

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOSÉ TRINDADE MONTEIRO NETO**

**O CONCEITO JUDICIAL DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**

**BRASÍLIA**

**2020**

**JOSÉ TRINDADE MONTEIRO NETO**

**O CONCEITO JUDICIAL DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva

**BRASÍLIA**

**2020**

## **JOSÉ TRINDADE MONTEIRO NETO**

### **O CONCEITO JUDICIAL DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, 25 de setembro de 2020

#### **BANCA EXAMINADORA**

---

Dr. Rafael Silveira e Silva (ORIENTADOR)  
Programa de Pós-Graduação em Direito – IDP

---

Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (AVALIADOR)  
Programa de Pós-Graduação em Direito – IDP

---

Dra. Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo (AVALIADORA)  
Programa de Pós-Graduação em Administração Pública – IDP

A **João Filho**, responsável por tudo que sou e que eventualmente serei; origem de quase todas as minhas paixões – da “Fórmula 1” ao Direito – e do meu sonho de, um dia, tornar-me um grande jurista.

A **Fernanda**, a quem, desde o primeiro olhar, entreguei minha vida.

*“Run, rabbit run/ Dig that hole, forget the sun/  
And when at last the work is done/ Don't sit down,  
it's time to dig another one” (Pink Floyd - Breathe)*

*“Os doutores do Grão-Veículo ensinam que o  
essencial do universo é a vacuidade. Têm plena  
razão no que se refere a essa mínima parte do  
universo que é este livro. [...] O homem que o  
compôs era bem infeliz, mas se entreteve  
escrevendo-o; tomara que algum reflexo daquele  
prazer chegue aos leitores” (Jorge Luís Borges –  
História Universal da Infâmia)*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, João e Suely, razão e origem do pouco que há de bom em mim;

A Patrícia e Lourdes, que me receberam em suas casas como um filho ou irmão.

A meus professores, desde o ensino fundamental (Joelson, Zaíra, Roberto, Marsélio, Célia e Hamon, dentre tantos outros), passando pelo ensino médio (Edivaldo Lyra, Francisco Linhares, Thiago Lima, Plínio, Gil Hollanda e Deuzeny, dentre tantos outros) até a Universidade (Pedro Parini, Walter Agra, Martsung Alencar, Rogério Fialho, dentre alguns outros).

A meu orientador, Rafael Silveira, pelos brilhantes *insights* e pelo apoio e amizade incondicionais.

A Gustavo Rabay, pedra fundamental de toda a minha trajetória acadêmica.

A Ocino Júnior, Ives Gondim, Rafael Sobral, Harrison Júnior e Nicolas Schuindt, pelas sagradas amizades que resistem ao tempo e à distância.

A Messias Bezerra, Erick Filho e Nilo Araújo, que trilharam ao meu lado caminhos inesquecíveis.

A André Coelho, Gustavo Troccoli, Nathália Guerra, Eduardo Maia, Mariana Lima, Mayanne Bezerra, Eduardo Henrique, Marko Batista, Juvêncio Almeida, Antônio Trigueiro, Eliphaz Toscano, Carol Valadares e Thulio Almeida, com a saudade da convivência diária nos bancos da faculdade.

A Sérgio Murilo, Bianor Arruda, Rudival Gama, Bruno França, Daniel Lorenzo, Tony, Ana Helena, Rúbia, Luciana Borges, Luciana Nóbrega, Bruno Melo, Débora, Jaílson, Elton Barros e Otávio (“Mestre Otávio”), referências profissionais nos tempos de Justiça Federal.

A Gustavo Rabay (novamente), Bruno Bastos e Rômulo Palitot, por me permitirem a imensa honra de trabalhar e aprender ao seu lado.

A William Buchmann, ao mesmo tempo companheiro de luta acadêmica, ombro amigo e referência. A Lucas, Márcio, Raniere, Fernando e a todos os demais colegas da turma 2018.2 do Mestrado no IDP.

A Carlos Vilhena, chefe e amigo, pela confiança de sempre.

A João Vitor, poço de cultura e pessoa sensacional, bem como todos e todas com quem tenho a honra de dividir diariamente o ambiente de trabalho na Procuradoria-Geral da República.

## RESUMO

Esta pesquisa busca sistematizar as diversas acepções assumidas pelo princípio do devido processo legislativo nas manifestações por meio das quais o Poder Judiciário exerce o controle da validade e da legitimidade da atividade legislativa. A análise parte da teoria discursiva de democracia, que estabelece como fonte da validade de um provimento estatal a abertura discursiva e participativa presente no processo de produção desse provimento. A partir disso, justifica-se o exercício do controle judicial sobre o processo legislativo, à luz do paradigma procedimental, visando não apenas a garantir sua regularidade formal, mas também a robustez discursiva, pautada nos direitos fundamentais de participação. Nesse contexto, analisaram-se manifestações jurisdicionais dos cinco Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que se valeram da menção expressa ao mencionado princípio, encontrando grande diversidade de acepções, sistematizadas sob os vieses subjetivo e objetivo, e, neste segundo âmbito, sob uma gradação, de acordo com a profundidade da análise do devido processo legislativo e a força do controle jurisdicional sobre a atividade legiferante. O trabalho apresenta ainda dados quantitativos acerca das manifestações colhidas nas instâncias judiciais analisadas, em relação à forma como tal princípio foi abordado em cada uma.

**Palavras-chave:** Processo legislativo. Controle judicial. Legitimidade da legislação. Devido processo legal.

## ABSTRACT

This research aims to systematize the different meanings assumed by the principle of due legislative process in the deliberations by which the Judiciary exercises the validity and legitimacy's control of legislative activity. The analysis starts with the discursive theory of democracy, which establishes as a source of the validity of a state exposure the discursive and participatory openness present in the production process of this pronouncement. From that, the exercise of judicial control over the legislative process is justified, in light of the procedural paradigm, aiming not only to guarantee its formal regularity, but also the discursive robustness, based on the fundamental rights of participation. In this context, were analyzed the jurisdictional manifestations of the five Federal Regional Courts, the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court that used the express mention of the aforementioned principle, finding a lot of diversity of meanings, systematized under subjective and objective perspectives, and, in this second scope, under a gradation, according to the depth of due legislative process' analysis and the strength of jurisdictional control over the production of laws. This dissertation also presents quantitative data about the manifestations gathered in the judicial instances analyzed, in relation to how this principle was approached in each one.

**Keywords:** Legislative process. Judicial control. Legitimacy of legislation. Due process of law.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UM CONCEITO DE DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1</b>	<b>O devido processo legislativo entre dois extremos .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2</b>	<b>Outro dilema .....</b>	<b>30</b>
<b>2.3</b>	<b>A Teoria Discursiva de Democracia .....</b>	<b>34</b>
2.3.1	Validade, processo e contraditório .....	35
2.3.2	Soberania, democracia e consenso .....	40
2.3.3	A legitimidade e os limites do controle judicial do devido processo legislativo .....	46
2.3.4	Os parâmetros do controle judicial do devido processo legislativo .....	53
<b>3</b>	<b>AS DIVERSAS ACEPÇÕES DA EXPRESSÃO “DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO” .....</b>	<b>61</b>
<b>3.1</b>	<b>Devido processo legislativo objetivo e devido processo legislativo subjetivo .....</b>	<b>62</b>
<b>3.2</b>	<b>Devido processo legislativo subjetivo .....</b>	<b>64</b>
3.2.1	O devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes do processo político de produção normativa.....	64
3.2.1.1	<i>Momento e instrumento adequado para se despertar o controle judicial .....</i>	<i>66</i>
3.2.1.2	<i>Titularidade do direito subjetivo em questão e legitimidade para se buscar a proteção judicial.....</i>	<i>68</i>
3.2.1.3	<i>Parâmetros do controle judicial.....</i>	<i>72</i>
3.2.2	O devido processo legislativo como direito subjetivo das pessoas submetidas a julgamentos e investigações realizados pelo Parlamento .....	77
<b>3.3</b>	<b>Devido processo legislativo objetivo .....</b>	<b>80</b>
3.3.1	Devido processo legislativo objetivo de primeiro grau.....	82
3.3.2	Devido processo legislativo objetivo de segundo grau .....	84
3.3.3	Devido processo legislativo objetivo de terceiro grau .....	87
<b>3.4</b>	<b>Momento, instrumento, legitimidade e parâmetros do controle judicial do devido processo legislativo objetivo .....</b>	<b>91</b>

<b>4</b>	<b>ANÁLISE DA APLICAÇÃO CONCRETA DO CONCEITO DE DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO NAS DECISÕES JUDICIAIS .....</b>	<b>95</b>
<b>4.1</b>	<b>O devido processo legislativo na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais .....</b>	<b>100</b>
<b>4.2</b>	<b>O devido processo legislativo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça .....</b>	<b>103</b>
<b>4.3</b>	<b>O devido processo legislativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>106</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>116</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>122</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal não utiliza, em parte alguma, de forma expressa, a expressão “devido processo legislativo”. É comum, entretanto, deduzir sua presença implícita no texto constitucional, como um dos aspectos que compõem a concepção, mais alargada, de “devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição).

Entretanto, embora bastante tradicional e presente nas discussões jurídicas desde muito tempo (e investigar as origens da utilização dessa expressão no vocabulário jurídico extrapola, em muito, os objetivos deste trabalho), a própria ideia de “devido processo legal” não assume conteúdo preciso, conforme destaca Alvim (2017, p. 41):

O princípio do devido processo legal, historicamente, não tem sido objeto de definições. Ao contrário, é um princípio vago, ao qual, em épocas distintas, têm sido dadas interpretações diferentes [...]. Aliás, até hoje, nos Estados Unidos, não se definiu o que é e, muito menos, qual o efetivo alcance da expressão *due process of law*.

Ora, se a mencionada expressão, presente no texto constitucional, é equívoca e vaga, que dizer de um conceito dela derivado, sequer expressamente mencionado, como é o caso do “devido processo legislativo”? E, de fato, essa imprecisão tem sido percebida de forma nítida nas manifestações jurisdicionais de controle do processo de formação dos textos normativos gerais e abstratos, sendo notados vários enfoques e gradações ao mencionado princípio, constatando-se, em alguns momentos, grande dificuldade de identificar *a que realmente se está referindo* quando se fala em devido processo legislativo.

Fala-se, por exemplo, em devido processo legislativo como direito subjetivo das pessoas submetidas a julgamento ou investigações realizados perante o Parlamento, mas também se utiliza a expressão para representar o direito subjetivo público de um parlamentar a não se submeter a procedimentos e deliberações que violem as normas constitucionais regentes do processo legislativo. O mesmo conceito também é empregado no sentido de uma condição objetiva de validade formal das normas jurídicas. Há, dentro desse panorama objetivo, as concepções que opõem uma visão meramente formal do princípio ora tratado – no sentido de mero respeito aos procedimentos traçados – a uma visão mais substancial, do devido processo como aquele revestido de caráter democrático, no qual os destinatários do provimento estatal participam da elaboração desses provimentos. Há, ainda, uma polêmica mais: o princípio do devido processo legislativo, na seara judicial, engloba a verificação de regularidade dos processos parlamentares de produção de normas também perante as balizas procedimentais

postas pelos regimentos internos das Casas legislativas, ou apenas em face dos parâmetros constitucionais?

Em resumo e reforço, se a ideia de “devido processo legal” é equívoca, o seu “subproduto” – e aqui não se utiliza esta expressão em tom pejorativo – “devido processo legislativo” o é ainda mais. Daí a necessidade de uma pesquisa que busque delimitá-lo, ou, ao menos, contribuir para uma melhor sistematização do conceito.

Este trabalho buscou, então, a partir de análise detalhada de manifestações judiciais que se utilizaram expressamente desse princípio, delimitar de forma mais precisa e sistemática o seu conteúdo.

Mas por que colher o conceito a partir de manifestações jurisdicionais? Ou, em outros termos, qual a razão de buscar a delimitação de um conceito fora do *locus* próprio de sua prática e desenvolvimento, que é o Parlamento? Ou mesmo por que não tentar encontrar sua definição com base na compreensão que os destinatários das normas – os cidadãos – têm do que seja um processo legítimo de produção normativa?

Em primeiro lugar, a busca por um conceito montado a partir da compreensão dos cidadãos a respeito do que seja “devido processo legislativo” contém em si dois riscos que, se concretizados, resultariam em prejuízo ou mesmo esvaziamento da discussão proposta.

Por um lado, a apreensão de um “conceito popular” de devido processo legislativo demandaria um esforço imenso e, muito provavelmente, inútil: corre-se o sério risco de se ter diversidade e variedade tais de ponto de vista, que a formulação de um conceito unitário, ou até mesmo a sistematização dos vários conceitos encontrados, resultaria inviável. Isso porque, na tentativa de abarcar as mencionadas diversidade e variedade, os resultados tenderiam a uma definição tão vaga e genérica que perderia qualquer utilidade, esvaziando o objetivo central desta pesquisa, que perpassa exatamente pela busca da delimitação de uma moldura minimamente precisa e instrumental sobre o conceito em questão.

Em outras palavras, o primeiro risco consiste em se alcançar uma definição tão dispersa e difusa sobre a expressão em análise que anularia qualquer utilidade de sua busca.

Por outro lado, tentar evitar esse caráter difuso do conceito, buscando sintetizar a variedade e diversidade das concepções dos cidadãos em uma só definição, ou em um conjunto de definições próximas, poderia despertar a tentação de se ignorar as visões dos destinatários das normas e buscar um conceito extraído do “espírito coletivo”, de uma compreensão racional supra-individual, o que constituiria uma contradição em termos: buscar uma definição “popular” de determinado conceito jurídico, ignorando as peculiaridades das visões concretas dos cidadãos, em nome de se extrair um núcleo essencial do conceito, o que não passa de

travestir a visão individual do pesquisador com uma aparência popular, na busca de conferir-lhe legitimidade.

Esses riscos, em última análise, refletem, na metodologia do trabalho ora desenvolvido, o dilema entre as visões liberal e republicana de democracia. E, como será adiante sustentado em mais detalhes, tanto o paradigma liberal como o republicano são insuficientes para fornecer um arcabouço teórico adequado à compreensão do conceito de devido processo legislativo.

Ora, se a função do Direito, segundo o paradigma procedimentalista adotado como referencial teórico desta pesquisa – conforme explicado adiante –, é exatamente mediar a atuação discursiva dos diversos atores sociais para que da interação discursiva entre eles possam nascer normas democraticamente formuladas, minimamente consensuais e aptas a regê-los, qual a contribuição relevante poderia ter uma pesquisa que, a pretexto de buscar uma definição ou uma delimitação sistemática da moldura de determinado conceito jurídico, se limitasse à representação da soma das diversas visões individuais dos cidadãos a respeito desse conceito?

Em sentido contrário, todo o esforço de pesquisa seria inútil se, após captar as diversas compreensões dos cidadãos a respeito do que seria um devido processo legislativo, coubesse ao pesquisador “iluminado” encontrar valores homogêneos subjacentes às inúmeras definições encontradas, sobrepondo, muitas vezes, valores que subjetivamente lhe são caros, em lugar da real consciência que os cidadãos ostentam a respeito do princípio em estudo.

O risco de incorrer num desses extremos, que levariam, tanto um como outro, à inutilidade da pesquisa, somado à dificuldade de se encontrar um meio termo que tornasse viável – tanto teórica como praticamente – colher diretamente dos cidadãos as visões que eles têm a respeito do princípio do devido processo legislativo, levou-nos à opção de não buscar nesse âmbito a definição do citado conceito jurídico. Ressalte-se o caráter de mera **opção**: não se está aqui a afirmar, sustentar ou defender a inviabilidade de uma pesquisa desse tipo, ou sua inutilidade, caso viável; apenas se busca, com essas palavras, justificar a escolha do enfoque a partir da conveniência desta pesquisa.

Mas ainda resta um obstáculo à escolha adotada: se o processo legislativo se desenvolve no âmbito do parlamento, sendo este o *locus* próprio para a institucionalização do discurso voltado à produção de normas jurídicas, por que não sistematizar o conceito a partir das manifestações de seus membros sobre a definição de devido processo legislativo?

Dois óbices fundamentais foram encontrados em relação a esse possível viés da pesquisa.

O primeiro deles guarda relação com uma das principais críticas que se faz a grande parte das abordagens teóricas a respeito da legislação: a “privatização do processo legislativo e

seu confinamento à dimensão institucional” (BARBOSA, 2010, p. 5). Buscar uma visão estritamente parlamentar do conceito jurídico em análise incorreria no risco iminente de se reforçar o entendimento – que sustentaremos superado – de um processo legislativo restrito à esfera institucional do parlamento, sem abertura à sociedade e não sujeito a controle, ignorando o relevante aspecto de abertura desse processo a uma esfera pública politicamente atuante, à qual deve ser dada a capacidade de conhecer, criticar e até mesmo interferir na formação institucional das leis. Afinal, “sem essa abertura, o processo legislativo é privatizado pelos agentes estatais e pelos lobbies cristalizados nos partidos políticos, já familiarizados com as peculiaridades do jogo parlamentar” (BARBOSA., 2010, f. 166).

Nesse contexto, uma pesquisa que buscasse apenas no parlamento a definição pretendida para o conceito em estudo correria o risco de reforçar essa ideia de privatização e fechamento do processo, tratando-o integralmente como questão *interna corporis*, o que traria, inclusive, um conflito insolúvel entre, de um lado, o recorte escolhido para a pesquisa, e, do outro, o marco teórico adotado no presente trabalho – o modelo de democracia deliberativa habermasiano –, para o qual é essencial a “garantia de participação dos destinatários na construção das decisões” estatais (ALMEIDA, 2005, p. 98).

O segundo obstáculo encontrado é o de que o trabalho, caso restrito a apreender a concepção parlamentar, não contribuiria com a discussão acerca da possibilidade de controle jurisdicional do devido processo legislativo – talvez o maior centro de controvérsias na ordem jurídica brasileira, já há alguns anos, no que se refere ao processo legislativo –, e, por isso, a pesquisa poderia ser tida como anacrônica, pois, embora em outros momentos históricos pudesse se falar numa opção ideológica dos tribunais brasileiros de serem condescendentes com a ‘privatização’ do processo legislativo e o domínio dos negócios políticos pela maioria circunstancial, o fato é que a própria análise de jurisprudência desenvolvida nesta pesquisa comprova que ao menos o Supremo Tribunal Federal vem modificando, ainda que timidamente, seu entendimento a respeito do tema, passando a exercer um controle cada vez mais substancial do processo de formação das leis<sup>1</sup>.

É nesse cenário que passou a ser discutido, por exemplo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não apenas o respeito às formalidades do processo legislativo, mas também a preocupação com o caráter democrático dos procedimentos de elaboração dos textos normativos, com a construção do “debate público e [d]o ambiente deliberativo [...] sobre as normas que irão regular a vida em sociedade” (STF, ADI 5127, p. 31, decisão analisada em

---

<sup>1</sup> Esse panorama ficará mais claramente demonstrado na seção destinada à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do devido processo legislativo – item 4.3, *infra*.

detalhes adiante). No mesmo contexto, vem emergindo, também, ainda que de forma discreta, o debate judicial acerca do desvio de finalidade nas normas jurídicas produzidas pelo parlamento; a busca pelo respeito ao princípio da moralidade nas votações e pela consequente garantia de que as manifestações e deliberações dos parlamentares sejam guiadas por interesses públicos, e não por interferências escusas; a utilização de normas regimentais, se não para amparar o controle direto dos atos legislativos, mas ao menos para informar as decisões judiciais e fornecer subsídios para a análise da legitimidade da norma – em superação ao entendimento taxativo de que o judiciário não poderia, de forma alguma, efetuar o cotejo analítico da norma criada pelo parlamento com os respectivos regimentos das casas legislativas.

E toda essa gama de discussões, que, ao ver deste pesquisador, constituem a fronteira que precisa ser transposta no debate acerca da legitimidade e dos limites do controle jurisdicional do processo de produção de textos normativos, restaria escanteada desta pesquisa, caso se optasse pela busca de um conceito parlamentar de devido processo legislativo – cenário que, se não constitui um óbice intransponível ao desenrolar do trabalho por esse caminho, certamente traria o inconveniente de retirar da presente dissertação as controvérsias de maior relevo na atualidade, quanto ao tema.

Assim, esses dois obstáculos – o risco de construir-se uma visão privatizada e confinada da noção de devido processo legislativo, ignorando o principal elemento do modelo procedimentalista de democracia (a participação dos destinatários das normas na produção destas), somado ao risco de se passar ao largo das questões mais relevantes no atual estágio das discussões acerca do tema ora em debate –, justificam a rejeição ao objetivo de se construir uma definição minimamente precisa e instrumental da expressão “devido processo legislativo” à luz do entendimento dos parlamentares, e a escolha de se colher essa definição a partir de manifestações jurisdicionais – local em que, diga-se ainda uma vez, vêm se desenvolvendo todas aquelas questões anteriormente apontadas como as mais relevantes.

Não que a busca por um conceito judicial de devido processo legislativo se desenvolva por um caminho livre de quaisquer obstáculos.

Primeiramente, o fato de restringir o universo da busca às manifestações jurisdicionais não tornou menos abrangente o âmbito da pesquisa, tampouco garantiu a completa blindagem em relação ao mesmo risco que se corria caso se optasse pela busca de um conceito popular de devido processo legislativo: o de encontrar respostas de tamanha diversidade e variedade a ponto de inviabilizar a formulação da buscada moldura minimamente precisa e instrumental sobre o conceito em questão. Esse foi um dos principais desafios encontrados, e a contribuição

que este trabalho pretende fornecer ao debate sobre a matéria: uma mínima sistematização de tema tão difusamente abordado na jurisprudência pátria.

Em segundo lugar, emergiu a questão da legitimidade do controle judicial sobre o procedimento parlamentar de produção das normas. E, justificada a legitimação da atuação da jurisdição – em especial, da jurisdição constitucional – sobre o processo legislativo, é preciso também estabelecerem-se os seus limites. Deve tratar-se de uma atuação mais incisiva, que pode se dar a qualquer tempo, inclusive resultando na suspensão de determinado procedimento no âmbito do qual se afrontem as normas jurídicas que regem o processo legislativo? Ou mais contida, restrita apenas ao controle posterior da validade formal das normas já postas (com o perdão da redundância)? Deve-se ter um controle amplo, substancial, abrangendo o mérito da real tradução, no processo de produção legislativa, da participação dos representados nas manifestações e deliberações dos representantes, ou uma fiscalização restrita ao âmbito formal, ao respeito à juridicidade dos procedimentos, mais próximo, por exemplo, da visão clássica acerca do controle judicial sobre os atos administrativo (DI PIETRO, 2018, pp. 252-253)?

