seu controle por parte do STF, que fora provocado por deputado defenestrado de seu posto na CCJ no curso da intervenção do governo sobre tal órgão. A Ministra Cármen Lúcia, ao indeferir liminarmente o Mandado de Segurança n. 34.999-DF, entendeu, dentre outros argumentos que não são relevantes para nossas observações, que a reformulação da CCJ seria "assunto interno da Câmara que não pode ser revisado pela Corte" (Jornal o Estado de São Paulo, 12/07/17, página A7). O inteiro teor da decisão, que salienta a "impossibilidade de tornar o Poder Judiciário instância de revisão de decisões exaradas em procedimento legislativo e da vida interna dos Parlamentos", fazendo referência a julgados da Corte Constitucional em tal sentido (v.g. MS n. 24.356), pode ser conferido em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34999Deciso.pdf> (28/07/17, às 23:00).

53 O PL 4850/2016 (das 10 medidas contra a corrupção), sob a relatoria do deputado Onyx Lorenzoni, submeteu-se a um processo de várias audiências públicas, com a tomada de manifestações de experts e profissionais de destaque com atuação na área (v.g. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/514220-EM-AUDIENCIA-NA-CAMARA,-JUIZ-SERGIO-MORO-SUGERE-MEDIDAS-PARA-COMBATE-A-CORRUPCAO.html>, acesso em 29/07/17, às 23:00). O mesmo ocorreu com o PL 7596/2017 sobre abuso de autoridade (v.g. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/537517-POLICIAIS,-PROMOTORES-E-MAGISTRADOS-DEFENDEM-REJEICAO-DO-PROJETO-DO-ABUSO-DE-AUTORIDADE.html>, acesso em 29/07/17, às 23:00), cuja discussão até o momento levou ao efetivo aprimoramento da proposta legislativa que fora aprovada pelo Senado e agora aguarda votação na Câmara, com a explicitação da necessidade de dolo específico por parte do agente estatal como elemento necessário para caracterização do crime. O texto, ao menos na versão que aparece em nossa consulta, conta com a referida alteração, que reduz o risco de servidores responsáveis pela apuração de crimes e de sua autoria serem alvos de perseguição por parte dos respectivos investigados (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1556805&filename=PL+7596/2017, acesso em 29/07/17, às 23:15).

Outras ferramentas que, apesar de estarem em estágio inicial de implantação, têm potencial de criar canais de comunicação eficientes entre parlamentares e cidadãos para construção de atos normativos melhores são iniciativas de “e-Democracia” encampadas pela Câmara dos Deputados, como as possibilidades de se inserir, via site, comentários a projetos de lei ou então de intervir na própria redação dos textos a serem submetidos a deliberação do Congresso⁵⁴.

Ainda há, contudo, a irresistível atração pelo cumprimento de formalidades sem sentido, que na melhor das hipóteses são simplesmente inúteis, e na pior vocacionadas a conferir uma falsa legitimidade a escolhas já feitas pelos congressistas e/ou governo, como enquetes com perguntas singelas mantidas nas páginas das Casas Legislativas⁵⁵, sem qualquer preocupação com a qualidade das manifestações registradas, o que pressuporia um mínimo de informação isenta oferecida ao grande público sobre os prós e contras do que se está a propor⁵⁶.

Por outro lado, na nossa experiência profissional e acadêmica pudemos testemunhar esforços sinceros empreendidos por alguns congressistas no sentido de se aproximarem dos destinatários de atos normativos projetados⁵⁷, na tentativa de buscar seu aprimoramento através da colheita de críticas e sugestões, o que imaginamos ser uma fonte importante de elementos para a reflexão do legislador sobre a pertinência ou não de certas medidas que, aparentemente adequadas para disciplinar uma dada matéria, possam não resistir a singelas observações de quem vive a realidade que estas aspiram transformar.

De qualquer modo, acreditamos que para estimular a virtude e evitar o vício na formação colaborativa das futuras leis, na promoção do confronto entre te-

54 <https://edemocracia.camara.leg.br/home> (29/07/2017, às 23:30).