E toda essa discussão tem como pano de fundo a ideia de separação dos poderes, sempre orientando o debate a receios – que se repetem diversas vezes, como será observado – relativos à tentativa de delimitação da exata fronteira entre, de um lado, a regular atuação jurisdicional sobre o processo legislativo e, de outro, a invasão, pelo Poder Judiciário, das atribuições inerentes ao Poder Legislativo; entre o princípio da supremacia da Constituição, a ser observado também no processo constitutivo das normas, e a ruptura do ideal democrático da separação dos poderes; entre o exercício da jurisdição constitucional como guardião da Carta Magna e o “ativismo judicial” (termo de múltiplos significados, mas neste contexto utilizado como síntese das visões contrárias aos ditos excessos do Judiciário).

Em tal debate, é comum, também, verificar-se a oposição entre os conceitos de constitucionalismo e de democracia, como se a limitação ao exercício do poder, representada por aquele, não fosse, também, um contributo à concretização desta.

Nesse contexto, é sintomático que se encontre, nas diversas decisões judiciais analisadas, menções a um necessário *self restraint* do Poder Judiciário, visto como essencial para resguardar o princípio da separação dos poderes e o *locus* democrático de produção das normas jurídicas, que é, por excelência, o Parlamento. Entretanto, é estabelecido, aqui, um aparente paradoxo, decorrente da necessidade de que alguma estrutura externa ao Parlamento esteja em permanente vigilância para que esse *locus* democrático por excelência não desvirtue as práticas democráticas que devem permear o processo legislativo. Mas a quem caberia esse papel, se não ao próprio Poder Judiciário, portador do tão propagado “deficit de legitimidade”?



Todas essas são questões que precisam ser enfrentadas quando se busca extrair das manifestações jurisdicionais um conceito minimamente preciso e instrumental de devido processo legislativo.

Entretanto, entendemos que esses obstáculos não têm a mesma dimensão daqueles que se contrapõem à busca pelos conceitos popular e parlamentar de devido processo legislativo.

Nesse contexto, a presente pesquisa buscou delimitar como o princípio do devido processo legislativo é tratado pelas manifestações jurisdicionais de controle da atividade política de produção normativa, levada a cabo pelo Parlamento. Buscou-se, também, nessa esteira, delimitar balizas importantes acerca do tema, principalmente no que diz respeito ao âmbito e aos parâmetros sobre os quais se desenvolve tal controle judicial do processo legislativo.

O objetivo central consistiu em verificar se vem sendo dado, pelo Poder Judiciário, tratamento minimamente sistemático a esse princípio e a esse controle, e se é possível extrair das manifestações jurisdicionais sobre o tema uma mínima delimitação do conceito que sirva de paradigma instrumental para orientar futuras apreciações que se façam sobre a regularidade e a legitimidade da atividade legiferante.

Com esse intuito, o segundo capítulo desta dissertação revisita as discussões doutrinárias mais importantes sobre a racionalidade do processo legislativo, buscando colher, das mais relevantes, pressupostos firmes sobre os quais se possa desenvolver a conceituação adequada do devido processo de produção normativa.

Nesse contexto, analisou-se, brevemente, no que interessa, o caminho percorrido da fase inicial do Positivismo Jurídico – marcado pela Escola da Exegese e pela preocupação com o legislador racional, do qual emanassem provimentos legislativos de tal forma seguros e coerentes que somente reservariam ao intérprete a atividade mecânica de aplicá-los aos casos concretos – até as etapas tardias dessa corrente do pensamento jurídico, nas quais a preocupação com a racionalidade da legislação foi sendo relegada a um patamar secundário, substituída pela atenção dada ao processo de aplicação judicial da norma posta, chegando-se, após esse percurso, ao momento Pós-Positivista, em que foi conferida atenção mais sistemática e concreta à racionalidade legislativa.

A partir daí, analisaram-se as visões de Atienza e Ripollés, que, na busca por essa racionalidade legislativa, incorreram em modelos excessivamente normativos, dependentes de conteúdos axiológicos pressupostos a orientar o controle da atividade legiferante, até se chegar ao modelo que se reputou mais consistente para amparar a discussão sobre o tema: a visão procedimentalista da teoria discursiva de democracia, elaborada inicialmente por Habermas e

aplicada à realidade brasileira por teóricos do calibre de Leonardo Augusto de Andrade Barbosa e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Essa teoria encara o processo legislativo sob o enfoque de um procedimento realizado em contraditório, no qual se deve garantir a abertura discursiva e de participação, em igualdade de condições, dos destinatários dos provimentos estatais.

À luz desse marco, abordam-se em detalhes importantes pressupostos para a discussão, tais como os conceitos discursivos de validade – aceitação dos provimentos pelos destinatários, aceitação essa que se obtém garantindo a participação destes no procedimento de elaboração – , processo, contraditório, soberania popular e democracia. A partir disso, também são discutidas, do ponto de vista teórico, questões incidentais de extrema relevância para a completa abordagem da matéria – a condição estruturante que os direitos fundamentais assumem na concretização do caráter democrático da legislação, a legitimidade do controle jurisdicional sobre os atos legislativos e a possibilidade de se utilizar das normas constantes dos regimentos internos das casas legislativas como parâmetro desse controle de legitimidade da atividade legiferante.

Na sequência, o terceiro capítulo sistematiza e classifica os resultados encontrados a partir da análise das manifestações judiciais que abordaram de alguma forma o devido processo legislativo. No curso da pesquisa, percebeu-se que os Tribunais nacionais conferem ao termo “devido processo legislativo” uma gama bastante diversa de significados, e este momento da dissertação consiste exatamente em buscar agrupá-los de forma lógica e sistemática, em categorias minimamente coesas. Neste ponto, além da diversidade quantitativa de sentidos atribuídos à expressão, pôde-se perceber uma verdadeira gradação de intensidade desses sentidos, como legitimadores de um maior ou menor controle judicial sobre a atividade parlamentar.

A par desse cenário, são apresentados os conceitos do devido processo legislativo subjetivo, direito de dupla feição. De um lado, apresenta-se como direito dos parlamentares, individualmente ou em grupos minoritários, de resguardar posições discursivas no curso do processo legislativo, em face dos demais participantes do procedimento ou das autoridades responsáveis pela sua condução, de modo a não se sujeitar a coerções na esfera discursiva e não serem obrigados a submeter-se de forma absoluta aos ditames arbitrários das majorias eventuais. De outro, como direito das pessoas submetidas a julgamentos e investigações perante o Parlamento (como nos casos dos processos de *impeachment* e das Comissões Parlamentares de Inquérito) a ver respeitado, no curso desses procedimentos, seus direitos fundamentais inerentes à condição de acusado ou investigado – este segundo conceito é mais um direito ao

devido processo perante o Parlamento do que ao devido processo legislativo (atividade legiferante), mas sua análise fornece resultados úteis à pesquisa.

Também se apresentam os conceitos de devido processo legislativo tomado na dimensão objetiva, a servir de parâmetro de validade de todas as normas do ordenamento jurídico. É neste contexto que se apresenta a mencionada gradação do conceito, tendo em vista que a apreciação judicial do tema varia de um conteúdo fraco do princípio do devido processo legislativo – por nós nomeado de primeiro nível/grau, associado a um controle jurisdicional mais superficial da produção normativa do Parlamento –, passando por um sentido intermediário – segundo nível, apenas ligado ao controle formal do processo político de produção das leis – até chegar ao conceito mais substancial – terceiro nível, no qual é notória a preocupação não apenas com o respeito às formalidades procedimentais, mas também com a qualidade discursiva do processo legislativo.

Por fim, o quarto capítulo apresenta análise específica e contextualizada das manifestações judiciais analisadas. À primeira vista, pode parecer assistemático apresentar-se os resultados colhidos antes do estudo detalhado do objeto selecionado. Ocorre, todavia, que nesse contexto, a presente pesquisa incorreu em verdadeiro círculo hermenêutico. A partir dos julgados, procedeu-se a uma categorização das diversas acepções da expressão “devido processo legislativo”; entretanto, essa categorização funcionou como principal parâmetro científico para análise dos julgados selecionados, permitindo, inclusive, proceder-se a uma classificação sistemática destes. Repita-se: foi a categorização formulada a partir das manifestações jurisdicionais sobre o tema que permitiu analisar de forma mais clara como o Poder Judiciário vem se manifestando a respeito do tema.

Dessa maneira, a forma de organizar a apresentação dos resultados colhidos pela pesquisa – primeiramente se expondo a sistematização dos conceitos e, posteriormente, analisando-se e classificando-se de forma sistemática os julgados que abordam a questão do devido processo legislativo – resultou de escolha pautada unicamente em razões de ordem prática, associadas à facilidade de exposição do raciocínio, não sugerindo qualquer precedência daquelas conclusões sobre a análise concreta dos acórdãos.

E, a partir dos resultados, pôde-se analisar de forma mais metódica como cada instância jurisdicional pesquisada – Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, escolhidos pelos motivos declinados logo na abertura do capítulo quarto – tratou o tema, permitindo-se chegar a conclusões interessantes sobre o *locus* mais adequado à discussão mais aprofundada e aqueles tribunais que buscam se eximir de um controle mais substancial do processo legislativo.

A metodologia adotada, portanto, foi, em relação ao marco teórico no qual buscamos embasar a discussão, a revisão bibliográfica, e, quanto à busca pelo conceito judicial do princípio central desta pesquisa a análise de jurisprudência.

Por fim, vale destacar que a busca por um conceito judicial de devido processo legislativo constituía apenas o ponto de partida das pretensões da pesquisa, que abarcaria um espectro bem mais amplo a respeito do controle judicial do processo de formação das leis. A intenção inicial era buscar estabelecer o papel do Poder Judiciário em assegurar a “qualidade” democrática do processo legislativo, e estabelecer uma correlação entre essa “qualidade procedimental” e a “qualidade material” das normas resultantes desses procedimentos, ou ao menos um menor índice de questionamentos judiciais dessas normas.

Nesse contexto, a necessidade de buscar uma definição judicial para o mencionado princípio era apenas uma condição essencial, mas não suficiente, para a completude do trabalho que se pretendia desenvolver<sup>2</sup>. Todavia, a busca por essa definição a partir do discurso dos tribunais retornou resultados tão diversos, tantas conjunturas distintas de utilização e aplicação da expressão em análise, que passou a ter o caráter central que a ela foi dado.

---

<sup>2</sup> Neste ponto, agradecemos expressamente a um questionamento feito pela Professora Doutora Luciana Garcia, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), que, ao se deparar com minha exposição acerca do princípio do devido processo legislativo, questionou a própria existência de tal norma no ordenamento jurídico brasileiro. Essa provocação me foi de importância ímpar, por duas razões: de um lado, mostrou-me que a pesquisa em direito **precisa** ter um conteúdo mínimo de zetética, sendo essencial, em alguma medida, o questionamento dos pontos de partida dogmaticamente adotados; de outro, ao me fazer atentar para a necessidade de demonstrar a existência de um “princípio do devido processo legislativo” no ordenamento jurídico brasileiro, acabou por se tornar a razão de ser do próprio trabalho, ao fim inteiramente voltado à delimitação e definição de tal norma.

## **2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UM CONCEITO DE DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**

A preocupação com a racionalidade da legislação, da qual deriva, ainda que indiretamente, a ideia de devido processo legislativo, centro desta pesquisa, é tratada por doutrinadores de diversas escolas, matizes e influências, perpassando as discussões de inúmeras gerações do pensamento jurídico.

Por essa razão, não é possível colher o fundamento teórico desta pesquisa em uma corrente unitária; a pesquisa será tanto mais rica quanto mais conseguir incorporar os aspectos relevantes dos diversos pontos de vista teóricos que se debruçaram sobre o tema.

Obviamente, uma das visões terá importância predominante; é dela que se extrairá a maioria dos fundamentos relevantes para a análise empreendida neste trabalho. Entretanto, antes de chegar até ela, entendemos útil traçar um caminho – tanto histórico quanto teórico – dos pontos mais importantes do raciocínio jurídico já desenvolvido sobre a matéria.

Passaremos, assim, pela origem das discussões acerca da racionalidade legislativa, com a visão inicial do Positivismo Jurídico, exposta pela Escola da Exegese, que demonstrava intensa preocupação em caracterizar o legislador racional, esperando dele uma norma jurídica isenta de falhas, para que fosse apenas mecanicamente concretizada pelos “aplicadores” do direito (dada a desconfiança que pairava sobre esses aplicadores).

Seguiremos com a análise da diminuição da preocupação em relação à racionalidade legislativa, em detrimento do crescimento da atenção dada à aplicação judicial do direito, guinada realizada pelas fases mais tardias do Positivismo – as quais, a despeito dessa mudança no centro das investigações sobre o tema, também fornecem pontos de partida importantes sobre a falibilidade e arbitrariedade da legislação, abrindo caminho para uma discussão mais detida sobre o controle dos atos legislativos, embora, ao menos no âmbito analisado, não tenham chegado a compor um arcabouço teórico consistente sobre isso.

O passo seguinte é analisar as vertentes do pensamento jurídico a partir das quais a racionalidade da legislação alcança um patamar de maior relevância, assumindo papel mais central na teoria do Direito: as inúmeras correntes de pensamento agrupadas sob a alcunha de Pós-Positivismo.

Nesse contexto, serão vistos os pontos de maior relevo das teorias que conferem um papel excessivamente normativo ao estudo do tema, tratando de valores e fins que necessariamente devem ser buscados pela adequada legislação – teorias as quais, a despeito das

imensas contribuições ao tema, encontram nesse ponto uma fonte de dificuldade de aceitação – ao menos por parte deste pesquisador – e de aplicabilidade concreta.

Após isso, serão também analisados os pontos de vista liberal e republicano a respeito do processo legislativo, com as respectivas vantagens e dificuldades: o primeiro, útil por bem caracterizar a complexidade e a heterogeneidade das sociedades contemporâneas, mas pecando por não conseguir justificar como as sociedades alcançam o mínimo de consenso necessário sobre as normas básicas que regem a vida em comum de seus cidadãos; o segundo, excessivamente normativo por pressupor uma “vontade geral” do povo subjacente ao processo político, legítimo apenas na medida em que “encontra” a “verdadeira” vontade, e, conseqüentemente, de difícil aplicação prática.

E, ao final desse caminho, chega-se à teoria que se reputa mais adequada a amparar a pesquisa em questão, que é a teoria discursiva de democracia elaborada por Habermas e aplicada ao processo legislativo brasileiro a partir de grandes trabalhos produzidos por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, dentre outros. A essa corrente de pensamento será dedicada a maior parte deste capítulo.

## **2.1 O devido processo legislativo entre dois extremos**

É comum o diagnóstico de que, no início do pensamento positivista, a produção de normas jurídicas tinha grande destaque nos olhares dos juristas, mas, ao longo do desenvolvimento de tal escola, foi perdendo espaço para a análise das decisões judiciais, também vistas por alguns teóricos – positivistas ou não – como normas individuais, concretas, criadas pelos juízes e tribunais a partir da associação entre texto normativo e a realidade concreta.

Nesse contexto, Ripollés (2016, versão digital, item 1) destaca que “A escassa atenção dedicada à problemática relacionada à criação do Direito no âmbito da investigação jurídica é um fenômeno cada vez mais ressaltado e criticado”, arriscando-se a traçar um caminho histórico dessa atenção dada pelos teóricos do direito à etapa da legislação. Segundo o mencionado autor, tem-se, inicialmente (tomando como marco o advento da escola positivista) o “período codificador novecentista, durante o qual a preocupação fundamental dos juristas consistia na elaboração de um corpo racional de leis”, ao qual se seguiu uma virada interpretativa em que a análise da aplicação das normas – ou da concretização dos textos normativos, ou ainda da subsunção dos fatos à norma, a depender do referencial teórico adotado – passou a ocupar quase

todo o espaço de estudo do Direito, voltado, quase integralmente, à apreciação analítica da decisão judicial, movimento esse que teria tido como principal consequência uma espécie de aval, de permissão para que “o campo da criação das leis a serem interpretadas ficasse em mãos da improvisação e do oportunismo social e político” (RIPOLLÉS, 2016, versão digital, item 1).

Visão semelhante é externada por Gustavo Just (2006), segundo quem, na evolução do estudo jurídico ao longo da história – ou, ao menos, repita-se, adotando como marco o advento do positivismo jurídico –, passou-se de um fetichismo pela boa legislação a um fetichismo da boa aplicação – parafraseando-o, a evolução do estudo jurídico teria vivenciado a transição de um “mito do bom legislador”, em que as atenções eram quase integralmente voltadas a essa etapa de produção das normas jurídicas, para a fase do “mito do bom intérprete”, em que os estudos jurídicos praticamente relegaram a legislação ao ocaso, passando a dedicar-se com muito mais ênfase à fase de aplicação da norma ao caso concreto.

Entretanto, não concordamos integralmente com essa visão. De fato, a mudança de paradigma na análise da norma jurídica, da fase de produção para a de aplicação normativa, é um fenômeno praticamente incontestado. Todavia, não se pode afirmar, de forma acrítica, que nos primórdios do Positivismo Jurídico – a fase de início da codificação, do Positivismo Exegético – havia propriamente uma preocupação com a racionalidade da produção normativa.

Havia, sim, em sentido diverso, uma desconfiança em relação aos juízes, responsáveis pela aplicação da norma, que gerava um culto à boa legislação, à figura idealizada de um legislador racional, capaz de prever todas as situações e dar ao ordenamento posto (aos textos normativos por ele produzidos) uma pretensão de completude, deixando nas mãos dos juízes apenas um papel mecânico de mera aplicação, subsunção dos fatos às normas – posição politicamente justificada pelo mencionado receio que a sociedade tinha de conferir poder excessivo aos juízes (BOBBIO, 1995, p. 77 e seguintes).

Em outras palavras, no positivismo exegético, nos primórdios da codificação, não se tinha uma efetiva preocupação com a racionalidade da legislação; adotava-se o **pressuposto** de que as normas jurídicas eram produzidas por um legislador racional, de modo que, apesar do grande destaque dado à etapa de produção das normas jurídicas, não se tinha um desenvolvimento mais acurado de **como proceder** para que se tivesse uma garantia de produção racional desses mandamentos.

A despeito dessa ressalva, é fato que nos parece pacífico o diagnóstico com o qual iniciamos a presente discussão: o desenvolvimento histórico das teorias do direito – ao menos, ou principalmente, as de viés positivista – nos mostra que elas deslocaram, ao longo do tempo, o ponto central de sua observação da produção para a aplicação normativa.

Segundo Barbosa (2010, p. 86-89), tal conjuntura é explicada por uma “pretensa neutralidade institucional do Positivismo”, escola cuja preocupação seria “endereçada não à formação do Direito, mas ao conhecimento do Direito”, resultando numa “incapacidade congênita de problematizar as fontes do direito”, de tal forma que

Não faz diferença que a norma jurídica seja produzida por uma assembleia ou por um ditador, desde que seja possível identificar o conjunto de fatos cuja ocorrência define a produção válida da norma, isto é, o procedimento ao qual o direito atribui força jurídica. Neste sentido, poderemos afirmar que, para o positivismo jurídico, o direito fundamenta a si próprio.

No mesmo contexto, Waldron (*apud* BARBOSA, 2010, p. 86) aponta a existência

de uma crença implícita, segundo a qual estrutura e caráter da legislatura são genuinamente desinteressantes do ponto de vista da filosofia do direito. [Este ponto] é formulado como uma questão de estruturas pré-legais e argumentação pré-legal, não como uma questão de estruturas e argumentação nas quais a ciência jurídica como tal deva ter qualquer interesse.

Não se quer, com isso, afirmar ser *inconciliável* com a doutrina Positivista a preocupação com a racionalidade da legislação, com a etapa de produção dos textos normativos gerais e abstratos. Sequer seria possível sustentar tal assertiva, tendo em vista a possibilidade de se desenvolver um estudo mais detido da racionalidade da legislação a partir das bases teóricas lançadas, por exemplo, por Hans Kelsen para o estudo das normas jurídicas.

Nesse contexto, a afirmação de que as “normas que são fixadas por atos de vontade humanos têm – na verdadeira significação da palavra – um caráter arbitrário”, de forma tal que “toda e qualquer conduta [...] pode ser estatuída nos atos de vontade como devida” (KELSEN, 1986, p. 4), não é incompatível com eventuais prescrições que busquem reduzir o caráter arbitrário dos atos de vontade humana traduzidos em normas jurídicas.

Reconhecer tal caráter arbitrário tem, na verdade e antes de tudo, um importante papel para excluir da discussão, no âmbito da produção normativa, qualquer busca por uma vontade homogênea e imanente, a guiar a produção racional de normas jurídicas. Afinal, “a suposição de que normas há que não promanam da ‘arbitrariedade’ conduz ao conceito de normas que não são o sentido de atos de vontade humanos [...], e sim atos de vontade sobre-humanos, nomeadamente são o sentido de atos de vontade divinos” (KELSEN, 1986, p. 4).

Assim, reitere-se: a visão kelseniana acima exposta não traduz qualquer culto à arbitrariedade, nem se reveste de um caráter fatalista, de considerar vão qualquer esforço para reduzir essa arbitrariedade na produção normativa. Do contrário, torna até necessário um estudo detalhado do devido processo legislativo, à medida que o reconhecimento da falibilidade do legislador, da ausência de uma racionalidade inerente ao parlamento, é um ponto de partida



consistente para a busca de limites e constrangimentos à atividade legislativa. É, acima de tudo, uma crítica ao próprio Positivismo – o Exegético.

Outra premissa importante estabelecida por Kelsen é o reconhecimento da necessidade de se analisar os procedimentos internos de produção normativa, como essencial para a compreensão do próprio caráter da norma jurídica. Embora tratando sob um viés mais filosófico que pragmático, mais do ponto de vista de um “raciocínio” da autoridade que estabelece a norma do que do ponto de vista de um processo de produção dessa norma, o autor austríaco coloca pontos interessantes acerca da constituição da norma jurídica, e da importância da análise de seus processos interiores e anteriores (de formação, portanto), como bem sintetizado pelo seguinte trecho:

a diferença entre uma declaração linguística, que tem o sentido de uma ordem, e um a declaração linguística que não o tem, não precisa estar mesmo na manifestação linguística. [...] sem referência aos processos do querer e do entender [...] não se podem distinguir declarações que são uma ordem de declarações que não o são; [...] Sem referência a esses processos interiores [...] não é possível a descrição de um comando concreto e de seu cumprimento como nexos causal. Neste nexos causal, os processos interiores formam um elemento essencial naquele que ordena e no destinatário do comando. (KELSEN, 1986, p. 49-50).

Como já dito, a preocupação maior do raciocínio apresentado é com processos “mentais” (a manifestação de vontade, o “querer” da autoridade, de um lado, e, de outro, a aceitação da norma pelo destinatário, o “entender”, afinal, a aceitação da ordem também seria um ato de vontade<sup>3</sup>), uma vez que o raciocínio se desenvolve sobre o modelo de indivíduos (a autoridade que produz a norma e o destinatário desta), não se construindo (ao menos no restrito âmbito da vasta produção intelectual kelseniana, tratado nesta pesquisa) sobre pontos de vista procedimentais relacionados ao processo legislativo.

Diante desse cenário, a despeito de a visão de Kelsen (repita-se, ao menos nos estreitos âmbitos analisados por este trabalho) não fornecer análise detida sobre a produção dos textos normativos e, dessa forma, incorrer na já mencionada tendência positivista de renegar essa discussão a uma fase pré-normativa, não tratando em detalhes da problemática de uma racionalidade da legislação, fato é que ela apresenta pontos de partida importantes e úteis para a discussão sobre o devido processo legislativo: a) o reconhecimento da falibilidade da produção normativa, que, além de afastar a ideia de uma racionalidade pressuposta, apriorística, do legislador, chama a atenção para a necessidade de se estabelecerem parâmetros e balizas que

---

<sup>3</sup> Diz Kelsen (1986, p. 53-54): “a adesão a um comando a mim dirigido por outrem de que eu devo fazer algo determinado é um ato de vontade”, pois “no caso de adesão a um comando existe uma concordância no querer de quem ordena e do destinatário do comando”, denotando, em sua construção teórica, uma preocupação com o destinatário da norma que, embora não tendo o mesmo significado que o desenvolvido na visão procedimentalista da democracia, será em certa medida retomada por Habermas.

tornem a manifestação de vontade representada por uma norma jurídica o menos arbitrária possível; b) o reconhecimento da necessidade de se analisar os procedimentos internos de produção normativa; e c) o reconhecimento da importância do papel do destinatário da norma no processo de aplicação dela, de modo que, assim como a instituição da norma, o cumprimento e a aceitação também são atos de vontade emanados do destinatário<sup>4</sup>.

Assim, não é de toda verdade negar qualquer preocupação do Positivismo jurídico – ao menos na corrente de pensamento supramencionada – com a racionalidade da legislação, com a busca pelo reconhecimento da legitimidade e da validade das leis a partir da análise de sua formação. Todavia, pode-se dizer que essa preocupação somente vem assumir caráter mais sistemático e mais central com teóricos classificados como pós-positivistas, como é o caso de Manuel Atienza (1989), cujo mais emblemático trabalho no sentido aqui referido é o artigo “Contribución para una Teoría de la Legislación”.

O teórico espanhol resgata, por meio de argumentos contundentes, a importância de se buscar parâmetros de racionalidade para a produção legislativa. Nesse contexto, destaca: “dado que uma das condições delimitadoras do discurso jurídico [...] é – como afirma Alexy – o respeito à lei, não se poderia dizer que sem um mínimo de racionalidade legislativa não é possível falar de racionalidade da argumentação jurídica?”. E, chamando atenção para a ênfase que se dá ao estudo da argumentação das decisões judiciais e ao ocaso a que se têm relegado a análise da argumentação jurídica presente na fase legislativa, arremata: “é adequado [...] falar de argumentação jurídica sem incluir nela a argumentação que tem lugar no processo legislativo?” (ATIENZA, 1989, p. 401-402, tradução livre).

E, a partir disso, propõe um modelo baseado na existência de cinco níveis de racionalidade a serem observados no processo de produção normativa, assim sintetizados:

uma racionalidade linguística (R1), enquanto que o emissor (editor) deve ser capaz de transmitir com fluidez uma mensagem, (a lei) ao receptor (o destinatário); uma racionalidade jurídico-formal (R2), pois a nova lei deve inserir-se harmoniosamente em um sistema jurídico; uma racionalidade pragmática (R3), pois a conduta dos destinatários teria que adequar-se ao prescrito em lei; uma racionalidade teleológica (R4), pois a lei teria que alcançar os fins sociais perseguidos; e uma racionalidade ética (R5), pois as condutas prescritas e os fins das leis pressupõem valores que teriam de ser suscetíveis de justificação ética. (ATIENZA, 1989, p. 385, tradução livre).

Dessa forma, de um lado, os argumentos levantados em favor da importância de se buscar parâmetros racionais para a atividade legislativa são, a nosso ver, quase irrefutáveis – além de compatíveis com qualquer visão teórica que se têm acerca do direito, pois, seja no

---

<sup>4</sup> A compreensão da produção normativa como um processo, tão cara à teoria procedimentalista da democracia, tem como ponto central a concepção de que “a nota distintiva do conceito de processo [em relação ao conceito de procedimento] é a participação dos afetados pelo provimento” (BARBOSA, 2010, p. 78), como será adiante mais detalhado, inclusive com a retomada dessa citação.

Positivismo, seja no Pós-positivismo, a legislação posta pelo Estado, ainda que não represente a única fonte do Direito, é ponto de partida indispensável para a argumentação jurídica, de modo que sua racionalidade é pressuposto essencial a qualquer busca por uma racionalidade do próprio fenômeno jurídico<sup>5</sup>.

De fato, nos parece bastante coerente a visão de que “a racionalidade judicial é inalcançável sem uma prévia racionalidade legislativa”, bem como de não haver “sentido falar de argumentação jurídica se ela não contém dentro de si a argumentação que se desenvolve na elaboração do Direito” (RIPOLLÉS, 2016, versão digital, item 3.1.2).

Todavia, por outro lado, a proposta quanto aos níveis de racionalidade, embora forneça contribuições de grande relevância para a discussão, é passível de críticas, por três motivos principais.

Em primeiro lugar, por excluir qualquer consideração a respeito da abertura do processo legislativo à participação dos destinatários das normas. De fato, tal como proposto o modelo, todos os níveis de racionalidade prescindem, para serem satisfeitos, da abertura do processo ao “público-alvo” dos provimentos dele resultantes.

Ou, dito de outra maneira: um processo legislativo fechado à participação dos cidadãos, encerrado em um parlamento hermético e corporativo, mas que: i) conseguisse expressar com clareza os enunciados normativos, ii) encaixando-os de forma sistemática no ordenamento jurídico posto, e iii) alcançasse a eficácia de seus pronunciamentos, todos eles iv) instrumentais aos valores sociais que devem ser perseguidos e v) amparados em valores eticamente justificados, (respeitando, assim, os cinco níveis de racionalidade propostos), poderia ser classificado como um devido processo legislativo, racionalmente justificado perante os paradigmas do Estado Democrático de Direito? Nos parece que não, por sofrer, em tal caso de um déficit de legitimidade democrática que torna inviável qualquer tentativa de justificá-lo como racional.

A segunda crítica que se pode erigir ao modelo de cinco níveis de racionalidade legislativa proposto por Atienza é o vazio conceitual de alguns desses níveis, afinal, estabelecer como premissa que a racionalidade da legislação depende da busca de determinados fins sociais pressupõe admitir que existem valores sociais estáveis a serem perseguidos pela legislação. Mas a questão é definir previamente esses valores, bem como avaliar se o produto do processo

---

<sup>5</sup> Mesmo os que entendem que o Direito Estatal não representa a totalidade do fenômeno jurídico – como é o caso do próprio Atienza, em discussão incidental levantada no trabalho supramencionado – não põem o pluralismo jurídico como um obstáculo à busca pela racionalidade legislativa, propugnando, ao revés, a necessidade de a teoria da legislação “confrontar-se, ou até mesmo enriquecer-se, com a tese do pluralismo jurídico, que nega [...] a identificação entre Direito e Direito Estatal” (1989, p. 388).

legislativo é instrumento adequado à garantia deles. O mesmo raciocínio se pode desenvolver a respeito dos valores éticos que servirão de parâmetro para a verificação da racionalidade da legislação, no quinto nível indicado. Quais são esses valores?

E tais questionamentos levam à terceira constatação crítica: o modelo apresentado pelo teórico espanhol confere à análise do devido processo legislativo um caráter excessivamente normativo. Não se está a questionar o postulado de que o “objetivo da teoria da legislação não é apenas descrever, senão também explicar e propor procedimentos que suponham um incremento de racionalidade com respeito à prática legislativa existente” (ATIENZA, 1989, p. 401). De fato, não é da crença deste pesquisador a ideia de que teorias a respeito do direito devam se ater a um caráter de mera descrição, sem quaisquer apontamentos de natureza prescritiva.

A grande questão é que os níveis R3 e R5 do modelo em análise não propõem “procedimentos” que incrementem a racionalidade do processo, mas estabelecem a necessidade de *conteúdos pressupostos* como orientações para uma prática legislativa racional. À determinação de que o processo legislativo somente será tido por plenamente racional caso atenda a *determinados* fins sociais e a *determinados* parâmetros de justificação ética, segue-se o questionamento, já mencionado há dois parágrafos, a respeito de *quais* seriam esses parâmetros, e, de forma ainda mais problemática, *a quem competiria* delimitar e definir os valores sociais a serem buscados pela legislação e os parâmetros que permitiriam sua justificação ética.

É um obstáculo semelhante ao posto, na filosofia política, à aceitação de algumas teses comunitaristas, que pregam, em termos paradoxais, uma “liberdade de agir num sentido pré-estabelecido, de acordo com uma determinada concepção de bem” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 73), sem que se possa delimitar precisamente qual sentido pré-estabelecido seria esse, tampouco a quem caberia fixá-lo.

Tais questões não se encontram, a nosso ver, satisfatoriamente respondidas no modelo proposto por Atienza para a racionalidade da produção normativa, ou ao menos não a ponto de elevá-lo ao patamar de referencial teórico para a busca por um conceito adequado de devido processo legislativo.

Em adição às críticas já formuladas, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2010, p. 91-92) expõe ainda outro ponto questionável da teoria “atienziiana”: é que, ao tratar do terceiro nível (R3) de racionalidade da produção normativa, relativo à eficácia das leis e adequação da conduta dos destinatários, o teórico espanhol confere importância excessiva à intenção do

legislador, ao dispor que “a irracionalidade em R3 [...] significa inadequação entre o comportamento dos destinatários e os desejos ou intenções [...] do editor”.

E tal visão é rejeitada, especialmente por incorrer num ponto historicamente recorrente nas teorias sobre a produção normativa, e objeto de críticas desde os primórdios do Positivismo: a visão do legislador como uma pessoa, um soberano, um corpo só, e não como um espaço deliberativo de confrontação de ideias e discursos.

Essa tese, cuja influência pode ser observada desde o já criticado Positivismo Exegético e a respectiva idealização do legislador racional, é repudiada por fortes razões, como aquelas elencadas por Waldron (*apud* BARBOSA, 2010, p. 86), de acordo com quem “a persistência na imagem da legislação como análoga ao ato de vontade de um homem deriva antes de uma crença implícita, segundo a qual estrutura e caráter da legislatura são genuinamente desinteressantes do ponto de vista da filosofia do direito”.

Dessa forma,

Assumir uma ‘intenção legislativa’ com a qual possa ser cotejada a conduta dos destinatários da norma é implausível do ponto de vista de uma legislatura. Uma legislatura abriga divergências inclusive no momento em que aprova uma determinada norma. [...]

Não é plausível que exista uma ‘intenção’ homogênea perceptível nas manifestações da legislatura. E, se fosse, essa possibilidade só seria defensável à luz de uma concepção antropomórfica das assembleias, precisamente o que estamos rejeitando. (BARBOSA, 2010, p. 92-93).

Assim, a despeito de fornecer inegáveis contribuições à formulação de uma teoria da racionalidade do processo legislativo, o modelo proposto por Atienza não se encontra, a nosso ver, em condições de assumir papel de centralidade na busca pela compreensão do devido processo legislativo.

Outro teórico contemporâneo cuja preocupação com a racionalidade da legislação merece destaque é o espanhol José Luis Díez Ripollés, em especial nas ideias desenvolvidas a respeito “A Racionalidade das Leis Penais”, título do livro em que ele trata do tema. Ripollés (2016, versão digital, item 1) busca, com a análise desenvolvida na mencionada obra, concretizar dois objetivos:

O objetivo imediato residiria em alcançar um modelo de legislação que, entendida esta como um processo de decisão, a aproxime o máximo possível da teoria da decisão racional. [...] O objetivo último seria estar em condições de exercer um controle de legitimidade das decisões legislativas penais. Controle que não deveria se limitar à verificação do cumprimento das formalidades competenciais e sequenciais previstas na Constituição para a elaboração legislativa das leis pertencentes ao bloco de constitucionalidade ou das práticas sociais consolidadas, mas que deveria, sim, comprovar se foram respeitados de forma aceitável ao longo de todo o processo os parâmetros de racionalidade exigidos.

Entretanto, sem adentrar a fundo na formulação teórica do mencionado jurista – pois voltada, como o próprio título da obra indica, especificamente ao direito penal e, com isso, dotada de peculiaridades nem sempre extensíveis aos demais “ramos” da legislação –, verifica-se que a teoria ora em análise intensifica a problemática já levantada em relação à visão anteriormente exposta, pois, considerando que “a proposta de Atienza identifica e distribui de maneira convincente os diversos conteúdos que devem ser levados em conta na legislação”, Ripollés (2016, versão digital, item 3.3.1, destacou-se) propõe

que o estudo das diversas racionalidades deve ser realizado de forma inversa à proposta por Atienza: se o que queremos estabelecer é o procedimento racional de elaboração de leis, e não simplesmente um instrumental de análise racional de leis já existentes, *a racionalidade ética delimitaria o campo de atuação das demais racionalidades*, a teleológica estabeleceria os objetivos a serem satisfeitos dentro desse âmbito [...].

Com isso, a proposta teórica ora em análise radicaliza o viés normativista, reforçando a centralidade de conteúdos pré-concebidos – de caráter axiológico ou finalístico, com valores morais integrando o nível de racionalidade ética e com valores sociais a serem perseguidos pela legislação, no campo da racionalidade teleológica – que deverão servir de parâmetro para a aferição da racionalidade do processo legislativo, incorrendo, de forma ainda mais intensa, nas problemáticas identificadas no paradigma proposto por Atienza.

Assim, a busca por um modelo teórico que ampare adequadamente a formulação de um conceito adequado de devido processo legislativo deve se situar a meio caminho entre os dois extremos até aqui delineados: ao tempo em que deve ir além da preocupação incipiente do Positivismo com a racionalidade da produção legislativa – a qual, apesar de render boas premissas, não avança sobre elas, não constrói um arcabouço concreto para aferição e incremento da racionalidade legislativa –, também deve conseguir conter o ímpeto normativista que permeia as visões Pós-positivistas até aqui abordadas – as quais, se têm o mérito de apresentar uma preocupação concreta em racionalizar o processo de produção normativa, para que a argumentação jurídica como um todo se construa sobre pontos de partida racionais, incorrem no demérito de apresentar modelos de racionalidade calcados em conteúdos pré-determinados, de natureza axiológica e teleológica, sem esclarecer quais são esses parâmetros prévios, como serão obtidos e quem será o responsável por fixá-los.

Em resumo, é inequívoco que somente se pode falar em devido processo legislativo quando existe a mínima preocupação com a racionalidade da legislação. Mas a questão é: como definir essa racionalidade?

## 2.2 Outro dilema

Outro ponto que precisa ser superado na busca por um marco teórico adequado para uma compreensão mais completa do devido processo legislativo é a dicotomia entre os modelos liberal e republicano de democracia.

Essa dicotomia se coloca num plano anterior à discussão sobre a racionalidade do processo de produção normativa; situa-se no debate a respeito dos próprios conceitos de democracia e soberania popular, e do papel que os direitos fundamentais assumem diante desses dois institutos.

Nesse contexto, tem-se, de um lado, o modelo liberal – associado, por óbvio, ao paradigma do Estado liberal –, fundado numa visão individualista do processo democrático, segundo a qual os participantes de tal processo se colocariam em posição de defesa e satisfação de interesses individuais, orientados por um agir estratégico (e não um agir voltado ao entendimento) e amparados por direitos fundamentais pré-políticos (liberdade, propriedade, dentre outros) que sustentariam, predominantemente, a não interferência estatal nos bens jurídicos privados (direitos fundamentais de primeira dimensão).

Por outro lado, em sentido contrário, tem-se o modelo republicano, que, mais ligado à concepção do Estado social, vislumbra a democracia exercida num cenário oposto, de homogeneidade, de realização de bens jurídicos determinados como pertencentes à essência de determinada sociedade.

Essa dicotomia pode ser bem apreendida a partir das palavras de Leonardo Augusto de Andrade Barbosa e de Marcelo Cattoni de Oliveira, que analisam de forma acurada tais ideias, nas respectivas obras. Para Barbosa (2010, p. 54),

o processo democrático, no paradigma liberal, cumpre a função de programação do Estado de acordo com os interesses organizados na sociedade, a qual se estrutura como um espaço de circulação de pessoas e de trabalho social. [...] O paradigma liberal apoia-se num modelo normativo de democracia que descreve o cidadão a partir de uma perspectiva individualista, como o sujeito de direitos individuais oponíveis ao Estado e aos demais cidadãos. Esses direitos, que oferecem o limite natural a qualquer intervenção sob a esfera privada dos indivíduos, são pré-políticos. Justamente por isso, o conceito de direito veiculado pelo liberalismo remete diretamente à ideia de direito subjetivo. A política, por fim, é uma luta por posições: ela está sujeita ao mesmo tipo de agir estratégico que marca o comportamento do consumidor no mercado.

Já a visão republicana associa o processo político à busca de valores e conteúdos materiais preestabelecidos, fruto de uma vontade social geral apreensível. Tem-se, assim, o diagnóstico proposto por Barbosa (2010, p. 57) a respeito do exercício da democracia no

ambiente do Estado Social, no sentido de que “o poder político encontrava-se de certa forma pré-programado”.

Em reforço, pode-se dizer que, no âmbito do pensamento republicano, ocorre uma verdadeira *materialização* do direito, bem como dos conceitos de democracia e de soberania, sendo que esses institutos deveriam buscar sua legitimidade numa vontade popular abstrata e passível de ser captada por meio da apreensão de valores subjacentes a uma determinada ordem social, como se o povo fosse um ente unitário, nos mesmos moldes do raciocínio – já mencionado – de antropomorfização das legislaturas.

Dito de outra forma, “a formação democrática da vontade se daria, pois, para o Republicanismo, sob a forma de um discurso ético-político que conta com um consenso de fundo estabelecido culturalmente e compartilhado pelo conjunto dos cidadãos” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 67).

E, no contexto da dicotomia exposta, a busca por um efetivo controle, até mesmo judicial, do devido processo legislativo resta prejudicada, pois essa tarefa se coloca entre dois polos, ora instada, no paradigma republicano, à difícil tarefa de captar a vontade geral da sociedade e, com isso, verificar se o processo de produção normativa se coaduna com os valores éticos e finalísticos extraídos dessa vontade social, ora relegada pelo ideário liberal ao papel de mero árbitro da disputa de interesses individuais levada a cabo na esfera política.

Eis a forma como Cattoni de Oliveira (2016, p. 45-46) sintetiza a questão, sob o ponto de vista da possibilidade de controle do processo legislativo pela Jurisdição Constitucional:

O Republicanismo considera que a Jurisdição Constitucional deve garantir certa virtude cívica ao processo legislativo, zelando para que o legislador político não se afaste da tarefa maior de realização da felicidade pública e do bem-estar, à luz dos valores consagrados constitucionalmente.

[...] o liberalismo, em geral, considera que a Jurisdição Constitucional deve garantir a proteção da esfera privada em face de ingerências estatais, a fim de que seja possível a cada indivíduo, ou associação, participar da política e defender seus pontos de vista, comuns e divergentes, resguardando a pluralidade de modos e de projetos de vida, em face de interesses políticos majoritários.

Mais uma vez, não se pode falar que ambos os modelos são isentos de qualquer contribuição à discussão que se pretende levantar a respeito do controle judicial do devido processo legislativo. Entretanto, é certo que, pelo próprio cenário já delimitado, ambas podem ser consideradas insuficientes para amparar tal desiderato. Analisemos, portanto, as contribuições e as limitações dos dois modelos ora antepostos.

O modelo republicano, ao pressupor a apreensão de uma vontade geral, é excessivamente normativo, ignora a diversidade e a pluralidade das sociedades modernas, complexas, apenas se mostrando viável, quando muito, em sociedades culturalmente



homogêneas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 46-47). Já o paradigma liberal tem a virtude de chamar a atenção para a pluralidade e heterogeneidade da sociedade – especialmente das sociedades contemporâneas –, e, de consequência, para a necessidade de se fazer refletir esses predicados no ambiente político no qual se desenvolve o processo democrático. Com isso, refuta o excessivo “substancialismo” do modelo republicano e sua busca por uma vontade geral a ser apreendida e materializada pelo processo político.

De fato, a grande questão do modelo liberal é chamar a atenção para o fato de que

o povo só se apresenta no plural. Não é um sujeito dotado de vontade ou consciência. Não podemos, portanto, recorrer a uma espécie de vontade popular abstrata que sirva como referência ou critério de legitimidade para a política. [...] A soberania popular deve ser reinterpretada em termos procedimentais (BARBOSA, 2010, p. 72)

Da mesma forma, no ambiente político institucionalizado, voltado à discussão e produção normativa – o parlamento, as casas legislativas, as legislaturas – reproduz-se esse caráter heterogêneo, não sendo, como já mencionado anteriormente, “plausível que exista uma ‘intenção’ homogênea perceptível nas manifestações da legislatura” (BARBOSA, 2010, p. 92-93).

No entanto, o maior problema identificado na visão liberal está em supervalorizar essa heterogeneidade, levando ao extremo a ideia e reduzindo o processo político a um mero embate de interesses individuais antagônicos, sem considerar a possibilidade de consensos, entendimentos ou compromissos sociais minimamente estáveis a respeito de determinados temas, direitos ou institutos.

O modelo não responde a uma questão essencial: diante da constatação de que “o eventual acesso de alguns participantes a recursos materiais ou simbólicos desproporcionais à sua representatividade no coletivo da negociação pode gerar imposições ao invés de compromissos” (BARBOSA, 2010, p. 138), o que fazer para, num processo político resumido a embates de interesses individuais conflitantes, evitar esse tipo de imposição, de coerção?

Em outras palavras, o paradigma liberal “não explica, de modo consistente, como atores voltados exclusivamente para a satisfação de interesses próprios podem concordar sobre as normas que irão reger, de forma imparcial, sua vida em comum” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 46-47) – concordância que seria mais plausível de ser alcançada a partir do paradigma republicano, mais substancial, mais material.

A solução, mais uma vez, se encontra no meio do caminho, sintetizada nas palavras, ainda uma vez, de Marcelo Cattoni de Oliveira (2016, p. 48): “A Teoria Discursiva da Democracia reveste o processo democrático de conotações normativas mais fortes que as

encontradas no modelo liberal, [...] mas mais fracas que as encontradas no modelo republicano”.

Entretanto, deve-se ter o cuidado de que nem toda teoria procedimentalista oferece a solução para as complexidades elencadas, afinal, muitas delas se pautam numa ideia de consenso que inexistente na prática, recaindo num idealismo semelhante àquele que inspira a corrente republicana a defender a apreensão de uma vontade geral cognoscível.