55 Ilustrando nossa preocupação, registramos que dentre os assuntos que foram submetidos a tais pesquisas de opinião estão se o internauta concordava com o conceito de família como união entre homem e mulher ou se só Polícia Federal e a Civil poderiam fazer investigações criminais (<http://www.camara.leg.br/internet/jornalCamara/?date=2014-03-12>, acesso em 30/07/17, às 2:00). Será que questões de tamanha complexidade podem ser avaliadas a partir de um clique “sim” ou “não” por parte das pessoas? Bem, no que se refere à enquete sobre o estatuto da família, que terminou com ligeira vantagem do “não” sobre o “sim”, a iniciativa foi cancelada por suspeita de fraude através do uso de robôs para contabilização de votos (<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/08/28/camara-detecta-fraudes-e-muda-sistema-de-enquetes.htm>, acesso em 30/07/17, às 2:00). Finalmente, a notícia (que entendemos alvissareira) é que houve a suspensão da realização desse tipo de pesquisa pela Câmara em razão da possibilidade de manipulação dos resultados dessas sondagens por instrumentos de tecnologia da informação (<http://www2.camara.leg.br/participacao/saiba-como-participar/nota-de-esclarecimento-sobre-enquetes>, 28/07/17, às 23:30).

56 Técnicas que pensamos mais elaboradas para obtenção de uma manifestação crítica informada por parte do público quanto a projetos de lei, que vá além de um singelo “sim” ou “não” muitas vezes movido por preconceitos, ignorância ou falta de alteridade, quando não sentimentos pouco nobres em alguma medida contaminados por tais fatores, é a notícia da formação de “*deliberative polls*” e experiências análogas no universo anglo-saxão. Em tais espaços busca-se formar um microcosmo da população, submetendo o grupo a um processo de formação e debate acerca de políticas públicas polêmicas antes de se tomar a opinião dos participantes sobre as alternativas à disposição do Estado para a respectiva disciplina. Sobre o ponto, ver, por exemplo, David HELD (2006, p. 247/248) e James FISHKIN (1996). No que se refere ao papel do desenho institucional do espaço deliberativo para a eficiência da participação democrática na gestão administrativa, em raciocínio que, guardadas as peculiaridades das respectivas funções, entendemos aplicável ao processo legislativo, ver nossa tese *Governança Pública na Administração Contemporânea* (2017, p. 213 e ss.).

57 Nos últimos anos tivemos a oportunidade de participar de debates com o deputado Paulo Teixeira sobre a reforma do Código de Processo Civil (em mais de uma oportunidade)(v.g. <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=22332>, acesso em 29/07/17, às 19:30). Também houve disponibilidade do deputado João Campos em seu reunir com juizes paulistas para a discussão da reforma do Código de Processo Penal (2016)(<http://apamagis.com.br/site/apamagis-e-tjsp-promovem-encontro-de-magistrados-e-relator-do-novo-cpp/>, acesso em 29/07/17, às 20:00).

ses e antíteses necessário à qualidade dos diplomas dirigidos a disciplinar a vida dos integrantes de nossa comunidade, além de se conferir valor jurídico às regras regimentais que tratam da interação entre os congressistas quanto à propositura, tramitação, debate e votação de projetos de lei, e entre estes e a população, é imprescindível o compromisso pessoal de todos os envolvidos com o bom resultado dessa empresa comum.

4. DESVIO DE PODER NO ATO DE LEGISLAR

O último ponto sobre o qual nos debruçaremos na tentativa de melhor delinear qual o alcance do *devido processo legislativo* como garantia do cidadão contra o arbítrio no processo de produção de leis é a questão do desvio de poder.

O tema, que já conta com contribuições importantes da nossa doutrina (BITTENCOURT, 1968, p. 85 e ss.; REALE, 1976, p. 76 e ss.; SUNDFELD, 1994, p. 159 e ss.; NASCIMENTO, 2004, p. 149 e ss.; TÁCITO, 2005; MELLO, 2008, p. 76/77⁵⁸), ainda vem recebendo um tratamento tímido por parte da jurisprudência nacional, que a nosso ver vem prestigiando uma visão de soberania parlamentar em detrimento da necessária soberania da Constituição e do imperativo da contenção do exercício irracional do Poder estatal por parte daqueles que o detêm em nome da população.

Assim como ocorre com o Poder Executivo, tanto o Poder Legislativo como o Judiciário podem incorrer no vício de desvio de poder quando os respectivos órgãos, ao se desincumbirem das tarefas que lhes cabem, buscarem fim diverso daquele previsto expressa ou implicitamente nas regras de competência pertinentes (TÁCITO, 2005).