Alçar o consenso entre os participantes como único resultado “correto” do processo democrático significa esvaziá-lo – o processo democrático – por completo, pois tal pensamento representa a negação do pluralismo e da heterogeneidade social – já reconhecidas pelo modelo liberal, como visto – que um processo político verdadeiramente democrático deve reproduzir em suas esferas institucionais.

Essa é, na verdade, uma fragilidade presente em algumas teorias procedimentalistas sobre a democracia, essencialmente dependentes da ideia de um consenso estrito e generalizado, que as torna, muitas vezes, inviáveis. De fato, como verificado sobretudo por Waldron (*apud* AMORIM, 2017, p. 124), tais visões pecam por insistir no consenso como único resultado político adequado, relegando a discordância e o dissenso a uma falha ou incompletude da política, quando, na verdade, estes são condições inerentes ao processo jurídico-político de produção normativa, devendo ser encarados não como falha, mas como elementos a serem mesmo garantidos num modelo democrático de processo legislativo, além de harmonizados com outros fatores importantes para a caracterização desse fenômeno.

É necessário, portanto, escolher, dentre os procedimentalistas, um pensamento no qual “a racionalidade de procedimentos deliberativos formalmente estruturados não reside[a] em um consenso partilhado por todos os participantes da argumentação ou alcançado por meio da argumentação” (BARBOSA, 2010, p. 119), constituindo, assim, uma visão que “não está ligada a resultados, mas aos procedimentos que geram resultados (tidos por racionais apenas na medida em que passíveis de justificação em contextos comunicativos suficientemente livres de coerção)” (BARBOSA, 2010, p. 121).

Em outras palavras, na tarefa de buscar uma adequada caracterização do devido processo legislativo, é necessário encontrar um modelo que: i) reconheça a pluralidade e heterogeneidade sociais, típicas das sociedades complexas contemporâneas, mas ii) sem recair no excessivo individualismo que caracteriza o modelo liberal de democracia, o qual se mostra incapaz de explicar, como visto, a existência de mínimos consensos ou compromissos entre os diversos atores sociais a respeito de um conjunto – ainda que mínimo – de normas e institutos que os submeterão, mas também iii) sem recair no outro extremo, representado pelo paradigma

do republicanismo, que, numa visão excessivamente idealista e normativista, alça conceitos homogêneos e idealizados (vontade popular, geral e abstrata) a um patamar central, inviabilizando a teoria e ignorando o disposto no item i), e ainda iv) sem recair no “fetichismo” acerca do consenso, falha que pode ser imputada a algumas visões procedimentalistas.

É necessário, portanto, um modelo teórico que, ao mesmo tempo, encare o processo democrático como um “agir orientado para o entendimento” (ALMEIDA, 2005, p. 52) e também reconheça o caráter plural e heterogêneo dos destinatários das normas resultantes do processo legislativo, estabelecendo possibilidades concretas de participação daqueles na produção destas, bem como do controle destas por aqueles.

### **2.3 A Teoria Discursiva de Democracia**

No curso da pesquisa, o modelo teórico que se mostrou mais consistente quando exposto a todos os questionamentos e as problemáticas até aqui elencadas foi o modelo procedimentalista de democracia discursiva, proposto por Habermas e detalhado, à luz da situação específica brasileira, em trabalhos de alguns estudiosos locais.

Além dessa consistência, adotar tal embasamento teórico trouxe outra facilidade à presente pesquisa: como se trata de teoria bastante sólida para explicar o processo democrático e, especialmente, servir de base para a defesa da racionalidade do processo legislativo, já foi utilizada como pressuposto pelos principais teóricos brasileiros versados à discussão sobre a temática do devido processo legislativo à luz do ordenamento pátrio<sup>6</sup>.

Assim, no âmbito deste trabalho, encontrou-se não apenas o modelo teórico cru, formulado em sua concepção inicial, mas uma teoria já consolidada e aplicada especificamente ao Direito brasileiro, considerando todas as nossas peculiaridades jurídicas e políticas. Assim, o paradigma habermasiano de democracia já foi colocado, em mais de uma ocasião, à prova no debate especificamente brasileiro acerca da racionalidade legislativa, tendo, inclusive, direta ou indiretamente, sido invocado por decisões judiciais proferidas no contexto desse debate.

Passemos, então, a uma análise mais detalhada do modelo teórico em questão.

O primeiro ponto relevante da teoria habermasiana é a superação das dicotomias anteriormente elencadas: ao tempo em que supera a preocupação incipiente do Positivismo com a racionalidade legislativa, ampara-se em algumas de suas premissas para não recair no

---

<sup>6</sup> Nesse rol se encontram André del Negri, Marcello Andrade Cattoni de Oliveira (a quem podemos dar a alcunha de precursor de pesquisas nesse campo, no Brasil), Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, dentre outros, citados ao longo desta dissertação.

excessivo normativismo das teorias Pós-positivistas de Atienza e Ripollés, crenças na existência de valores éticos e fins sociais transcendentais que serviriam de base ao exercício racional da produção normativa. Da mesma maneira, amparando-se no paradigma do Estado democrático de direito,

sugere uma justificação normativa da democracia de tipo diverso do oferecido pelo liberalismo e pelo republicanismo. Ao mesmo tempo em que rejeita uma visão do processo político como competição e agregação de preferências privadas (típico do modelo liberal), considera inadequado, em se tratando de sociedades pluralistas, a visão do processo político como um esforço coletivo de auto-compreensão ética de uma comunidade política virtuosa (típica do modelo republicanista) (BARBOSA, 2010, p. 66).

Entretanto, mais do que reafirmar a superação dos dilemas apresentados, é importante demonstrar *como* esse modelo teórico alcança essa superação e a consistência acima mencionada, para que, dessa forma, se busquem as contribuições que tal paradigma pode fornecer para a posterior análise das decisões judiciais selecionadas na busca pelo conceito judicial de devido processo legislativo.

### 2.3.1 Validade, processo e contraditório

O primeiro ponto importante é a mudança no foco da análise teórica a respeito da racionalidade legislativa. Em vez de estabelecer o ponto de partida da discussão em valores éticos ou finalísticos de difícil delimitação – tal como identificado, por exemplo, na teoria proposta por Manuel Atienza (item 2.1, *supra*) –, ou, ainda, numa vontade geral e abstrata do povo tomado como um corpo único, como no modelo republicano (item 2.2), “a teoria discursiva do direito [...] coloca a Teoria do Processo no centro de investigação da legitimidade do direito, em substituição à moralidade tradicional do sujeito” (ALMEIDA, 2005, p. 20). Assim, em vez de partir de valores ou ideais pressupostos, passa a tratar, sob o ponto de vista procedimental, da maneira como a sociedade constrói, mantém ou altera esses valores (ALMEIDA, 2005, p. 34).

Para isso, parte, primeiramente, da superação da visão formalista de validade, tal como elaborado por correntes positivistas, sobretudo as de matriz kelseniana, para quem

a validade das normas jurídicas é algo que deve ser analisado tendo-se em conta apenas questões jurídicas (e não sociais ou ‘metajurídicas’). A validade é um conceito formal: é válida a norma que foi produzida de acordo com o procedimento previsto numa norma de escalão superior (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 28).

Supera-se, no mesmo sentido, a “racionalidade estratégica de Weber, [que] achava que era possível garantir a legitimidade do direito pelo simples cumprimento do procedimento formal de elaboração da lei” (DEL NEGRI, 2005, p. 1), para se chegar à concepção de validade

de um provimento (estatal, no ponto que nos interessa) a partir do reconhecimento, por parte dos destinatários desse provimento, da pretensão de validade inerente a esse enunciado normativo.

Como bem sintetizado por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2010, p. 42),

O conteúdo de ‘verdade’ (validade) de um proferimento não pode, porém, ser obtido pela mera comparação da representação linguística com um mundo dado (pois a própria constituição do mundo é linguisticamente mediada). Esse conteúdo de ‘verdade’ depende, portanto, de reconhecimento por parte de uma comunidade de interpretação. Em outras palavras, depende da possibilidade de reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade levantada.

Dessa forma, tem-se que a validade de uma norma jurídica se adquire a partir da concordância pública (BARBOSA, 2010, p. 30). Note-se que, no particular, há um ponto de contato, ainda que discreto, com a já mencionada concepção Positivista, desenvolvida por Kelsen em sua obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, no sentido de que, “no caso de adesão a um comando existe uma concordância no querer de quem ordena e do destinatário do comando”, pois “a adesão a um comando a mim dirigido por outrem de que eu devo fazer algo determinado é um ato de vontade” (KELSEN, 1986, p. 53-54).

Mas a ideia de validade como aceitação dos destinatários seria vazia – ao menos perante o objetivo que se pretende alcançar nesta pesquisa – se não se formulasse uma concepção instrumental a respeito de como se alcançar essa validade das normas jurídicas produzidas pelo Parlamento. E a teoria discursiva da democracia, ora em análise, também fornece uma resposta a esse questionamento, colocando, como já dito, a Teoria do Processo como ponto central da análise da legitimidade do direito, à luz da qual se reconhece como “nota distintiva do conceito de processo [...] a participação dos afetados pelo provimento em posição de simétrica paridade, materializada pelo princípio do contraditório” (BARBOSA, 2010, p. 78), entendendo, portanto, processo como “procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 116).

Assim, não basta que os provimentos estatais – administrativos, legislativos e judiciais – sejam fruto de um procedimento, é necessário tê-los como resultado de um *devido processo*, caracterizado “como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos *interessados*, juntamente com o autor do próprio provimento” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 113-114, original destacado). E mais: a participação dos interessados deve se dar em condições de simétrica paridade, e, para tanto, assume papel central a ideia de contraditório.

Diante disso, mais do que uma simples participação, como destacado por Aroldo Plínio Gonçalves (*apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 117), é necessário que os destinatários

do provimento estatal resultante do processo (legislativo, jurisdicional ou administrativo) “conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; [...] saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretense direito lhes é negado”.

Podemos tomar, como síntese dessa visão, as fortes palavras de Andréa Alves de Almeida (2005, p. 110), de que “não é possível haver norma, nos Estados de Direito Democráticos, sem a interferência intelectual de seus destinatários”.

As considerações até aqui formuladas amparam duas conclusões importantes: a primeira, relativa à justificação da existência e da necessidade de se construir um conceito adequado para o princípio do devido processo legislativo; a segunda, associada a um cuidado necessário para não se incorrer em erros conceituais a respeito da ideia do contraditório a ser incorporada à ideia de processo legislativo. Vamos a elas.

Em primeiro lugar, justifica-se a existência de um conceito de “devido processo legislativo”, objeto da pesquisa realizada mais à frente neste trabalho, pois, tendo-se em conta a *processualidade* como condição para a legitimidade (validade) também da legislação, é necessário que a etapa de produção de normas jurídicas pelo parlamento respeite as condições e normas que impõem um *devido processo*.

Dessa forma, a atividade legislativa se coloca também sujeita ao postulado geral do *devido processo legal*, uma vez que seus resultados, seus provimentos, devem ser fruto de um processo adequadamente concretizado à luz dos já citados valores da participação dos interessados em condição de simétrica paridade, à luz do contraditório.

Justifica-se, assim, uma das primeiras ideias lançadas neste escrito, que colocou o devido processo legislativo como um dos aspectos que compõem a concepção, mais alargada, de “devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição). Essa ideia nada mais é do que uma consequência natural da premissa de que a racionalidade e a legitimação da produção das leis são alcançadas a partir da realização de um processo devido.

Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 41, original destacado), citando em parte os ensinamentos de Paulo Henrique dos Santos Lucon, apresenta uma observação importante a respeito da extensão assumida pelo postulado do devido processo legal, cuja força se faz incidir também sobre o processo legislativo:

O devido processo legal, em sua feição substancial, vem sendo modernamente concebido como ‘uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático’.

Entretanto, apesar de se reconhecer o processo legislativo como procedimento sujeito ao devido processo legal, assim como ocorre com o processo judicial, é necessário manter-se alerta para evitar um equívoco relevante, consistente em *equiparar*, em todos os termos, essas duas espécies de procedimentos estatais.

Embora ambas sejam orientadas, repita-se, pela cláusula do devido processo legal, inclusive no viés substantivo, referente à necessária participação dos interessados na formulação do provimento estatal – seja este uma lei ou uma decisão judicial –, e apesar de em ambos a participação dos interessados dever ser considerada sob a ótica do princípio do contraditório, é incontestado que não se há de equipará-los como categorias idênticas de atividade estatal, tampouco fazer incidir *da mesma forma* a noção de contraditório.

Partindo-se da distinção entre o discurso de justificação da norma – inerente ao processo legislativo, de produção normativa – e o discurso de aplicação da norma posta – relativo ao processo judicial, que visa à aplicação da norma ao caso concreto, ou à criação de uma norma individual a partir da norma geral legislada, ou ainda à concretização dos textos normativos postos pelo legislador, a depender do ponto de vista teórico que se adote –, pode-se entender os processos legislativo e judicial como sendo *estruturalmente diferentes*.

Assim, embora ambos compartilhem a ideia geral do princípio do contraditório, relativa à garantia aos interessados de participação, em condições de igualdade, no provimento final, a verdade é que “o princípio do contraditório é densificado no processo legislativo e no processo judicial de formas bastante diversas” (BARBOSA, 2010, p. 190).

Em consequência dessa constatação, “o arraigado hábito de pensar o contraditório em roupagem jurisdicional não deve intimidar um esforço no sentido de se identificar ‘equivalentes funcionais’ desse princípio no aparato normativo que caracteriza a legislatura” (BARBOSA, 2010, p. 83-84).

É necessário, portanto, ter em mente que, no processo legislativo, a ideia de contraditório se materializa de uma maneira que “a formação democrática da opinião e da vontade só é possível por meio de procedimentos que garantam uma participação progressivamente mais ampla e aberta aos argumentos de todos os afetados” (BARBOSA, 2010, p. 45), sendo que esses argumentos devem inserir-se num “procedimento que não protege ‘nossos’ argumentos contra ninguém nem contra nada”, afinal, “o processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas” (HABERMAS *apud* BARBOSA, 2010, p. 112).

Nesses termos, pode-se dizer que, diversamente do processo jurisdicional,

o processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos, e, na verdade, funcionam como pontos de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, do jurisdicional e do administrativo (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 110).

Isso porque, como dito por Ripollés (2016, versão digital, item 3.1.2), a partir da teoria sistêmica de Luhmann,

a jurisdição ocupa o centro do sistema jurídico e a legislação, a periferia. A jurisdição adquire esse lugar central porque se lhe atribui a tarefa de alcançar a todo momento a consistência e coerência do sistema jurídico [...], dotando de conteúdo a argumentação jurídica e contribuindo para o fechamento operativo do sistema jurídico *sobre si mesmo*.

Por sua vez, a legislação se move na periferia do sistema jurídico, em contato com outros sistemas, especialmente o político, cujos estímulos recebem, mas não está obrigada a responder, de forma que algumas vezes os atende, procedendo a modificações jurídicas, e outras não. [...]

Nem uma nem outra tarefa legislativa passam pela defesa da consistência do sistema jurídico; muito pelo contrário, nelas primam a variedade, a contingência.

Em adendo, enquanto na atividade legislativa segue-se a lógica de que “a norma jurídica, quando é criada, sofre óbvias influências dos outros sistemas normativos (Moral, Política, Religião)”, a lógica jurisdicional impõe que,

depois de elaborada, ela [a norma jurídica] se autonomiza. O sistema passa a funcionar por si só, sem ser invadido por outros sistemas, que configuram apenas seu ambiente. A partir daí, todas as relações passam a ser analisadas pelo Direito segundo sua própria medida, sua própria regra: o código binário do lícito/ílcito. Nesse sentido, o direito é um sistema que se autoproduz e reproduz. Afinal, é o próprio Direito que irá dizer quais os requisitos para que se reconheça uma regra como jurídica ou não jurídica (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 37).

Diante disso, pode-se concluir que o processo de elaboração das normas é o momento em que o direito absorve cognitivamente os influxos do ambiente, sendo “nesse procedimento [...] que os outros sistemas normativos influenciarão decisivamente a produção de normas jurídicas, de modo que o Direito se legitima por meio do procedimento de sua elaboração” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 39), podendo-se dizer, em síntese, que, nesse processo,

discursos pragmáticos, morais, ético-políticos, jurídicos e negociações entrelaçam-se, portanto, numa rede complexa de argumentação articulando uma grande variedade de pretensões de validade. Essa é a característica da função legislativa, compreendida como uma forma de comunicação que articula potenciais de argumentos legitimadores das leis (BARBOSA, 2010, p. 139),

de tal forma que, diga-se ainda uma vez,

o processo legislativo só faz sentido se é capaz de amplificar problemas e debates construídos no seio da esfera pública, traduzindo em normas jurídicas compromissos formados por meio da conjugação deliberativa de argumentos morais, pragmáticos e axiológicos (BARBOSA, 2010, p. 165).

Além disso, outra diferença fundamental entre o contraditório jurisdicional e o contraditório legislativo seria o fato de que, enquanto aquele se pauta na abertura à participação



individual de cada um (com o perdão da redundância) dos integrantes de todos os polos da ação, no processo legislativo

o problema não pode ser a participação de todos no sentido da participação de cada indivíduo. Trata-se, por outro lado, de garantir que os procedimentos por meio dos quais uma norma ganha validade sejam o mais aberto possível à participação, a qual deve ser lida não em termos de indivíduos, mas em termos de argumentos (BARBOSA, 2010, p. 151)

Em poucas palavras, a teoria discursiva da democracia constitui um paradigma que compreende a validade das normas produzidas pelo Estado a partir da aceitação das pretensões de validade desses provimentos estatais por parte dos destinatários, o que somente pode ser alcançado mediante um devido processo de elaboração daqueles, que garanta a participação destes em igualdade de condições. Esse processo de produção legislativa, portanto, deve se pautar na ideia de contraditório, mas não um contraditório nos moldes da jurisdição – baseado numa concepção de participação individual de cada uma das partes do processo, e na formulação de argumentações eminentemente ou predominantemente jurídicas –, mas sim calcado na noção de abertura à participação de todos os argumentos possíveis, de todos os matizes – políticos, jurídicos, econômicos, axiológicos, religiosos, etc. –, sempre sujeitos à ampla possibilidade de questionamentos.

### 2.3.2 Soberania, democracia e consenso

Outro ponto importante que representa um avanço em relação aos modelos teóricos anteriormente referidos é a noção de soberania como conceito vazio, a ser preenchido discursivamente.

É inegável a presença de uma soberania popular no ordenamento constitucional brasileiro inaugurado em 1988, como dispõe expressamente o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República. Dessa constatação óbvia não se pode inferir, entretanto, haver na Carta Magna um conceito patente, unitário e simples de soberania popular. Do simples raciocínio de que a soberania é exercida diretamente ou pelos representantes do povo não se pode alcançar facilmente uma delimitação precisa sobre a forma como deverá ser exercido esse poder, e como deve se estruturar a relação entre o povo e seus representantes, ou mesmo como esses representantes relacionar-se-ão entre si no exercício das tarefas de representação.

Não é, todavia, objetivo deste trabalho discorrer sobre a crise de legitimidade da democracia representativa brasileira, razão pela qual nossa análise se deterá sobre um ponto

específico da problemática: a possibilidade, ou não, de se conferir um conteúdo preciso à noção de soberania popular.

É prática recorrente ater-se a um raciocínio simples de que a soberania se manifesta mediante um raciocínio eminentemente aritmético, sendo entendida como resultado dos anseios majoritários. Para esse ponto de vista, a democracia seria, então, a arte de compatibilizar a satisfação desses anseios com o respeito aos direitos fundamentais das minorias, podendo-se sintetizar tal raciocínio nas seguintes palavras de Marcus Vinicius Furtado Coelho:

A democracia reflete a soberania popular, que está em sua base, mas o constitucionalismo sugere a necessidade de limites ao poder. Esta tensão é o que constitui o nosso constitucionalismo democrático, que concebe a obediência aos direitos fundamentais como limites aos anseios majoritários (COELHO, 2015, p. 128)

Dessa forma, tem-se o já clássico cenário de que o constitucionalismo e, em especial, a jurisdição constitucional seriam as balizas limitadoras do exercício do poder da maioria, assumindo, assim, o já famoso “caráter contramajoritário”.

Esse raciocínio tem sido acolhido nos tribunais, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica, em caráter exemplificativo, no seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033 (p. 181):

Os ideais da democracia e do constitucionalismo não obstante caminhem lado a lado vez por outra revelam uma tensão latente entre si. É que, de um lado, a democracia, apostando na autonomia coletiva dos cidadãos, preconiza a soberania popular, que tem no princípio majoritário uma de suas mais importantes dimensões, tal qual preleciona Robert Dahl. De outro lado, o constitucionalismo propugna pela limitação do poder através de sua sujeição ao direito, o que impõe obstáculos às deliberações do povo.

É comum ter-se, portanto, as noções de soberania e constitucionalismo como conceitos de *signa oposita*.

Outra prática comum é buscar conferir um conteúdo à ideia de soberania, ou uma finalidade específica à sua manifestação. Isso ocorre, por exemplo, na doutrina clássica do Direito Administrativo brasileiro, que, amplamente influenciada pelo pensamento francês, coloca o exercício do poder soberano sempre a favor de um “interesse público”, de um “bem comum”, cuja busca estaria acima de qualquer outro objetivo da atuação estatal, legitimando, inclusive, restrições a direitos fundamentais, independentemente de qualquer ponderação.

É o caso, por exemplo, das correntes doutrinárias que pregam a existência de um “princípio da supremacia do interesse público” como um verdadeiro axioma, de modo a representar uma precedência apriorística de toda e qualquer medida “de interesse público” sobre todo e qualquer direito ou interesse dos cidadãos, sem ponderação acerca da necessidade, da adequação e da razoabilidade a mediar o conflito (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 69).

Esse comportamento, entretanto, recai numa problemática já muitas vezes citada ao longo deste trabalho: o excessivo normativismo que resulta do fato de se atribuir previamente um conteúdo a determinado conceito, para que esse conteúdo a ele atribuído sirva de guia para se aferir a legitimidade do exercício de determinada atividade.

Tentar atribuir um conteúdo ao princípio da soberania, para assim poder avaliar a legitimidade de seu exercício – que será tido por legítimo apenas enquanto concretização desse conteúdo previamente fixado – resulta nos mesmos problemas anteriormente delimitados, quais sejam: a quem compete atribuir esse conteúdo que conferiria legitimidade ao exercício da soberania? Como se determinar esse conteúdo? Quais critérios seriam utilizados para evitar a arbitrariedade, o personalismo e o subjetivismo na formulação prévia desse conteúdo?

Dessa forma, caso adotássemos esse ponto de vista de atribuir à soberania um conceito prévio, estaríamos recaindo nas tão criticadas complexidades que permeiam a adoção dos modelos de racionalidade da legislação propostos por Atienza e Ripollés, bem como no modelo republicano de democracia, o que resultaria na inutilidade de todos os esforços até aqui empreendidos para evitá-los.

Como a teoria discursiva de democracia supera, então, esse obstáculo?

Primordialmente, *não atribuindo conceito algum* ao princípio da soberania. Para ela, “A soberania popular deve ser reinterpretada em termos procedimentais” (BARBOSA, 2010, p. 72).

O conceito de soberania, assim, passa a ser um espaço vazio, conforme dito expressamente por Habermas (1997, v. 2, p. 188): “No Estado democrático de direito, tido como a morada de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania diluída pelo discurso permanece vazio”.

Diante disso, não deve ser preocupação de um modelo teórico preencher esse espaço, estabelecendo previamente o conteúdo, os valores e as finalidades de seu exercício. A preocupação teórica deve se voltar ao modo como esse conceito é concretamente preenchido, à maneira como uma sociedade deve agir para a estruturação e o exercício *in concreto* da soberania.

A teoria discursiva de democracia, com isso, “rompe com um conceito materializado de soberania popular, deslocando sua atenção para os procedimentos de formação racional da opinião e da vontade em detrimento de uma pretensa ‘vontade geral’ abstrata localizável no ‘povo’” (BARBOSA, 2010, p. 75).

Em outras palavras, “a soberania popular assume forma jurídica por meio do processo legislativo democrático” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 84), e,

assumindo forma jurídica por meio dos processos legislativos de justificação do Direito, estruturados constitucionalmente, retrocede [...] aos processos democráticos e à implementação jurídica de seus exigentes pressupostos comunicativos e se faz sentir como um poder gerado comunicativamente (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 111).

Assim, tem-se, ainda uma vez, um mínimo ponto de contato com a visão kelseniana já exposta em momento anterior, pois assumir a soberania como um conceito vazio a ser preenchido discursivamente, independentemente de qualquer conteúdo, valores ou finalidades prévias, implica, em maior ou menor medida, certo grau de arbitrariedade na manifestação da soberania popular.

Isso não significa – repita-se, ainda uma vez – um ceticismo em relação à possibilidade de conferir racionalidade às manifestações da soberania, representando apenas o reconhecimento da necessidade de imposição de limites procedimentais – e não materiais – a esse exercício, bem como de controle sobre elas, seguindo, diga-se novamente, parâmetros normativos procedimentais, e não materiais.

E como conferir racionalidade às manifestações da soberania popular? A resposta já foi delineada no tópico anterior: fazendo com que ela se desenvolva mediante um devido processo, que, à luz do princípio do contraditório, garanta uma ampla abertura a argumentos de todos os tipos e matizes, assegurando, assim, a participação de todos os destinatários do provimento estatal no procedimento de formulação deste.

Nas palavras de Habermas (*apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 81)

A soberania popular, mesmo quando se torna anônima, retrocede aos procedimentos democráticos e à implementação legal de seus exigentes pressupostos comunicativos só para se fazer sentir como um poder engendrado comunicativamente. No sentido estrito da palavra, esse poder comunicativo deriva das interações entre a formação da vontade institucionalizada juridicamente e os públicos mobilizados culturalmente.

Nessa conjuntura, erige-se em favor do cidadão um conjunto de direitos constitucionais processuais, especificamente destinados à garantia de participação no processo democrático de produção das leis, de expressão da soberania popular, e compo um subconjunto do macrossistema dos direitos fundamentais.

Pode-se concluir, portanto, que, a partir de uma “perspectiva procedimental, calcada na participação ativa dos sujeitos de direito”, confere-se “um sentido novo aos direitos fundamentais: eles passam a se referir exatamente à garantia das possibilidades de participação” (BARBOSA, 2010, p. 58). No mesmo sentido:

Para Habermas, o sucesso da política deliberativa depende da institucionalização de procedimentos discursivos e da garantia de condições de comunicação que permitam a formação racional da opinião e da vontade, isto é, uma interconexão entre processos institucionais (formalizados) e a constituição informal da opinião pública. Os direitos fundamentais protegem, em primeira linha, esse processo de formação racional da

opinião e da vontade, o qual supõe, ainda, a interdependência entre autonomia pública e privada dos cidadãos (BARBOSA, 2010, p. 66).

Os direitos fundamentais passam, então, a assumir a condição de responsáveis por fazer o acoplamento entre o código político e o jurídico, ou, em outros termos, passam a representar o código jurídico por meio do qual o poder político manifestar-se-á juridicamente:

O poder político não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 171).

Leonardo de Andrade Barbosa (2010, p. 134) sintetiza a questão de forma bastante precisa:

O poder político só pode ser exercido legitimamente se fundado em um direito legitimamente estatuído. Esse direito legitimamente estatuído, por sua vez, requer procedimentos discursivos que geram aceitabilidade racional para o resultado dos processos de formação da opinião e da vontade. Isto é, requer a promoção e a garantia dos direitos fundamentais, que protegem exatamente as condições comunicativas necessárias ao desenvolvimento da produção democrática de direito.

Diante desse cenário, a Constituição, como *locus* próprio ao estabelecimento e positivação dos direitos fundamentais,

deverá ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma [...], ou seja, das condições procedimentais que configuram e garantem, em termos constitucionais, um processo legislativo democrático (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 48 e 83).

E, com isso, questiona-se a visão, apresentada no início do tópico, da oposição, da tensão latente entre a soberania popular, de um lado, e o constitucionalismo, de outro. Essa tensão é rompida à medida que este assume o papel de conferir ao cidadão garantias institucionais (direitos fundamentais, como o do contraditório) para participar, discursivamente, do exercício daquela, entendida exatamente como poder engendrado comunicativamente.

O constitucionalismo, à luz do raciocínio ora exposto, antes limitação, passa a ser visto como um reforço, ou, mais que isso, como verdadeira *condição estruturante* para o exercício democrático da soberania popular. A relação entre eles, antes de oposição, passa a ser de complementaridade; mais ainda, de interdependência.

Essa constatação leva à necessidade premente de se rediscutir o papel da jurisdição constitucional na garantia do devido processo legislativo, e, por conseguinte, se redimensionar a tensão entre jurisdição e parlamento, tão presentes nas discussões a respeito do tema. Mencionados redimensionamento e rediscussão serão objeto central do próximo tópico.

Antes disso, todavia, é necessário fazer duas ressalvas importantes.

Primeiramente, não se quer propor aqui a irrelevância do princípio majoritário ou da necessidade de proteção aos direitos fundamentais das minorias, mas apenas defender-se que tais questões devem ser analisadas à luz de um contexto mais amplo, relativo à própria legitimidade da concretização da soberania popular e da íntima correlação entre o exercício do poder político e o respeito aos direitos fundamentais, notadamente os de cunho processual.

Em segundo lugar, o conceito procedimentalista de soberania popular, ao menos à luz da teoria discursiva de democracia tal como delineada até aqui, não é dependente da ideia de consenso, como pode ocorrer com outras visões procedimentalistas.

No ponto, necessário destacar que, segundo a visão ora apresentada, “a racionalidade de procedimentos deliberativos formalmente estruturados não reside em um consenso partilhado por todos os participantes da argumentação ou alcançado por meio da argumentação”, uma vez que “a racionalidade comunicativa não está ligada a resultados, mas aos procedimentos que geram resultados” (BARBOSA, 2010, p. 121).

Esta ressalva é importante, primeiramente, para resguardar desde já a concepção ora em análise da crítica elaborada por Waldron (*apud* AMORIM, 2017, p. 124), mencionada anteriormente, a respeito do que ele aponta como grande erro dos teóricos deliberativos, cuja

abordagem sugere que deve haver algo errado na política da deliberação se a razão falha, se o consenso nos foge e se não há nada a fazer além de contar cabeças. Na verdade, alguns até sugeriram que só podemos ter certeza de que um processo é deliberativo se o seu resultado for unânime.

Proceder dessa forma resultaria na descaracterização de todo o modelo teórico até aqui construído, pois a exata compreensão da ideia de contraditório, que deve orientar a análise da racionalidade e da legitimidade do devido processo legislativo, necessariamente deve levar em consideração a diversidade dos corpos legislativos – superando, inclusive, a já criticada antropomorfização das legislaturas – e as contingências do processo de produção das leis, que, não raras vezes, precisa [o processo] valer-se de mecanismos institucionais que evitem a perpetuação da discussão, para que se chegue a algum provimento.

É o caso, por exemplo, da ideia de primazia da casa iniciadora no processo legislativo referente aos projetos de lei, estabelecida nos artigos 65 e 66 da Constituição da República, e segundo a qual, havendo emenda de projeto de lei pela Casa revisora, este retornará à Casa iniciadora, que deliberará em definitivo sobre as alterações feitas, concluindo a votação e enviando o projeto à apreciação do Presidente da República, ainda que sua deliberação tenha obtido resultado contrário ao *quantum* decidido na Casa revisora.

Em outras palavras, pode-se dizer que, nos projetos de lei, a Casa iniciadora tem a “última palavra”, independentemente de se chegar a um consenso com a outra Casa legislativa.

Ancorar-se, portanto, de forma absoluta a uma necessidade de consenso resultaria na oposição do modelo teórico à realidade normativa da nossa Constituição, levando ao absurdo de se considerar ilegítimo – violador do devido processo legislativo – um procedimento de elaboração normativa que seguisse à risca, *ipsis litteris*, os preceitos constitucionais.

Também é necessário manter-se atento à realidade pragmática do processo legislativo, na qual muitas vezes posições políticas coincidentes a respeito de uma dada matéria posta à deliberação no parlamento podem se amparar em razões políticas distintas ou mesmo diametralmente opostas. Como bem pontuado por Barbosa (2010, p. 92-93),

uma legislatura abriga divergências inclusive no momento em que aprova uma determinada norma. [...] A maioria afirmou sua posição, mas isso não significa que a minoria (necessariamente) tenha mudado a sua. Além disso, parlamentares que possuem posições idênticas gostariam de ver uma determinada proposição aprovada por motivos diferentes, às vezes até mesmo antagônicos.

Necessário, pois, em lugar da incessante busca pelo consenso, ter em mente a relação sinérgica que se estabelece entre as características de uma legislatura, tais como tamanho, diversidade e divergência – mesmo na aprovação de uma norma – e a noção de contraditório (garantia de participação dos afetados – em condições de simétrica paridade – na preparação de um determinado provimento), para se ter um quadro mais fiel acerca de como caracterizar o devido processo legislativo (BARBOSA, 2010, p. 98).

### 2.3.3 A legitimidade e os limites do controle judicial do devido processo legislativo

Como mencionado anteriormente, a nova relação entre soberania e constitucionalismo/direitos fundamentais, reconhecida pela teoria discursiva da democracia, leva à necessidade de se analisar, sob esses novos pressupostos, nesse novo contexto, a legitimidade do exercício do controle judicial sobre a atividade legiferante. Imprescindível, também, nesse quadro, estabelecer parâmetros com base nos quais poderá – caso reconhecida a legitimidade – se processar tal controle.

A discussão relativa à incidência da jurisdição sobre a atividade da legislação já foi objeto de inúmeras considerações teóricas e práticas, não sendo objetivo desta pesquisa estabelecer um panorama abrangente e aprofundado de todas as discussões que já se deram a respeito dessa polêmica. Nosso escopo é, como dito, lançar um olhar sobre a questão à luz da nova dinâmica, identificada pela visão procedimentalista ora em estudo, estabelecida entre os conceitos de soberania, democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais.

Não é objetivo deste trabalho aprofundar questões como ativismo judicial, legitimidade geral do controle de constitucionalidade das leis, e tampouco o princípio da separação dos poderes – todos temas que contam com profícua produção acadêmica a respeito, de maneira que somente se poderia dar-lhes tratamento adequado após extensas e aprofundadas pesquisas específicas sobre de cada um deles, o que, a toda evidência, não se coadunaria com os limites e o escopo da presente pesquisa.

Entretanto, verificou-se em diversas decisões judiciais proferidas em ações que buscavam o controle judicial do devido processo legislativo uma preocupação intensa e persistente com esses postulados, especialmente no que diz respeito à legitimidade do controle jurisdicional sobre o processo de produção normativa pelo Legislador, razão pela qual a presente pesquisa não pode se furtar a tecer considerações, ainda que superficiais, sobre tais temas.

Dessa forma, para estabelecer as mínimas balizas do que está em discussão, é importante resgatar alguns posicionamentos recorrentes que são expostos quando se analisa a questão ora posta.

É muito comum, no debate sobre a possibilidade e a legitimidade do exercício do controle jurisdicional sobre a legislação, encontrar-se ressalvas amparadas no princípio da separação dos poderes, como se o controle do Judiciário sobre a função legislativa representasse uma violação ao artigo 2º da Constituição da República, que impõe a harmonia e independência entre os Poderes.

Essas ressalvas são invocadas com frequência pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando instado a se manifestar sobre o tema. Como exemplo elucidativo, tomemos o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão do Mandado de Segurança nº 32.033 (p. 145):

O processo legislativo constitui a mais típica e peculiar atividade do Poder Legislativo, que o exerce por critérios e mediante instrumentos de caráter marcadamente políticos. [...] É indispensável, por isso mesmo, que na relação entre direito e política e seus correspondentes atores institucionais, se leve na devida conta a necessária separação que há entre o processo para a formação da lei e o processo para interpretação e aplicação da lei já formada: aquele, pertencente ao domínio político do Parlamento e do poder de veto do Executivo, deve ser resguardado de interferências jurisdicionais indevidas, assim como esse, que pertence ao domínio judiciário, não pode ser contaminado por interferências externas de origem política.

Note-se a rigidez do raciocínio exposto: a separação quase estanque entre a produção de leis e a interpretação e aplicação de leis já formadas, que leva ao paroxismo a distinção entre processo legislativo e judicial – em certa medida verdadeira, mas não nesses termos – já exposta



anteriormente para diferenciar a aplicação do princípio do contraditório em ambas as espécies (item 2.3.1, supra).

Normalmente, esse raciocínio vem seguido pela compreensão de que o Legislativo, como arena política, é o *locus* do princípio majoritário, como concretização da democracia, enquanto os tribunais, arena jurídica, teriam uma atividade de caráter contramajoritário, para garantia da limitação do exercício do poder político pelos representantes do povo, resguardando os direitos fundamentais da minoria em face das vontades da maioria.

Assim sendo, o Judiciário careceria de legitimidade (o famoso *déficit de legitimidade*) para exercer controle mais amplo ou substancial em face da atividade legislativa, razão pela qual o controle desta por aquele somente poderia se dar em situações excepcionais. Essa visão foi bem sintetizada na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.468 (p. 6, destacou-se), trazida à citação apenas para fins meramente exemplificativos, na qual se assentou:

*Salvo em situações graves e excepcionais*, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal.

Normalmente, em resumo, a discussão do tema proposto se dá sob esse cenário: os teóricos e o próprio Judiciário veem o controle jurisdicional sobre o processo legislativo à luz de pesadas ressalvas, amparadas no princípio da separação dos poderes e no caráter contramajoritário da atividade judicante.

Entretanto, tal posicionamento reflete a visão de tensão entre constitucionalismo e democracia, segundo a qual ao Parlamento caberia dar vazão ao princípio majoritário como consequência da soberania popular, e aos Tribunais caberia a limitação do exercício do poder político, com base no papel de balizamento da soberania exercido pelo constitucionalismo.

Todavia, a nova percepção, trazida pela teoria discursiva da democracia, de que o constitucionalismo passa de um papel negativo a uma função positiva na concretização da soberania, resguardando direitos fundamentais que se colocam como *condição estruturante* para o exercício democrático da soberania popular, permite remodelar as bases sobre as quais se têm desenvolvido a teoria e a prática sobre o controle judicial da atividade legiferante.

Nesse contexto, deve-se ter em conta que

a legitimidade do direito depende da proteção que se pode oferecer aos direitos fundamentais enquanto condições possibilitadoras da formação e operação da esfera pública e, ainda, da garantia que se possa dar à institucionalização desse debate no processo legislativo democrático. Aí se situa a jurisdição constitucional (BARBOSA, 2010, p. 171).

A jurisdição, assim, especialmente quando pauta o controle sobre os atos legislativos com base na proteção dos direitos fundamentais procedimentais garantidores da realização de um processo de produção legislativa aberta à participação equânime de todos os pontos de vista interessados, assume papel não meramente limitador, mas verdadeiramente concretizador da democracia. Pode-se falar, portanto, numa jurisdição constitucional democrática, comprometida com as condições procedimentais para o exercício do poder político, para o preenchimento adequado, em concreto, do conceito outrora vazio de soberania popular.

Em outras palavras, “uma jurisdição constitucional que se pretenda democrática está preocupada, em primeira linha, com a proteção das condições procedimentais de formação livre da opinião pública e da vontade política” (BARBOSA, 2010, p. 192), “e é assim que, ao garantir os direitos fundamentais como condições jurídicas de institucionalização da democracia, a jurisdição constitucional deve retroalimentar e reforçar a dinâmica democrática e o processo público deliberativo” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 51), reconstruindo-se, dessa forma, sua tarefa “como primordialmente referida ao exame e à garantia de realização das condições procedimentais, das formas comunicativas e negociais, para um exercício discursivo da autonomia pública” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 127).

O devido exercício do controle judicial sobre o processo legislativo, entretanto, deve buscar se ater à garantia das condições procedimentais para o exercício do poder político, não recaindo em tentações de exercer uma espécie de controle do devido processo legislativo pautando-se em seu resultado e na compatibilidade desse resultado com uma ideia materializada da soberania popular, do interesse público ou do bem comum.

Em outras palavras, o controle judicial do devido processo legislativo não pode pretender-se substituto do parlamento no exercício das deliberações a respeito dos provimentos normativos, sob o argumento de que, assim agindo, estaria garantindo a verdadeira satisfação da “vontade do povo” - ideia já repudiada em momento anterior desta discussão.

Nas palavras precisas de Marcelo Cattoni de Oliveira (2016, p. 50),

embora a tarefa de garantir as condições processuais para o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos necessite de uma Jurisdição Constitucional ofensiva, nos casos em que se deve impor o processo democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade, isso não pode fazer da Jurisdição Constitucional uma guardiã republicana do processo político e da cidadania.

Por “guardiã republicana do processo político e da cidadania” entenda-se, justamente, a tentação de o exercício do controle jurisdicional sobre o processo de produção de normas buscar resgatar valores e conteúdos materiais preestabelecidos, fruto de uma vontade popular abstrata e passível de ser captada por meio da apreensão de valores subjacentes a uma determinada ordem social. Associado a isto, ter-se-ia o risco de se ver tomadas pelo Poder Judiciário decisões

que invalidassem determinadas leis regularmente oriundas do Parlamento, sob o fundamento de que seu conteúdo não refletiria propriamente a vontade e a soberania populares, o que seria, a toda evidência, um absurdo.

Afinal,

A formação democrática da vontade e da opinião, ao contrário do que pressupõe a tradição republicana, não tira sua força legitimadora da convergência de convicções e de razões éticas, mas dos pressupostos comunicativos e dos processos de justificação normativa que possibilitam o aporte de razões e interesses de amplo espectro, de tal modo a possibilitar a seleção dos melhores argumentos (CATTONI DE OLIVEIRA, p. 130-131).

Para ilustrar um modelo possível de delimitação do controle judicial do processo legislativo que se atenha aos limites propostos, pode-se colher o exemplo da teoria – mais desenvolvida, mesmo porque há mais tempo a doutrina mostrou-se preocupada em seu desenvolvimento – do controle judicial da discricionariedade administrativa.

A fim de permitir um controle jurisdicional adequado dos atos administrativos discricionários, evitando que Administração Pública transformasse em verdadeira arbitrariedade as margens de liberdade dadas por lei para escolhas administrativas, construiu-se um modelo teórico bastante consistente, que confere ao Judiciário, no exercício de sua função típica, a prerrogativa de controle apenas quanto à legalidade dos atos administrativos, abstendo-se de controlar o *mérito em si* das escolhas realizadas pela Administração Pública no exercício da função administrativa.

Assim, cabe ao controle jurisdicional da atividade administrativa apreciar: i) os elementos vinculados do ato – condutas administrativas em que a lei não deixa qualquer margem de escolha ao legislador, como a competência do sujeito responsável pelo ato, a forma por meio da qual este é praticado e a finalidade (interesse público) que se pretende atingir com sua edição –, de modo a caber ao judiciário coibir eventuais excessos e desvios de poder, bem como vícios formais da manifestação de vontade estatal; ii) os motivos determinantes declinados pela Administração Pública para justificar a edição do ato, de modo que, se falsos ou ilegítimos, caberá a anulação do provimento estatal; e iii) a razoabilidade e a proporcionalidade das escolhas de mérito realizadas pela Administração, impondo limitações contra o excesso e a insuficiência das medidas tomadas no exercício da discricionariedade administrativa (DI PIETRO, 2018, pp. 252-253 e 933).

Modelo semelhante poderia ser proposto para o controle judicial do devido processo legislativo. Não caberia à jurisdição colocar-se em lugar do legislador e verificar se o provimento legislativo por ele editado realmente refletiria uma suposta “vontade democrática” ou um suposto conteúdo material da “soberania popular”. Essas escolhas de mérito político,

mérito democrático, seriam privativas da legislatura. Entretanto, caberia à jurisdição controlar os pressupostos procedimentais da atividade legislativa, resultando, assim, na apreciação de diversos níveis de legalidade e legitimidade do processo legislativo: i) as formalidades e competências legislativas estritamente delimitadas pelo ordenamento jurídico; ii) o eventual desvio de finalidade nos provimentos legislativos, que poderia resultar, por exemplo, da subversão da livre manifestação de vontade dos parlamentares, fruto de coerções e cooptações de diversos tipos; iii) os motivos determinantes das normas produzidas, razão pela qual os provimentos legislativos expressa ou notoriamente amparados em motivações ilegítimas também poderiam ser judicialmente controlados; e iv) a razoabilidade e a proporcionalidade dos procedimentos de elaboração normativa, de modo que mudanças abruptas na sistemática normativa deveriam ser analisadas em face dos impactos causados às relações reguladas.

Ilustrando o cenário proposto, ao menos quanto aos itens iii) e iv), tem-se interessante decisão monocrática proferida em outubro de 2019 pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.229, na qual se questionava medida provisória que extinguiu a obrigatoriedade de publicação, em jornal de grande circulação, dos editais de licitações realizadas pelo Poder Público. Eis um trecho relevante:

A edição da MP não parece ter sido precedida de estudos que diagnosticassem de que maneira e em que extensão a alteração das regras de publicidade poderia contribuir de fato para o combate ao desequilíbrio fiscal dos entes da federação.

Nesse aspecto, nota-se que o legislador não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a edição da MP seria medida imprescindível ao controle dos gastos públicos envolvidos na divulgação de instrumentos convocatórios em jornais de grande circulação no país. O simples prognóstico de que a alteração legislativa tem a potencialidade de reduzir custos não parece, por si só, suficiente para configurar a urgência autorizadora da eficácia imediata do diploma normativo.