Partindo de tal pressuposto, tendo em conta que incumbe aos parlamentares propor e deliberar sobre projetos de lei inspirados no seu dever de buscar aprimorar a disciplina de condutas humanas em prol do bem comum, demonstrado que o escopo perseguido por tais agentes através das prerrogativas que lhes são conferidas pelo nosso ordenamento é de índole estritamente pessoal ou ainda de natureza diversa da satisfação dos melhores interesses da comunidade, entendemos que sua manifestação de vontade é viciada e, portanto, passível de anulação.

Do mesmo modo que se coloca a questão no âmbito da Administração, sede em que a ideia começou a ser elaborada na nossa matriz jurídica, a principal dificuldade na aplicação da teoria do desvio de poder ao procedimento legislativo é de cunho probatório, ou seja, como se revelar que o manejo aparentemente le-

58 Na doutrina francesa, confira-se, por exemplo, Odile de David Beauregard-BERTHIER. *Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois* (2009), em que o autor nos dá notícia de algumas manifestações do Judiciário daquele país quando provocado a controlar violação de regras procedimentais previstas para a elaboração das leis. BERTHIER, ressaltando que em princípio apenas a violação de normas regimentais de nível constitucional são sancionadas pelo Conselho Constitucional do seu país (o que acaba tendo um alcance mais alargado quando se pensa no bloco de constitucionalidade como parâmetro de tal análise), afirma que já houve consagração por tal Corte das exigências de clareza e sinceridade no debate parlamentar, a qual também se pronunciou quanto a "limites inerentes ao poder de emenda" a cargo dos parlamentares (em especial quando tais acréscimos não possuem qualquer relação com o texto da proposta original analisada - vide CC, nº 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Amendement Séguin*) (2009, p. 456/457). Note-se que essa é uma das questões suscitadas na Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.530, que serviu de ponto de partida para as presentes reflexões.

gal de atribuição estatal na verdade é ilegítimo por esta estar sendo posta a serviço particular daquele que a detém para a promoção de valores caros à sociedade.

Superado o obstáculo da prova, que muitas vezes será mesmo circunstancial⁵⁹, não vemos justificativa plausível para, na atual quadra do desenvolvimento de nossas instituições, admitir-se que a competência para aprovar leis seja usada como instrumento de perseguição política, de garantia de imunidade quanto a crimes cometidos ou então de embaraço a investigações em curso, para ficarmos em alguns riscos atuais experimentados pelo nosso país em tal seara.

5. CONCLUSÃO

Neste estudo nos dedicamos a perquirir qual o conteúdo da cláusula do *devido processo legislativo* como garantia do indivíduo contra o arbítrio na arte de fazer leis.

O tema, que não é novo, vem assumindo importância capital no nosso sistema, em especial considerando o quadro institucional que estamos vivendo, em que a falta de controle quanto à observância de regras preestabelecidas para o exercício da função legislativa põe em risco a legitimidade dos atos normativos resultantes de uma disputa política que não encontra freios.

Apesar de ser próprio da fórmula do *devido processo* um certo grau de indefinição quanto aos seus exatos contornos, característica que permite sua permanente atualização com o passar dos séculos, neste ensaio abordamos cinco vetores que, pertinentes à referida garantia, entendemos que seriam fundamentais na construção de um desenho institucional adequado para a produção de boas leis pelos nossos representantes.

Tendo em conta que o propósito do iter previsto para a elaboração de atos normativos deveria ser o de criar um ambiente favorável ao desempenho eficiente de tal atividade, o que pressupõe, além da preservação de direitos individuais e coletivos, a devida instrução da proposta submetida ao escrutínio dos parlamentares, inclusive através da transparência e sopesamento dos interesses tocados pela iniciativa, defendemos anteparos vocacionados a tutelar tais valores.

O respeito às regras regimentais estabelecidas para disciplinar a tramitação dos projetos de lei, a realização de estudos de impacto, a inexistência de conflito de interesses por parte dos agentes responsáveis pela respectiva deliberação, o fortalecimento do papel das Comissões Parlamentares permanentes neste enredo e o debate sincero acerca das alterações pensadas, com a participação da sociedade civil no seu aprimoramento.