Veja-se que a fundamentação apresentada tangencia o controle dos motivos determinantes do ato, bem como a necessidade e utilidade da medida, aspectos integrantes do princípio da proporcionalidade.

Feita essa breve digressão, retornemos à discussão central deste tópico. Da forma como proposto, tem-se um controle jurisdicional do devido processo legislativo que não se coloca como afronta à separação dos poderes, nem ilegitimamente invadindo a seara parlamentar de representação dos pontos de vista e posicionamentos políticos de seus representados. Do contrário, respeita as escolhas de mérito político alcançadas pela atividade legislativa.

Não bastasse isso, outra constatação milita em desfavor de se tratar, genericamente, o controle judicial dos atos legislativos como afronta à harmonia entre os poderes da República. É que, muitas vezes, ao agir visando à garantia da legitimidade do processo legislativo, o

controle externo judicial contribui para, em vez de esvaziar, reforçar o papel que cabe a cada Poder no processo de gênese democrática das normas jurídicas.

É o que acontece, por exemplo, no caso do abuso das medidas provisórias, mecanismo excepcional de edição de ato normativo primário diretamente pelo Poder Executivo, não sujeito a qualquer deliberação prévia pelo parlamento – somente submetido ao controle legislativo posterior. Quando o Presidente da República, por exemplo, extrapola as balizas constitucionais da relevância e da urgência (Constituição da República, artigo 62, *caput*), e o Judiciário, a fim de apurar essa extrapolação, realiza o controle de tais pressupostos, mais do que invadir a competência do Chefe do Executivo para definição de tais requisitos, atua resguardando o Poder Legislativo da indevida interferência arbitrária de outro Poder.

Esse raciocínio foi referendado, ao menos em parte, por manifestações de ministros do Supremo Tribunal Federal, das quais se extrai como exemplo o seguinte trecho do voto proferido pelo ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.350 (p. 63), no qual se identificou,

na medida provisória, uma categoria normativa que traduz derrogação excepcional ao princípio constitucional da separação de poderes e que admite, por isso mesmo, a possibilidade, ainda que extraordinária, do controle jurisdicional sobre os pressupostos da relevância e da urgência.

Raciocínio semelhante pode ser sustentado no sentido de que um maior controle judicial do devido processo legislativo na medida provisória é, repita-se, uma conduta de proteção ao Parlamento, e não uma violação à separação de poderes, conclusão alcançada ao final da manifestação do ministro Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033, no qual se estabeleceu que os julgados do STF sobre medidas provisórias seriam, antes de interferência sobre o Legislativo, verdadeira garantia de suas prerrogativas.

Ainda outro exemplo de aplicação desse pensamento: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127, ao entender como inconstitucional a prática do “contrabando legislativo” – inserção de matéria estranha por emendas parlamentares no curso do processo legislativo de conversão de uma medida provisória em lei –, o Supremo Tribunal Federal (o caso será analisado com mais vagar adiante, no capítulo próprio a essa finalidade) valeu-se do entendimento (já consagrado na jurisprudência do Tribunal, apenas aplicado, na ocasião, analogicamente à medida provisória) de que tal espécie de alteração violaria a prerrogativa de exclusividade da iniciativa legislativa do Chefe do Executivo sobre determinadas matérias, o que acabava por atingir o postulado da separação dos poderes.

Uma vez mais, o controle judicial do devido processo legislativo resultou em reforço de tal princípio, em vez de violá-lo.

Entretanto, ainda uma objeção pode ser levantada ao raciocínio ora exposto: o fato de o Brasil ter “uma das mais ativas jurisdições constitucionais do mundo, com amplo controle de constitucionalidade concreto e abstrato”, como destacado pelo ministro Gilmar Mendes em voto proferido no julgamento do já citado Mandado de Segurança nº 32.033 (p. 50), não representaria um impedimento para a defesa de *mais atuação* da jurisdição constitucional, agora *invadindo* a seara do poder Legislativo?

As bases para uma resposta foram lançadas por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2010, p. 208-209, destacou-se):

[...] certamente irá se erguer a objeção dos que veem a concentração de poder no Supremo Tribunal Federal como uma ameaça à democracia. [...] Seguindo os passos da teoria discursiva do direito, insistimos na ideia de que a garantia da formação livre da opinião pública e de uma gênese democrática da lei são as principais tarefas da jurisdição constitucional. E, *nesse particular, temos uma carência, e não um excesso. A crítica pode e deve dirigir-se a uma excessiva materialização do controle de constitucionalidade*, cujo risco mais conhecido é a quase imperceptível substituição de argumentos jurídicos por argumentos axiológicos. [Entretanto,] Por meio da garantia do devido processo legislativo e, conseqüentemente, por meio da afirmação de um parlamento conectado com a crítica pública, a atuação do STF como um ‘censor de conteúdos normativos’ tende a perder importância e legitimidade.

Analisar a validade da correlação exposta não é, como dito em outro ponto da discussão, objetivo desta pesquisa, embora já tenha sido, em certa medida, objeto de preocupação ao longo do trabalho. Entretanto, vislumbra-se nessas palavras uma defesa consistente no sentido de que reconhecer legitimidade ao exercício de um controle judicial do devido processo legislativo, pautado no paradigma procedimental e, conseqüentemente, na garantia de direitos fundamentais como condições estruturantes para a validade do processo de produção normativa, não resulta nem contribui para o desequilíbrio de poderes, tampouco para a supremacia de um Poder sobre outro.

Estabelecida, então, uma nova roupagem para a análise da legitimidade do controle judicial do processo legislativo, e visto que tal atividade nem sempre representa uma afronta ao postulado da separação dos poderes, resta o último ponto desta análise teórica: os parâmetros a serem utilizados por essa espécie de controle incidente sobre o processo de produção das leis.

### 2.3.4 Os parâmetros do controle judicial do devido processo legislativo

Não há dúvidas de que as bases para a conceituação do princípio do devido processo legislativo estão lançadas na Constituição. Afinal, é nela que se prevê o “princípio-mãe” do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), além de se extraírem de seu texto todas as normas relevantes sobre o procedimento legislativo (artigos 59 a 69) – espécies normativas, iniciativa,

discussão, deliberação, poder de emenda dos parlamentares, sanção ou veto (quando for o caso), publicação e promulgação, dentre outras balizas para a delimitação do regular procedimento de elaboração das normas jurídicas primárias.

Nesse contexto, se adotarmos a já citada ideia de que

A Constituição [...] deverá ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma. [...] Deverá estabelecer [...] as condições de um processo legislativo democrático, no qual a soberania popular e os direitos humanos, concebidos, desde o início, como princípios jurídico-constitucionais (CATTONI DE OLIVEIRA, p. 48-49),

é natural concluir ser ela o *locus* próprio para se buscar os parâmetros de um controle judicial do devido processo legislativo.

Mesmo para a concepção formalista do Positivismo Jurídico, a Constituição, como fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento, é a origem dos postulados que regem o processo de produção de normas válidas.

Não há, portanto, controvérsia quanto ao fato de que, uma vez reconhecida a incidência do controle judicial sobre o processo legislativo, a Constituição é, por excelência, o parâmetro a ser adotado.

O ponto nevrálgico da questão recai, então, sobre a possibilidade desse controle valer-se de outra espécie normativa como fundamento de atuação: os regimentos das casas legislativas. E uma das grandes razões para esse impasse é a dificuldade de se delimitar a natureza jurídica de tais normas.

À luz do direito positivo brasileiro, os regimentos internos são atos normativos primários – com força de lei, portanto –, veiculados por Resoluções da respectiva Casa e do Congresso Nacional (artigos 51, inciso III; 52, inciso XII; e 59, inciso VII, todos da Constituição da República)<sup>7</sup>.

Mas, desde já, se esbarra num obstáculo: à luz do já analisado paradigma positivista de que “é válida a norma que foi produzida de acordo com o procedimento previsto numa norma de escalão superior” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 28), como uma norma com força de lei – ato normativo primário – detém capacidade normativa para estabelecer procedimentos a serem observados pelo processo legislativo que resultará na produção de atos de mesma hierarquia (ou até mesmo hierarquia superior, como é o caso das Emendas à Constituição)?

---

<sup>7</sup> O Regimento Comum do Congresso Nacional foi estabelecido pela Resolução nº 1, de 1970-CN; o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pela Resolução nº 17, de 1989-CD; e o Regimento Interno do Senado Federal, pela Resolução nº 93, de 1970.

É a partir desse questionamento que nascem as discussões acerca da natureza jurídica das normas regimentais.

Para contextualizar as controvérsias, necessário analisar, primeiramente, a consolidação proposta por Vidal Marín, que agrupou as principais teorias a respeito da natureza jurídica das normas regimentais em oito grandes grupos. Por não ser objetivo central desta pesquisa, não nos deteremos a analisar em detalhes todas as subdivisões propostas; entretanto, a partir da síntese feita por Rafaela Lima Santos de Barros (2015, p. 28 e seguintes), é possível classificar em três grupos as diversas correntes doutrinárias a respeito do tema.

De um lado, há os que, como Hariou, Laband e Santi Romano, veem as normas regimentais como meramente restritas ao Parlamento, verdadeiros protocolos ou convenções parlamentares, regramentos corporativos, restritos à esfera interna da Casa legislativa, resultantes de uma manifestação da soberania das instituições legislativas.

No outro extremo, há os “que defendem que os regimentos são normas de execução constitucional, ou seja, desenvolvem o texto da Constituição” (BARROS, 2015, p. 29), apoiando-se ora na noção de bloco de constitucionalidade – consistente na ideia de que “a Constituição vai além do texto constitucional, sendo composta por outras normas e princípios implícitos, entre os quais se encaixariam os regimentos parlamentares” (BARROS, 2015, p. 33) –, ora no conceito de *normas interpostas*, tal como sustentado por Canotilho (*apud* BARROS, 2015, p. 33): “carecendo de forma constitucional, são reclamadas ou pressupostos pela Constituição como específicas condições de validade de outros actos normativos, inclusive dos actos normativos com valor legislativo”.

Ainda nesse sentido, colhem-se as seguintes lições de Vidal Marín (*apud* BARROS, 2015, p. 33):

As normas dos Regimentos Internos se materializam em normas de execução da Constituição, não são atos jurídicos menores e possuem as características essenciais das normas jurídicas e são vinculantes. A obrigatoriedade das normas regimentais é ínsita do sistema que eleva à dignidade constitucional os atos que integram a Constituição para disciplinar o desenvolvimento da atividade legislativa e, portanto, constituem uma parte da Constituição cuja obrigatoriedade é um pressuposto essencial da obrigatoriedade de todas as normas do ordenamento jurídico estatal.

E, entre os dois extremos, tem-se a visão a que chamaremos de eclética ou moderada, que vê nos regimentos das Casas Legislativas um espaço normativo em que coexistem normas de diferentes naturezas jurídicas. A esse respeito,

Para Jellinek, os Regimentos Parlamentares seriam formados por dois tipos de normas: parte possuiria natureza jurídica (como a previsão das votações e a participação nas sessões), enquanto outras seriam carentes de repercussão jurídica (como o modo de sucessão dos oradores). A violação das primeiras implicaria a transgressão de uma norma de direito, uma lesão ao ordenamento jurídico, uma vez que as normas violadas integrariam o ordenamento jurídico composto pela



Constituição e pelas leis. Já a violação das últimas não teria repercussão, pois seriam normas com status administrativo (BARROS, 2015, p. 29).

Na mesma linha, Vincenzo Longi propõe a divisão das normas regimentais em quatro espécies, quais sejam, as normas que constituem mera repetição formal do texto da Constituição, normas que interpretam e desenvolvem princípios constitucionais, normas derivadas da liberdade de organização interna do Parlamento e normas resultantes de uma delegação formal, procedida pela Constituição, ao Regimento (BARROS, 2015, p. 30).

Diante dessa sistematização, entendemos incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com o marco teórico até aqui adotado a primeira visão, do regimento como manifestação da soberania do Parlamento, como protocolo, convenção ou mera norma interna da casa legislativa.

Em primeiro lugar, porque, embora chame a necessária atenção para a existência de uma esfera de autonomia do Parlamento em promover sua auto-organização – o que é inegável –, generaliza essa esfera de autonomia a todo o regimento interno dos procedimentos legislativos, resultando numa indevida “privatização do processo legislativo e seu confinamento à dimensão institucional” (BARBOSA, 2010, p. 5), relegando-se tal processo e o “domínio dos negócios políticos pela maioria circunstancial” (AMORIM, 2017, p. 17).

Assim, como consequência, representa o risco de reforçar o entendimento – questionável – de um processo legislativo restrito à esfera institucional do parlamento, sem abertura à sociedade e não sujeito a controle, ignorando o relevante aspecto de abertura desse processo a uma “esfera pública politicamente atuante” à qual deve ser dada a capacidade de conhecer, criticar e até mesmo interferir na formação institucional das leis. Afinal, “sem essa abertura, o processo legislativo é privatizado pelos agentes estatais e pelos lobbies cristalizados nos partidos políticos, já familiarizados com as peculiaridades do jogo parlamentar” (BARBOSA., 2010, p. 166).

Como já sustentado outrora, o processo legislativo encontra sua fonte de legitimidade exatamente na participação, na formação dos provimentos legislativos, dos destinatários desses provimentos, em igualdade de condições, sob a ótica do contraditório. Sustentar esse fechamento absoluto das normas procedimentais regimentais à dimensão eminentemente parlamentar resultaria em contrariedade a esse pressuposto, difícil de ser sustentada.

Além desse enfoque à luz da teoria discursiva da democracia, a visão ora em apreço acerca da natureza jurídica das normas regimentais também não é plenamente acolhida em nosso ordenamento jurídico. Mesmo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – nitidamente inspirada na premissa de que os regimentos são normas internas, resultantes da

soberania do Parlamento, para sustentar a conclusão de que a discussão sobre normas regimentais é matéria *interna corporis* das Casas Legislativas, não podendo servir de parâmetro ao controle jurisdicional da atividade legislativa – vem entendendo, pelo menos desde o julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503, pela possibilidade de utilização, como parâmetro para o controle judicial, ao menos das normas regimentais que reproduzem conteúdos constitucionais. Eis um elucidativo trecho da ementa do respectivo acórdão:

[...] Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional (STF, MS 22503, p. 1).

Em síntese, a visão que tem as normas regimentais como meros assuntos internos, corporativos, do Parlamento merece contestações tanto no plano teórico como no plano prático.

De um lado, sob o ponto de vista da teoria, “é questionável se o confinamento desse debate ao âmbito institucional se coaduna com as premissas normativas do Estado democrático de direito” (BARBOSA, 2010, p. 159), pois “essa estranha forma de decidir intramuros não serve a uma democracia que contempla constitucionalmente o contraditório que só pode ser feito e desenvolvido pelo princípio da transparência” (DEL NEGRI, 2005, p. 4). Como destacado por Amorim (2017, p. 16),

O constante alargamento da noção do que seja matéria interna corporis obscurece, com esteio nos constructos procedimentalistas de Jürgen Habermas, a compreensão das normas regimentais como materialização das condições procedimentais assecuratórias de um jogo argumentativo, em que seja garantida a participação de todos os envolvidos no processo decisório, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

De outro, contrapõe-se à própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup>, a qual, embora firme no sentido de que o malferimento às normas regimentais, em regra, constitui matéria *interna corporis*, não o faz de modo absoluto, admitindo a utilização, como parâmetro para o exercício do controle judicial do devido processo legislativo, das normas regimentais que reproduzem conteúdos constitucionais.

Não bastasse isso, tratar as normas dos regimentos legislativos como meras questões internas, convenções parlamentares, pode levar a uma compreensão do processo legislativo como algo eminentemente circunstancial, uma vez que parte substancial de suas normas de regência seriam meras convenções, podendo ser afastadas casuisticamente, a depender do interesse da maioria eventual formada a respeito de determinado tema, conferindo

ao arbítrio da maioria a definição do substancial procedimento legislativo a ser observado, contemplando, inclusive, sob o pálio do recurso denominado ‘acordo de

<sup>8</sup> Como já anunciado mais de uma vez, as decisões do STF sobre a matéria em apreço serão analisadas em capítulo próprio. A análise aqui inserida é mais superficial, apenas para dar ares mais concretos à discussão ora empreendida.

lideranças', eventuais excepcionalidades que constituem flagrante supressão do direito das minorias parlamentares (AMORIM, 2017, p. 17).

De fato, se os regimentos são manifestações da autonomia do Parlamento, meros protocolos acordados entre os membros das Casas Legislativas sobre como se comportar no processo de elaboração de normas jurídicas, o que impediria os parlamentares de, casuisticamente, acordarem afastar a aplicação de uma determinada norma regimental em determinado caso concreto?

Essa ideia já chegou mesmo a ser sustentada no plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo ministro Dias Toffoli. Ao apreciar, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357 (p. 153 e 154), uma emenda constitucional aprovada em desacordo com determinada norma regimental, cuja aplicação foi afastada no caso concreto por acordo entre os parlamentares, o mencionado magistrado entendeu que, como “o quórum deliberativo para a chancela de emenda constitucional seria bastante para alterar o Regimento Interno” e “a Casa que aprova o ato normativo é a mesma que elabora seu Regimento Interno”, não haveria “invalidade em deliberação, direta ou implícita, que reforma regra de processo interno de apreciação ou estabelece exceção ao rito”.

Além disso, a alteração casuística do regimento constitui prática corrente no Congresso Nacional (BARROS, 2015, p. 37), sendo, inclusive, acolhida formalmente pelo Regimento Interno do Senado Federal (artigo 412, inciso III<sup>9</sup>).

Entretanto, contraria a base lógica do próprio ordenamento jurídico, como bem destacado por Jorge Miranda (*apud* BARBOSA, 2010, p. 174):

Se as próprias assembleias podem modificar as normas regimentais quando lhes aprovar, não poderão dispensar-se de as cumprir enquanto estiverem em vigor. Quando o parlamento vota uma lei, ou uma resolução, o objeto da deliberação é o projeto ou a proposta e não o regimento; essa deliberação tem de se fazer nos termos que este prescreve e não pode revestir o sentido de modificação tácita ou implícita de suas regras. O princípio que aqui se projeta para além do princípio hierárquico é sempre o de que o órgão que pode modificar a lei sob que vive deve, pelo menos, fazê-lo específica e diretamente.

Em outras palavras, o fato de o quórum para aprovação de uma lei ou de emenda à Constituição ser suficiente para se alterar o regimento não pode servir de amparo ao argumento de que este poderá ser alterado casuisticamente, em cada situação que um projeto de lei ou proposta de emenda foi levado a votação. A alteração dos regimentos das casas legislativas

<sup>9</sup> “Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos:

[...]

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

também deverá seguir o devido processo legislativo, o que inclui a instituição de procedimento próprio, não casuístico, de votação dessa modificação.

Essa constatação encontra-se na base de outros raciocínios jurídicos associados a outros temas presentes em nosso ordenamento jurídico, como é o caso da vedação a que os Tribunais deixem de aplicar uma norma ao caso concreto sem declarar expressamente sua invalidade, sua inconstitucionalidade; também se manifesta na própria teoria jurídica sobre as regras e os princípios, segundo a qual aquelas seguem a lógica do tudo ou nada, devendo ter a aplicabilidade ao caso afastada somente quando se constatar sua invalidade ou a derrogação por outra norma.

Por todas essas razões, entendemos inviável encarar as normas regimentais como meras convenções parlamentares, integralmente restritas ao universo interno das Casas Legislativas, e impossibilitadas, em termos absolutos, de serem utilizadas como parâmetro ao controle judicial do devido processo legislativo.

Entretanto, também não achamos viável encampar o entendimento de que todas as normas regimentais são dotadas de juridicidade, localizando-se – repita-se, todas elas – em patamar hierárquico supralegal, a ponto de poderem, em qualquer caso, ser invocadas como parâmetro para se verificar a legitimidade dos provimentos legislativos oriundos do parlamento.

Para descartar essa visão, a nosso ver exagerada, colhemos mais uma vez as palavras de Rafaela Lima Santos de Barros (2015, p. 29), que apresenta conclusão interessante acompanhada de exemplo esclarecedor:

No caso brasileiro, a argumentação de que todo o regimento possui a mesma natureza jurídica e, portanto, obrigatoriedade, não merece prosperar. Muitas normas regem assuntos de economia interna das Casas, como, por exemplo, a norma contida no § 1º do art. 3º do RICD, que regula como será composto o nome parlamentar – nome como o Deputado será identificado na Câmara. A violação dessa regra dificilmente justificaria o controle judicial, pois se trata de um assunto tipicamente interno, sem repercussão constitucional e que não ofende direitos fundamentais.

Nos resta, então, aderir à concepção eclética ou moderada, segundo a qual os regimentos reúnem em seu corpo normas de diferentes naturezas, desde reproduções ou desenvolvimentos diretos de conteúdo normativo constitucional – ocasião em que são dotadas de juridicidade suficiente a servir de fundamento ao exercício do controle judicial do devido processo legislativo –, até normas irrelevantes para o processo de formação dos provimentos legislativos – como no já citado caso do nome parlamentar –, que tratam, realmente, de matéria *interna corporis*, e cujo desrespeito não legitima a atuação jurisdicional.

Posição semelhante foi adotada pelo ministro Celso de Mello, em voto vencido proferido no já mencionado Mandado de Segurança nº 22.503 (p. 72), no qual apontou que

A eventual inobservância das regras inscritas na Constituição e o desrespeito a *normas vinculantes e mandatórias do Regimento Interno* – e, por isso mesmo, insuscetíveis de qualquer juízo discricionário, de oportunidade ou de conveniência – revestem-se de *eficácia invalidadora dos atos legislativos* e, até mesmo, das próprias emendas que resultem do processo de reforma constitucional,

dando a entender a existência de normas regimentais não mandatórias, dispondo sobre âmbitos de mera conveniência política ou discricionariedade legislativa, associadas a normas regimentais vinculantes, de observância obrigatória.

No mesmo julgamento, o Ministro Moreira Alves, apesar de alcançar resultado diverso do voto vencido do hoje decano Celso de Mello, adotou premissas similares, como se verifica no seguinte trecho de seu voto:

Em rigor, há distinção entre ato discricionário, questão exclusivamente política e atos interna corporis. Ato discricionário é aquele em que o Poder Judiciário não pode interferir para a verificação de sua conveniência, oportunidade ou justiça. Questão exclusivamente política é questão de discricionariedade política, também infensa ao controle jurisdicional. Já com referência aos atos interna corporis, esta Corte, por vezes, a meu juízo, tem entendido que são os que dizem respeito a questões relativas à aplicação de normas regimentais, quando não violam direitos subjetivos individuais, quer de terceiros – como foi o caso do impeachment do Presidente da República –, quer dos próprios membros do Congresso. Portanto, essa exceção não abrange normas regimentais que dizem com o Processo Legislativo, normas essas meramente ordinatórias (STF, MS 22503, p. 120).

Admitiu-se, portanto, a existência de vários níveis mandatórios e vinculantes de normas regimentais, inclusive aquelas que, por disporem acerca de direito fundamental de pessoas submetidas a investigações e julgamentos perante o parlamento, fogem à lógica *interna corporis* e podem ser utilizadas como parâmetro para o controle judicial.

Contra essa visão pode-se levantar o óbice da dificuldade em se delimitar, caso a caso, a que categoria pertencem as normas regimentais em discussão. Entretanto, essa discussão é inerente ao Direito, ocorrendo em diversas outras situações, como no caso, por exemplo, da necessária delimitação da natureza material ou processual de uma norma para definir a possibilidade, ou não, de aplicabilidade imediata aos processos em curso. Em suma, é uma dificuldade prática que, ao contrário de invalidar o raciocínio, precisa ser reconhecida para ser enfrentada, tal como dificuldades semelhantes são reconhecidas – e enfrentadas – em outros campos de estudo e aplicação das normas jurídicas.

### **3 AS DIVERSAS ACEPÇÕES DA EXPRESSÃO “DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO”**

Conforme já explicado na introdução, a busca que orientou esta pesquisa a respeito do conceito de devido processo legislativo voltou-se às decisões dos Tribunais, pelos motivos outrora declinados. Assim, analisaram-se diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais de todas as regiões – objeto de pesquisa escolhido pelos critérios explicados no início do capítulo seguinte.

Dessa forma, foi possível colher, das diversas manifestações jurisdicionais, uma rica gama de significados e de categorizações a respeito desse princípio, a cuja análise minuciosa este capítulo dedicar-se-á.

Ressalte-se que a opção de apresentar esses significados e categorias, antes mesmo de realizar a análise específica de como a discussão se deu especificamente em cada uma das esferas judiciais analisadas – o que será objeto de consideração de forma mais detida no capítulo seguinte – se deu em virtude de que esta pesquisa constituiu verdadeiro círculo hermenêutico, grosseiramente representado pelo fato de que a análise especificamente voltada às manifestações jurisdicionais em questão se dá de forma muito mais rica quando se têm estabelecidas as categorias e os diversos sentidos assumidos pela expressão em cada contexto específico, panorama que, por sua vez, somente pôde ser alcançado a partir da apreciação das referidas manifestações.

Assim, tal como o intérprete cuja clareza e qualidade da performance depende do tom de voz que conferir à expressão do texto que tem em mãos, mas somente pode encontrar o tom de voz mais adequado a partir do conhecimento das partes seguintes do escrito, vimo-nos no mesmo dilema: precisávamos analisar os acórdãos para montar o panorama do conceito judicial de devido processo legislativo, mas a análise desses acórdãos se torna muito mais rica quando eles são vistos sob as lentes da significação fornecida por eles mesmos à expressão “devido processo legislativo”.

Por tais razões, acreditamos que a inversão da ordem – primeiro, analisando os resultados alcançados; em seguida, passando à análise detida do objeto pesquisado, à luz da sistematização dos resultados – permitirá maior clareza na montagem do conceito judicial de devido processo legislativo.

### 3.1 Devido processo legislativo objetivo e devido processo legislativo subjetivo

Como direito fundamental que é – parte integrante do conceito de devido processo legal, “uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 587) –, o devido processo legislativo assumiu, nas manifestações judiciais investigadas, duas feições: a objetiva e a subjetiva.

A dupla dimensão – repita-se, objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais é tema bastante recorrente na teoria constitucional. A esse respeito, para melhor situar as balizas sobre o tema, colhem-se as seguintes lições da obra dos professores Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2018, p. 167). Segundo elas, de um lado,

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de [...] ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa [...] ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.

Nesse contexto, o viés subjetivo de um direito diz respeito à posição que seus titulares assumem face a outrem – ao Estado, no caso da eficácia vertical, ou a terceiros, quando se trata da eficácia horizontal –, exigindo comportamentos – ações ou abstenções – ou interferindo em seu *status* jurídico.

Por outro lado,

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional [...], operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. [...] Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva de garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 169)

À luz desses ensinamentos, pode-se identificar nas manifestações jurisdicionais apreciadas nesta pesquisa que o devido processo legislativo ora é encarado sob uma perspectiva, ora sob a outra. Por vezes, é visto como um direito, conferido a determinados atores do processo político, de exigir determinadas ações ou omissões dos outros participantes desse mesmo processo e das autoridades que o conduzem, de modo a não se sujeitar a coerções ou a desvirtuamentos no âmbito do processo de que participam. Por outras, é tido como verdadeiro parâmetro de validade das normas resultantes do processo legislativo, irradiando sua eficácia como critério legitimador de todo o ordenamento jurídico.

Apreciar o conceito em questão sob uma ótica ou outra resulta em consequências práticas importantes. Apenas em abordagem superficial, adiante aprofundada, podem-se elencar algumas delas, sempre, por óbvio, sob a luz dos resultados encontrados nesta pesquisa.

Assim, por exemplo, abordar o devido processo legislativo sob a dimensão subjetiva resulta na possibilidade de controle prévio de constitucionalidade do processo legislativo, uma vez que a alegada afronta à posição subjetiva do titular do direito ocorre ainda no curso do próprio processo de produção normativa; por outro lado, eventuais violações ao devido processo legislativo encarado sob a perspectiva objetiva somente podem ser objeto de apreciação judicial após a constituição do provimento legislativo, pois até o fim da fase legislativa há oportunidades institucionais para que as eventuais violações ao mencionado princípio sejam corrigidas ainda no âmbito da própria atividade de produção normativa – e o controle judicial prévio é considerado invasão de competência dos agentes legitimados a realizar essas possíveis correções.

Outra questão relevante diz respeito aos instrumentos de defesa do direito fundamental em apreço e combate às violações contra ele perpetradas, bem como à legitimidade para fazer uso desses instrumentos. Nesse contexto, quando atingido o devido processo sob a perspectiva subjetiva, o remédio mais adequado tem sido, ao menos do ponto de vista das manifestações analisadas, o mandado de segurança<sup>10</sup>, com uma compreensão restrita sobre a legitimidade para utilização de tal instrumento protetivo, normalmente reconhecida apenas a participantes diretos do processo legislativo nas esferas institucionais; por outro lado, o controle das violações perpetradas contra a dimensão objetiva desse princípio tem um caráter instrumental mais amplo, podendo ser veiculada mediante diversos instrumentos de controle de constitucionalidade, seja concentrado, seja difuso, o que, inclusive, permite a ampliação dos *loci* de discussão para as diversas instâncias jurisdicionais.

E, por fim, encarar o devido processo legislativo sob a dimensão objetiva ou subjetiva resulta em consequências importantes para a própria delimitação do conteúdo do preceito.

Entretanto, essas afirmações somente ficarão claras a partir de uma análise mais detida de cada uma das acepções citadas, à luz das decisões judiciais analisadas no processo de produção da presente dissertação.

---

<sup>10</sup> Posição objeto de críticas doutrinárias – sendo que algumas delas, como será visto adiante, até sugerem a maior adequação de outros instrumentos jurídicos para os fins propostos, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental –, mas reforçada em inúmeras ocasiões pelos órgãos jurisdicionais.



### 3.2 Devido processo legislativo subjetivo

O devido processo legislativo, na acepção subjetiva, como já mencionado, diz respeito à garantia de determinadas posições dos participantes dos processos desenvolvidos perante o Parlamento, em face de comportamentos dos demais participantes dessa mesma atividade e das autoridades responsáveis por conduzi-la.

Sob essa visão, o mencionado conceito se manifesta em duas situações principais: de um lado, o direito subjetivo de cada um dos atores do processo legislativo de participar dele em igualdade de condições com os demais, sem submeter-se a coerções nem restrições quanto ao exercício desse direito de participação, podendo efetivar a exposição de seus argumentos e pontos de vista em verdadeiro contraditório, mesmo face a uma posição flagrantemente majoritária; de outro, o direito subjetivo das pessoas submetidas a julgamentos – políticos ou político-jurídicos – ou investigações realizados pelo Parlamento, como os casos do Chefe do Executivo acusado de cometer crime de responsabilidade, do parlamentar levado a julgamento no plenário da respectiva casa por incorrer em algumas das hipóteses de perda do mandato e das pessoas alvo de investigação pelas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs.

Embora a segunda hipótese não seja diretamente relacionada ao ponto central da nossa pesquisa – o devido processo legislativo como parâmetro de racionalidade da legislação e de legitimidade das normas legisladas, como o marco teórico exposto deixou claro –, a análise dessa visão específica trouxe contribuições relevantes ao desenvolvimento da pesquisa, razão por que será também abordada, embora com menos vagar.

#### 3.2.1 O devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes do processo político de produção normativa

Embora orientadas as votações pelo princípio majoritário, o processo legislativo, como já mencionado mesmo pelas mais tradicionais doutrinas a respeito da democracia, não pode se tornar instrumento de imposição arbitrária e absoluta da vontade da maioria, em prejuízo das posições minoritárias, do direito à divergência e do necessário contraditório que deve orientar as deliberações legislativas.

Assim, partindo-se das premissas de que i) a democracia se concretiza a partir da compatibilização entre a efetividade da vontade majoritária e o respeito aos direitos fundamentais das minorias; e ii) a ampla participação, no processo de produção normativa, em

igualdade de condições com os demais participantes, garantindo o efetivo contraditório entre visões divergentes que orientarão a elaboração dos provimentos estatais, é alçada, notadamente a partir da teoria discursiva de democracia, ao patamar de direito fundamental estruturante da democracia e do exercício democrático do poder político, nada mais natural que concluir-se que todos os participantes do processo político da atividade legiferante possuem posições e prerrogativas de participação mínimas que precisam ser preservados.

O direito a dar voz aos argumentos, ainda que minoritários; o direito à participação no processo legislativo em igualdade de condições e orientada pela lógica de um efetivo contraditório; o direito a ser ouvido e ter as ponderações consideradas no curso da elaboração normativa; o direito de não se submeter a coerções de todos os tipos, colocando-se em condição de liberdade para uma exposição argumentativa livre de amarras; em suma, o direito de não se submeter a um procedimento que não respeite condições mínimas de abertura discursiva, todos esses são aspectos importantes quando se consideram as garantias mínimas a serem fornecidas aos participantes do processo político de produção normativa.

E os participantes do processo legislativo têm o direito subjetivo de ver resguardadas essas posições; de exigir dos demais participantes o respeito a elas, adotando comportamentos comissivos que as garantam e abstendo-se de comportar-se de modo a feri-las ou esvaziá-las; de não participar de procedimentos em que elas não sejam plenamente garantidas; e de, ao vê-las atingidas, obter do Judiciário um provimento que interrompa o processo no qual se deu a afronta.

Esse é o conteúdo do devido processo legislativo de viés subjetivo, ora em análise. Em resumo, pode ser caracterizado como o direito do participante do processo legislativo de não se submeter a um procedimento de produção normativa que não garanta a ele a participação em igualdade de condições com os demais atores, mediante efetivo contraditório. É o direito de não se submeter a um processo legislativo que não seja devido. É um direito de resguardo a posições discursivas no ambiente do processo político de produção normativa.

Nesse contexto, a mesma prerrogativa aplica-se não somente aos participantes individualmente considerados, mas também a grupos: é corrente nas manifestações judiciais analisadas a frase segundo a qual – à parte algumas variações mínimas nas palavras utilizadas – as minorias parlamentares possuem o direito de não se sujeitar, de forma absoluta, à vontade arbitrária de maiorias circunstanciais.

De fato, o processo legislativo precisa, em regra, chegar a termo – embora essa não seja necessariamente uma condição inerente ao processo, como demonstram matérias que, após longos anos de tramitação no Parlamento, não chegaram ainda a um resultado –, e, para isso, é

inevitável tomar-se como parâmetro o princípio majoritário. Entretanto, o princípio majoritário não pode ser utilizado para amparar práticas que excluam a participação e restrinjam a exposição dos argumentos minoritários, afinal, dentre outros aspectos, estes contribuem para a “formação de uma maioria verdadeira, [...] cristalizando as opiniões dispersas na sociedade, até sedimentar uma decisão efetivamente majoritária” (CARVALHO *apud* ROCHA, 2009, p. 21)<sup>11</sup>.

Assim, grupos de parlamentares – especialmente os minoritários – também possuem posições discursivas a serem resguardadas, a fim de que se garanta a necessária abertura do processo político de produção normativa à variedade de argumentos, de naturezas diversas, que deve caracterizar a atividade de legislar.

Entendidos o conceito e o âmbito de aplicação, passemos a analisar, à luz da caracterização até aqui delineada, outros aspectos importantes do enfoque ora abordado do devido processo legislativo, notadamente a titularidade do direito em questão – já que se está diante de um direito subjetivo – e a consequente legitimidade para despertar o controle jurisdicional visando à sua proteção, o instrumento jurisdicional adequado para essa proteção, o parâmetro e a extensão desse controle, bem como o momento em que ele pode ser realizado.

### *3.2.1.1 Momento e instrumento adequado para se despertar o controle judicial*

O direito subjetivo ora em análise visa resguardar posições discursivas de efetiva participação, em igualdade de condições, no processo legislativo, sendo violado sempre que se impuserem a um ou alguns de seus participantes coerções, condicionamentos ou restrições incompatíveis com a necessária abertura discursiva que tal processo deve assumir.

Sendo assim, as violações ao devido processo legislativo subjetivo ocorrem no curso do processo político de elaboração normativa, sendo concretizadas antes mesmo de produzido o provimento estatal. Não se trata propriamente de vício que atinge a norma em si, resultante do procedimento em questão, mas de defeito no próprio procedimento, que não poderá seguir enquanto não sanada – caso sanável, obviamente – a mencionada violação. É um direito subjetivo, portanto, que precisa ser resguardado em momento pré-normativo; não há uma norma impugnada, pois o questionamento recai sobre os atos de seu processo de elaboração.

---

<sup>11</sup> Para uma análise mais detida a respeito do papel e dos direitos das minorias no processo de deliberação política, confira-se a monografia de Raquel Machado Rocha, intitulada “Com a palavra a oposição: A obstrução como recurso para se fazer ouvir” (ROCHA, 2009).

Nesse contexto, qualquer dos participantes que veja, no curso do procedimento, violada alguma de suas posições discursivas poderá despertar o controle jurisdicional *preventivo* da norma, sendo este o momento adequado para tal sindicância. Inclusive, havendo a conclusão do processo com a promulgação da norma dele resultante, restará *prejudicada* – ao menos do ponto de vista do direito subjetivo, sem prejuízo da possibilidade de impugnação por violação ao viés objetivo, adiante detalhada – a discussão quanto ao direito dos participantes da fase legislativa a ver resguardado seu direito subjetivo ao devido processo.

E, tratando-se de resguardar posições subjetivas em face de atos praticados no curso do processo legislativo, o instrumento reconhecido pela jurisprudência como o mais adequado para despertar o controle judicial neste âmbito é o mandado de segurança, a ser impetrado contra a Casa Legislativa no âmbito da qual se deu a alegada violação.

Esse raciocínio não é isento de críticas.

Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2010, p. 199-200), por exemplo, destaca os “vários riscos de relegar a garantia do devido processo legislativo a um instrumento processual de feições marcadamente subjetivas”: primeiramente, a possibilidade de desistência do autor no prosseguimento do feito, sujeitando a ação a desistências abusivas, à “possibilidade de manipulações do direito de ação em razão de acordos e barganhas políticas”; em segundo lugar, o já mencionado fato de que “a promulgação da norma impugnada prejudicaria o mandado de segurança” (BARBOSA, 2010, p. 200). Por essas razões, conclui que “o mandado de segurança não parece bem adaptado à finalidade *ad hoc* de controle do processo legislativo antes da promulgação da norma” e defende, como alternativa, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, principalmente em virtude de esse tipo de ação não perder o objeto com a promulgação da norma cujo processo está sob impugnação, apenas convertendo, no mesmo processo, um controle preventivo do processo legislativo em controle repressivo da norma dele resultante.

Entretanto, essas críticas possuem, a nosso ver, uma inconsistência: tratar o viés subjetivo como único significado do princípio em estudo. Reconhecer o mandado de segurança como instrumento de controle do devido processo legislativo sob o aspecto ora tratado não o torna o único meio de controle judicial do devido processo legislativo.

Assim, tomando-se como exemplo um processo legislativo violador de parâmetros discursivos básicos, no qual se imponham diversas coerções e impedimentos de participação das minorias, essas poderão despertar o controle jurisdicional sobre o *processo em si*, mediante a utilização do mandado de segurança para proteção do direito líquido e certo consubstanciado na prerrogativa de participar em igualdade de condições de um procedimento discursivo livre

de coerções; caso finda a fase legislativa e promulgada a norma dela resultante, o mandado de segurança como instrumento subjetivo de proteção aos direitos dos participantes do processo restará prejudicado, por óbvio, pois não há mais posições discursivas a serem resguardadas num processo que já se encerrou; entretanto, remanescerá a possibilidade de se despertar o controle judicial sobre a norma resultante dessa atividade legiferante defeituosa, pois, como já dito, a regularidade do processo de formação das normas, com a garantia de participação dos interessados em igualdade de condições, é condição precípua para a sua validade e legitimidade – é exatamente o que consubstancia a visão do devido processo legislativo objetivo, adiante aprofundada.

Assim, o prejuízo do mandado de segurança com o encerramento do processo legislativo somente resulta do fato de não mais haver posições discursivas a serem resguardadas, nada dizendo sobre a possibilidade ou impossibilidade de controle posterior da norma resultante de um processo legislativo indevido, que poderá ser judicialmente invalidada em razão das falhas observadas na etapa legiferante.

Assim, tendo-se, no curso do processo político de produção normativa, violações a posições subjetivas de seus participantes, nada mais natural que valer-se de um instrumento subjetivo para vê-las resguardadas pelo Poder Judiciário; caso encerrado o processo, não mais subsiste o interesse na proteção dessas posições, mas remanesce a possibilidade de se despertar, ainda que por outros instrumentos, o controle judicial sobre as normas resultantes de processos defeituosos, tendo em vista que o devido processo legislativo também assume um caráter objetivo de servir de parâmetro e fundamento de validade das normas integrantes do ordenamento jurídico.

### *3.2.1.2 Titularidade do direito subjetivo em questão e legitimidade para se buscar a proteção judicial*

Foi mencionado, ao longo da análise sobre o paradigma da teoria discursiva da democracia, adotada como parâmetro teórico principal do presente estudo, que a legitimidade (palavra ora utilizada no sentido de validade) dos provimentos estatais advém da participação dos destinatários desses provimentos no processo de sua formação. Nesse contexto, seria natural afirmar que o devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes do processo político de produção normativa é titularizado por todo e qualquer cidadão.

Entretanto, ao menos na visão das manifestações judiciais colhidas para análise na presente pesquisa, o direito subjetivo ao devido processo legislativo, no enfoque ora abordado, é prerrogativa de legitimidade restrita, conferida apenas aos participantes *institucionais* do procedimento de elaboração das normas – apenas aos parlamentares.

Nesse contexto, conforme disposto na ementa do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.722 (p. 2), julgado em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal, “somente ao parlamentar – que dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo – assiste legitimidade ativa ‘ad causam’ para provocar a fiscalização jurisdicional”.

Essa é uma interpretação que *parece* excessivamente restrita e, de consequência, incompatível com a teoria discursiva da democracia, tal como delineado nas páginas pretéritas. É partindo dessa observação que André Del Negri (2005, p. 5) defende que

a posição do Supremo Tribunal Federal, quanto ao controle jurisdicional preventivo via mandado de segurança impetrado por parlamentares, deve ser revista. Não se pode, à altura das conquistas democrático-constitucionais no Brasil, desconhecer o Povo como agente procedimental legitimado para desencadear o controle difuso preventivo. Se a Constituição de 1988 reconheceu o Povo como titular da soberania, não há motivo para excluí-lo das correções da lei (controle de constitucionalidade nos níveis de produção). Assim, exercer um controle de constitucionalidade sem a participação do Povo é abolir o paradigma adotado e viver a ilusão de um controle de constitucionalidade democrático sem povo

Na mesma linha, Munif Saliba Achoche (2011, p. 11) sustenta, enfaticamente, que o “devido processo legislativo é um direito fundamental de cada cidadão, [...] [o que] possibilita a sua executividade e fiscalidade incondicionada por qualquer do povo”, acrescentando a pertinente observação de que “nem mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, no qual há impugnação de uma norma ou ato normativo de forma abstrata, o rol de legitimados é tão restrito quanto o que se tem no aludido controle difuso — o referente ao processo legislativo”.

Ainda corroborando com essa posição crítica, Barbosa (2010, p. 192) sustenta que “essa restrição da titularidade do direito ao devido processo legislativo equivale à ultrapassada concepção do direito parlamentar como direito corporativo”, afirmação que serve de base à sustentação, feita por Barros (2015, p. 43), de que “O direito ao devido processo legislativo deveria ser encarado com um direito difuso, cuja titularidade pertence à sociedade, e não apenas ao parlamentar”.

Entretanto, a discussão sobre a ampliação para qualquer cidadão da legitimidade ativa para despertar o controle jurisdicional do devido processo legislativo como direito subjetivo

dos participantes do processo político de elaboração normativa não pode ser resumida, como costuma ocorrer, a afirmações categóricas e, por vezes, superficiais.

Em verdade, existe espaço, mesmo dentro de uma abordagem que parte da teoria discursiva de democracia, para se defender a ideia de que tal direito subjetivo é de titularidade restrita aos participantes institucionais do processo legislativo. Mesmo se considerando que o processo legislativo verdadeiramente democrático deve ser aberto à participação dos destinatários, em igualdade de condição, como concretização do princípio do contraditório, foi já destacado que esse “contraditório legislativo” não se concretiza da mesma forma que o “contraditório jurisdicional”, não se pautando na abertura à participação concreta de cada indivíduo, mas na abertura aos argumentos, passíveis de exposição livre de qualquer coerção.

Dessa forma, no processo legislativo democrático, devem-se preservar as *posições discursivas dos argumentos*, garantindo que qualquer ideia pertinente ao tema poderá influenciar os debates e deliberações no âmbito da produção normativa. É a elas que se devem garantir as posições discursivas acima elencadas, protegidas pelo devido processo legislativo, e não a cada indivíduo, individualmente considerado (mais uma vez pedindo-se perdão pela redundância).

Assim, não é decorrência lógica da aplicação da teoria discursiva de democracia a defesa de que qualquer do povo será titular do direito subjetivo ora em análise, podendo despertar o controle jurisdicional para vê-lo respeitado.

Ademais, além do óbice lógico-teórico, um obstáculo prático se erige à adoção da necessária correlação entre abertura do processo legislativo e legitimidade ampla do direito subjetivo em questão.