59 Embora o avanço do uso da tecnologia em investigações recentes tenha surpreendido quanto ao registro dos bastidores da aprovação de leis por meio de pagamento de propina, o que, a nosso ver, caso reste incontroverso, caracteriza com perfeição a hipótese de desvio de poder, em muitas situações a prova de tal vício do ato parlamentar será feita de modo indireto, a partir de circunstâncias comprometedoras que apontem para o ilícito e com relação as quais do agente não consiga suscitar qualquer dúvida razoável a seu favor. Exemplo bastante ilustrativo de como dados contextuais podem conduzir à conclusão acerca da existência de vício em um processo de elaboração de leis que, em vez de perseguir o bem geral, na verdade não passa de um instrumento para concessão de vantagens inconstitucionais para um círculo exclusivo de pessoas, pode ser visto em Carlos Ari SUNDFELD (1994, p. 164 e ss.).

Embora seja certo que a singela obediência a tais etapas/requisitos não baste para que tenhamos leis melhores, acreditamos que sua observância represente um aliado poderoso para avançarmos nesse sentido.

Finalmente, como estamos a propor elementos de *dever-ser* no exercício do processo legislativo, resta saber como o Judiciário se posicionará quando provocado acerca do seu descumprimento.

Com a palavra o STF, que tem no julgamento da Medida Cautelar n. 34.530 uma excelente oportunidade para refletir sobre como devem ser produzidas as leis em nossa Democracia.

6. REFERÊNCIAS

- ALBERTINI, Pierre. *La crise de la lois – déclin ou mutation?*, Paris: LexisNexis, 2015.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? in DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*, 8. ed., p. 405/414, Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.
- BERTHIER, Odile de David Beàuregard-. Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois in *Revue Française de Droit Constitutionnel – RFDC*, n. 79, p. 451/476, Paris: PUF, 2009/3 (disponível em <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-3-page-451.htm>, acesso feito em 26/06/17, às 21:00).
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BRELÀZ, Gabriela de. *Advocacy e lobby das organizações da sociedade civil in Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, ano 9, n. 18, p. 41/77, Belo Horizonte: Fórum, jul.-dez. 2015.
- CALAMANDREI, Pierro. *Proceso y democracia*, trad. Hector Fiz Zamudio, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CARCASSONNE, Guy. Penser la loi in *Pouvoirs – Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques*, n. 114, p. 39/52, Paris: Seuil, set. 2015.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*, 6. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias*, São Paulo: RT, 2008.
- CRAIG, Paul. *Administrative law*, 6. ed., London: Sweet & Maxwell, 2008.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública na administração contemporânea*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco, 2017.
- FISHKIN, James. The televised deliberative poll: an experiment in Democracy in *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, v. 546, p. 132/140, July 1996.
- GUIMARÃES, André Sathler; BRAGA, Ricardo de João. Legística – inventário semântico e teste estresse do conceito in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, ano 48, n. 191, p. 81/97, Brasília: Senado Federal, jul./set. 2011.
- DICKMANN, Renzo. *Processo legislativo e limiti della legge*, Napoli: Jovene, 2006.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3. ed., Madrid: Civitas, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- GALLIGAN, D. J. . *Discretionary powers*, Oxford: Clarendon Press, 2011.
- HELD, David. *Models of democracy*, 3. ed., California: Stanford University Press, 2006.
- LEAL, Vitor Nunes. Lei e regulamento in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. I, p. 371/396, Rio de Janeiro, janeiro de 1945.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais in SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 615/681, São Paulo: RT, 2012.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1990.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. Comentários à Constituição do Brasil (art. 5º, LIV) in CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 427/432, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística – critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, Lisboa: Verbo, 2007.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar. Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*, 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar in *Revista de Direito Público – RDP*, ano VIII, ns. 39-40, p. 73/82, São Paulo: RT, jul./dez. 1976.
- ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 209, p. 189/220, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. de 1997.
- ROSSET, Patrícia. Breve reflexão sobre a Legística, seus aspectos políticos e consolidação de leis in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RLASP*, ano 11, n. 22, p. 181/201, São Paulo: RT, jul.-dez. de 2008.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*, São Paulo: Saraiva, 1968.
- SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOARES, Fabiana de Menezes. O papel da Legística nos processos de integração (ALCA): o caso Brasil/Canadá em sede de planejamento legislativo in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, n. 45, p. 212/226, São Paulo: Malheiros, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da impessoalidade e abuso do poder de legislar in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v.5, p. 152/178, São Paulo: Malheiros, 1994.
- TÁCITO, Caio. Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 242, p. 63/73, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*, São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- WADE, H. W. R.; FORSYTH, C. F. *Administrative law*, 11. ed., Oxford: Oxford University Press, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge – il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino: Einaudi, 2009.
- _____; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 2012.