A legitimidade exclusiva do parlamentar para impetrar mandado de segurança contra violações ao devido processo legislativo diz respeito apenas ao poder de despertar o controle preventivo do processo, antes da constituição da norma. Não exclui a possibilidade de o cidadão, uma vez posta a norma, reclamar, em juízo, sua invalidade em decorrência de vícios de procedimento.

Um possível argumento contrário é o de que o cidadão, ainda assim, mesmo podendo questionar em juízo a validade da norma, o faria em termos objetivos e incidentais, não sendo-lhe conferido um direito subjetivo ao respeito ao devido processo legislativo. Entretanto, qual seria, em termos práticos, a diferença que se poderia ter entre a legitimidade de o cidadão questionar a validade de uma norma em decorrência de vícios procedimentais, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade a ser processado em qualquer ação e grau de jurisdição, e o cenário em que se reconhece a ele o mencionado direito subjetivo ao devido processo

legislativo? A única diferença possível do reconhecimento desse direito público subjetivo do cidadão seria conceder-lhe legitimidade ativa para impetração de mandado de segurança visando ao controle preventivo da norma.

E, nesse contexto, é duvidoso que trouxesse ganhos à democracia um cenário no qual *todo* cidadão fosse legitimado a despertar o controle judicial para ver defendido o *seu* direito público subjetivo ao devido processo legislativo na elaboração normativa. Explica-se.

Não se olvida que o processo legislativo, pela própria condição de processo, deve (repita-se, ainda uma vez) ser exercido em contraditório, garantindo-se a participação dos destinatários do provimento na produção da decisão. Entretanto, outros valores caros ao processo são a efetividade e a celeridade processuais (Constituição da República, artigo 5º, inciso LXXVIII), o alcance de resultados num prazo que mantenha sua utilidade – valores que, inclusive, devem ser ponderados em face do próprio princípio do contraditório.

Trata-se de discussão recorrente no ordenamento jurídico brasileiro, e que fundamenta, por exemplo, toda a sistemática das tutelas provisórias no processo jurisdicional, notadamente em relação àquelas que podem ser concedidas *inaudita altera pars*.

E não se vislumbra razoável, em face dessa ponderação, um cenário em que: i) de um lado, confere-se grau máximo de concretização ao princípio do contraditório, garantindo-se a qualquer cidadão a possibilidade de despertar o controle jurisdicional prévio de uma norma, pela via do mandado de segurança, sempre que entenda violada alguma norma procedimental essencial à constituição do provimento; mas, ii) de outro, reduz-se a zero a concretização dos valores “efetividade processual” e “razoável duração do processo”, pois, diante da possibilidade de qualquer cidadão obter a suspensão do trâmite de determinada proposição legislativa, por via, por exemplo, de liminar em mandado de segurança baseada no fundado receio de afronta ao devido processo legislativo, ter-se ia o risco de que alguns procedimentos nunca tivessem fim, nunca alcançando seu objetivo – a obtenção de um provimento legislativo, de um texto normativo legislado. Ou, de outro lado, a possibilidade de que os mandados de segurança impetrados pelos cidadãos percam o objeto sempre que as normas sejam aprovadas poderia levar a um cenário em que tal via de controle se tornasse inteiramente vazia<sup>12</sup>.

Munif Saliba Achoche (2011, p. 11) tenta, ainda uma vez, elaborar contraposição a essa crítica:

Por derradeiro, há de se refutar o argumento de que, com a ampla abertura participativa no controle de constitucionalidade do devido processo legislativo,

---

<sup>12</sup> E, no ponto, torna-se inócua a proposta de Barbosa, anteriormente mencionada, de utilização da ADPF para superação desse óbice, uma vez que os cidadãos não possuem, por expressa disposição legal, legitimidade ativa para propor tal ação.



haveria um caos da função judiciária e que, em consequência, o STF se veria ainda mais abarrotado de processos. Tais conclusões se demonstram falaciosas por duas razões principais: porque, se assim fosse, sequer poderia existir a garantia da ação popular, pois ela é assegurada a qualquer cidadão por força constitucional e isso não significou até hoje uma utilização exagerada de tal instituto, de modo a sobrecarregar o Judiciário tornando-o insustentável e precário; e porque, se isso ocorrer, haverá uma tentativa de impedir que uma lesão a uma garantia constitucional seja apreciada pelo Judiciário, infringindo de forma patente o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, por razões estruturais que não interessam e nem podem ser desculpas para o não cumprimento da Constituição, a qual, esta sim, possui força vinculante a todos, inclusive e principalmente ao STF, que se considera seu guardião.

Entretanto, reputamos frágil essa resposta à crítica, por duas razões principais.

Primeiramente, porque não se trata de preocupação com o “abarroamento” de processos no Poder Judiciário, mas, sim, com a efetividade do próprio processo legislativo. Como dito, se qualquer cidadão dispuser do direito potestativo de impor óbices ao prosseguimento do processo político de produção normativa, correr-se-á o risco de se ter o completo esvaziamento do princípio do devido processo legislativo, pois não se pode buscar a prática devida de um instituto que não se concretiza, que sequer chega a ser concluído.

Em segundo lugar, por ignorar a necessária ponderação entre o devido processo legislativo – constitucionalmente garantido – com os mencionados valores da efetividade e celeridade processuais – também de estatura constitucional. Entendemos que qualquer argumento que não enfrente essa necessária ponderação padece de incompletude essencial.

Assim, o devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes do processo político de produção normativa é um direito titularizado apenas pelos participantes das esferas institucionais de tal procedimento – os parlamentares, a quem cabe, unicamente, a legitimidade para despertar, via mandado de segurança, o controle judicial preventivo sobre a atividade legiferante.

### *3.2.1.3 Parâmetros do controle judicial*

Encarando-se o devido processo legislativo sob o viés subjetivo de garantia de posições discursivas dos participantes da atividade legiferante, resta a necessidade de se esclarecer em qual instrumento normativo se encontram resguardadas essas posições. Em outras palavras, trata-se de buscar o parâmetro normativo que autoriza o parlamentar a buscar em juízo o controle preventivo do processo de elaboração das normas.

De acordo com as manifestações jurisdicionais colhidas na presente pesquisa, apenas a Constituição se presta a esse papel. Regras procedimentais previstas em sede meramente

regimental não são adotadas, em regra, como parâmetro decisório pelos tribunais instados a decidir questões inerentes ao tema ora tratado.

Conforme expresso na ementa do Mandado de Segurança nº 22.503, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 8 de maio de 1996 – e que se tratava exatamente de mandado de segurança impetrado por parlamentar que pretendia obter a sustação de processo legislativo alegadamente indevido –, assentou-se que “As questões regimentais são *interna corporis* do Poder Legislativo; somente as questões constitucionais ligadas ao devido processo legislativo seriam passíveis de apreciação jurisdicional”.

Essa conclusão, como todas as outras até aqui mencionadas, também é passível de crítica. Relegar toda e qualquer questão regimental, indistintamente, à discussão *interna corporis* encontra ao menos um obstáculo teórico e outro de natureza prático-dogmática.

Primeiramente, contribui para o já criticado fechamento institucional do processo legislativo, relegando-o a questão meramente corporativa do Parlamento, o que não encontra amparo no marco teórico tido como mais adequado a orientar as discussões sobre o tema – a teoria discursiva da democracia, tal como delineada no capítulo anterior. De fato, entender os participantes do processo legislativo como únicos titulares do direito subjetivo ao devido processo legislativo não significa que este processo seja mera questão intramuros do parlamento, tampouco que as normas que o próprio Parlamento impõe à atividade legiferante sejam por ele disponíveis, somente a ele dizendo respeito.

Em segundo lugar, como já dito anteriormente, qualquer abordagem unitária das normas regimentais está fadada a inconsistências, tendo em vista a natureza jurídica diversificada delas, ora reproduzindo diretamente comandos constitucionais, ora contribuindo para a densificação desses comandos, ora estabelecendo, realmente, questões de mero interesse interno da Casa Legislativa<sup>13</sup>. Nesse contexto, por exemplo, o próprio Mandado de Segurança nº 22.503 materializa essa inconsistência, pois, apesar da afirmação categórica já transcrita, acabou por reconhecer que, a despeito de mencionadas apenas normas regimentais da impetração, uma delas reproduzia conteúdo constitucional, presente no artigo 60, § 5º, da Carta Magna, razão pela qual o *writ* foi conhecido. Assim, fixou, ainda que indiretamente, a possibilidade de utilização das normas dos regimentos internos das Casas Legislativas como fundamento para o controle judicial do devido processo legislativo subjetivo, ao menos quando suas regras reproduzam diretamente comandos constitucionais, o que reforça a visão quanto à natureza jurídica diversificada delas.

---

<sup>13</sup> Conferir, novamente, item 2.3.4, *supra*.

A mesma inconsistência se verificou no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.041, em 29 de agosto de 2001. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu ferido o direito subjetivo de um parlamentar de não se submeter a sessão presidida pela autoridade “ilegítima”. Nesse contexto, fixou que a questão relativa à ocupação do cargo de Presidente da Casa Legislativa, nos casos de impedimento de seu titular, era matéria de interpretação estritamente constitucional; entretanto, para justificar a existência de um direito subjetivo do Parlamentar nessa situação, o voto do relator utilizou como fundamento a constatação de que “a remuneração dos membros do Congresso Nacional leva em conta a frequência dos parlamentares nas sessões conjuntas” (p. 9), matéria que não encontra assento na Constituição, sendo disposta, exclusivamente, no Decreto Legislativo nº 7, de 1995, norma que, a se aplicar com coerência a visão pacífica do Tribunal, tem nítido caráter *interna corporis*.

Dessa forma, pode-se identificar certa contradição em afirmar que o controle judicial do devido processo legislativo não se pauta em questões regimentais, mas utilizar uma delas para justificar a existência, no caso concreto, de direito subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo.

Inconsistências à parte, é pacífico na jurisprudência analisada o enunciado de que

Não se revela admissível mandado de segurança, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes (CF, art. 2º), quando impetrado com o objetivo de questionar divergências “*interna corporis*” e de suscitar discussões de natureza regimental: apreciação vedada ao Poder Judiciário, por tratar-se de temas que devem ser resolvidos na esfera de atuação do próprio Congresso Nacional (ou das Casas que o integram).

A submissão das questões de índole regimental ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais implicaria, em última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias em que não se verifica evidência de que o comportamento impugnado tenha efetivamente vulnerado o texto da Constituição da República (STF, MS 33705 AgR, ementa, p. 1-2)

ainda que, por vezes, surja na discussão a necessidade de se amparar o controle, mesmo que indiretamente, em dispositivos regimentais, o que apenas reforça o caráter híbrido dessas normas.

Outra questão importante é destacar *quais violações a normas constitucionais* ensejam afronta ao direito subjetivo ao devido processo legislativo. Ressalte-se que a submissão a votação de temas entendidos por alguns dos participantes como materialmente inconstitucionais não autoriza o controle jurisdicional preventivo ora em análise, dado não se admitir, no ordenamento pátrio, controle jurisdicional preventivo material de constitucionalidade.

De fato, como já dito mais de uma vez, o direito ao devido processo legislativo, ora posto em discussão, diz respeito ao resguardo de posições discursivas dos participantes do processo legislativo; guarda relação, portanto, com questões procedimentais da produção

normativa, e não do conteúdo das possíveis normas resultantes desse processo. Trata-se, dessa forma, de controle formal, visando manter o respeito às normas constitucionais que resguardam a correta prática de atos legislativos durante o processo político de produção normativa.

Vislumbrando-se eventuais inconstitucionalidades materiais em projeto posto à deliberação do parlamento, o Judiciário brasileiro tem entendido, em regra, dever guardar posição de deferência às autoridades diretamente participantes do procedimento, que, nos momentos institucionais próprios, terão a oportunidade de apreciar, verificar e, se for o caso, rejeitar os aspectos materiais da futura norma que sejam incompatíveis com a Carta Magna. Assim, o controle jurisdicional deixa nas mãos do próprio Parlamento – na deliberação e votação – e do Chefe do Executivo – nas espécies normativas em cujo processamento se lhe possibilita o veto<sup>14</sup> – o papel de analisar a compatibilidade de conteúdo entre a futura norma e a Carta da República. Não encontrando óbice nessas etapas, a norma será posta no ordenamento, e, aí sim, caberá à jurisdição a possibilidade de enfrentar, quando provocada para tanto, as eventuais inconstitucionalidades materiais.

Em suma, entende-se que, em regra, o simples ato de se colocar em discussão e votação, no Legislativo, um projeto ou proposta de norma jurídica que contenha conteúdos possivelmente afrontosos à Constituição não representa violação ao devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes institucionais do processo político de produção normativa, pois esses atores ainda guardam posições discursivas a partir das quais podem combater as eventuais inconstitucionalidades materiais verificadas.

As violações que podem ensejar o controle judicial do devido processo legislativo, nos termos ora em destaque, são, portanto, aquelas de natureza formal, quando se suprime uma ou algumas condições essenciais de participação discursiva, em igualdade de condições, dos participantes desse processo.

Entretanto, deve-se destacar uma – a única – hipótese em que se tem admitido controle material preventivo de constitucionalidade amparado na afronta ao direito subjetivo ao devido processo legislativo: trata-se da hipótese em que a Casa Legislativa submete a deliberação e votação uma proposta normativa que afronte o núcleo essencial de alguma cláusula pétrea. Isso porque, segundo o artigo 60, § 4º, da Constituição, esse tipo de proposta sequer deverá ser objeto de deliberação. Dessa forma, o simples fato de submeter um participante do processo

---

<sup>14</sup> No ordenamento constitucional brasileiro, não se sujeitam à fase de sanção ou veto as emendas à Constituição, os decretos legislativos e as resoluções legislativas. No caso do projeto de conversão das medidas provisórias em lei, entende-se de forma predominante que, havendo emendas postas pelo Legislativo no texto original da medida, deverá ser aquele projeto submetido à sanção ou veto do Chefe do Executivo. Permanecendo, na íntegra, o texto originalmente editado por esta autoridade, essa etapa torna-se desnecessária.

legislativo à discussão, deliberação e votação nesses termos já representa afronta a seu direito subjetivo de não ser compelido a participar de processos legislativos indevidos.

Nesse sentido, elucidativa a manifestação do Ministro Moreira Alves, relator para o acórdão no Mandado de Segurança nº 20.257 (p. 26-27):

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

Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação [...]. Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

Feitas todas essas ponderações, pode-se dizer, em suma, que o devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes do processo político de elaboração normativa é um direito de ver resguardadas posições discursivas no curso desse processo, titularizado apenas por seus participantes institucionais, sendo eles os legitimados a despertar, pela via do mandado de segurança, o controle judicial sobre o tema, a ser desenvolvido em caráter preventivo e tendo como parâmetro apenas disposições estritamente constitucionais, podendo incidir, apenas, sobre aspectos formais, procedimentais do processo legislativo em questão, ou, excepcionalmente, materiais, no caso de propostas normativas que afrontem o núcleo essencial de cláusulas pétreas, uma vez que, neste caso, a Constituição vedou o próprio processamento do feito.

Diante dessa configuração, critica-se, de forma recorrente, à luz da teoria discursiva da democracia: i) a titularidade e legitimidade restrita desse direito; ii) a utilização do mandado de segurança como instrumento para buscar-se a proteção judicial ao direito mencionado; e iii) a impossibilidade absoluta de utilização de normas regimentais como parâmetro de controle. E, nesse cenário, entendemos que os aspectos destacados pelas críticas i) e ii) não se revestem de consistência suficiente para se questionar as diretrizes por elas combatidas; entretanto, entendemos pertinente a crítica iii), seja porque a posição combatida contribui para uma questionável visão corporativa do processo legislativo, seja porque ela ignora a diversidade da

natureza jurídica das normas regimentais, resultando em inconsistências na aplicação prática de tal premissa.

### 3.2.2 O devido processo legislativo como direito subjetivo das pessoas submetidas a julgamentos e investigações realizados pelo Parlamento

Outra situação em que se fala no devido processo legislativo sob o viés subjetivo diz respeito aos casos de pessoas submetidas a julgamento ou investigação pelas casas legislativas. Embora não se trate especificamente de processo político de produção normativa – o que configura, desde o início, objeto central desta pesquisa –, constatou-se a existência de diversas manifestações jurisdicionais que se utilizam desse sentido do mencionado princípio.

Poder-se-ia falar, de forma mais adequada, em direito ao devido processo *perante* o Legislativo, e não propriamente devido processo legislativo. Entretanto, a questão aparece de forma indistinta na jurisprudência, sendo tratada em todos os casos pela segunda expressão.

É o caso – para citar apenas os mais importantes, representativos e recorrentes – do Presidente da República, submetido a julgamento pelo Legislativo quando acusado da prática de crime de responsabilidade (artigos 52, inciso I, 85 e 86 da Carta Magna); dos parlamentares levados a julgamento na própria Casa Legislativa que integram, quando incorrem nas hipóteses de perda do mandato estipuladas nos incisos I, II e VI do artigo 55 da Constituição; e de todas as pessoas submetidas a investigações realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's (Constituição, artigo 58, § 3º).

Comparando as duas facetas do devido processo legislativo subjetivo, Barbosa (2010, p. 193) pontua que

o descompasso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entre o controle judicial de atos do Poder Legislativo relacionados, por um lado, a investigações parlamentares e processos disciplinares e, por outro, ao controle de questões ligadas à higidez procedimental da feitura de leis e emendas constitucionais é evidente. No primeiro caso, adota-se como fundamento para um controle mais amplo e incisivo a violação a direitos fundamentais de indivíduos investigados pelas CPIs ou de parlamentares ameaçados de alguma sanção disciplinar. [Por outro lado,] é surpreendente que, quando se trata da regularidade do processo legislativo, a doutrina dos atos *interna corporis* se sobreponha à garantia de que a esfera de liberdade dos cidadãos em geral só sofra restrições por meio de normas aprovadas idoneamente. [...] Também nessa hipótese estão em jogo direitos fundamentais, mesmo que os afetados pela norma irregularmente aprovada não possam ser desde logo individualizada.

A observação é pertinente. De fato, quando se trata do segundo sentido do devido processo legislativo subjetivo, tratado no presente tópico, a jurisprudência analisada foi muito mais atenta à “rigorosa observância dos direitos constitucionais dos investigados” (BARBOSA,

2010, p. 178), enquanto a apreciação do devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes do processo de elaboração normativa tem sido muito menos rígida. Essa diferença se manifesta, inclusive, em relação à utilização das normas regimentais como parâmetro de controle.

Inclusive, no já citado Mandado de Segurança nº 22.503 (p. 105), em cujo julgamento o Supremo Tribunal Federal negou às normas regimentais a condição de fundamento jurídico para o controle judicial do devido processo legislativo como direito subjetivo dos participantes do processo político de elaboração normativa, o Ministro Sidney Sanches fez questão de destacar, em seu voto, “que a Corte tem admitido Mandado de Segurança mesmo contra interpretação de normas regimentais da Câmara ou do Senado, quando o impetrante alegue violação de direito individual” no âmbito de investigações e julgamentos realizados pelo Parlamento – diferentemente do que foi visto no tópico anterior.

Assim, no âmbito do devido processo legislativo como garantia de proteção a prerrogativas das pessoas submetidas a julgamentos e investigações perante o Poder Legislativo, ao menos o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em algumas situações, “o caráter especificamente jurídico das normas regimentais”, apontando para a necessidade “de sua garantia judicial” (BARBOSA, 2010, p. 178).

No mesmo julgamento, explicitando essa distinção entre o papel das normas regimentais no controle dos dois sentidos ora contrapostos de devido processo legislativo, o Ministro Moreira Alves – pioneiro no posicionamento de que as normas regimentais não servem de parâmetro de controle da regularidade do processo legislativo, tendo seu voto no já citado Mandado de Segurança nº 20.257 (p. 120, destacou-se) sido inúmeras vezes reproduzido nos julgados subsequentes sobre o tema – teceu as seguintes considerações:

Já com referência aos atos *interna corporis*, esta Corte, por vezes, a meu juízo, tem entendido que são os que *dizem respeito a questões relativas à aplicação de normas regimentais, quando não violam direitos subjetivos individuais*, quer de terceiros – como foi o caso do impeachment do Presidente da República –, quer dos próprios membros do Congresso. Portanto, *essa exceção não abrange normas regimentais que dizem com o Processo Legislativo, normas essas meramente ordinatórias.*

À luz desse posicionamento, fica clara a distinção entre a aplicação das normas regimentais para proteção judicial de direitos individuais das pessoas submetidas a julgamento e investigações perante o Parlamento e a utilização delas para resguardar o direito dos participantes do processo legislativo a um procedimento discursivamente e procedimentalmente adequado.

Especialmente no caso do processo e julgamento do Chefe do Executivo por crime de responsabilidade, o controle do devido processo tem sido mais rígido, pois tem sido visto pelos

tribunais pesquisados como “instrumento de preservação não só da garantia subjetiva de defesa do Chefe do Governo, como também da independência institucional do Poder Executivo”, conforme dito pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498 (p. 61).

No mesmo contexto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 (p. 46), como preceitos fundamentais “o direito ao devido processo legislativo e as garantias procedimentais no curso da apuração de crime de responsabilidade”.

Por essa razão, a Corte tem adentrado em minúcias inclusive regimentais, para verificar possível afronta ao direito subjetivo dos envolvidos, discutindo em detalhes quase exaustivos, por exemplo, o potencial lesivo de norma constante do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (artigo 187, § 4º) que previa votação nominal pela chamada de Deputados, alternadamente, do norte para o sul, em caso que envolvia a apreciação pelo Plenário de parecer da comissão especial sobre a abertura de processo de *impeachment* contra Presidente da República.

Em relação às CPIs, segue-se uma linha semelhante. O Supremo Tribunal Federal, ao menos, sente-se nitidamente “mais confortável” ao exercer controle judicial sobre os atos de tais comissões, diversamente do que ocorre no âmbito do processo legislativo propriamente dito. Enquanto no primeiro sentido analisado de devido processo legislativo subjetivo a Corte sempre trata o controle jurisdicional como exceção, em respeito ao postulado da separação de poderes, ela vê, de outro lado, na segunda acepção da expressão – especialmente em relação aos atos praticados pelas comissões parlamentares de inquérito –, com muito mais “tranquilidade” a incidência da fiscalização judicial.

A esse respeito, confira-se trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452 (p. 1-2), de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado no já distante ano de 1999:

O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o



princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO.

Pedindo-se desde já perdão pela extensa transcrição, percebe-se no julgado a representação do controle jurisdicional dos atos da CPI como regra, até mesmo como necessidade, decorrência natural do postulado da separação de poderes; enquanto, por outro lado, como visto no tópico anterior, o controle do devido processo legislativo no âmbito do processo legislativo propriamente dito – processo político de produção normativa, atividade legiferante – é tido com mais ressalvas, sempre tendo que ser justificado caso a caso, como se fosse uma exceção, uma derrogação parcial do regime de separação dos poderes.

É dessa forma que se tem configurado o segundo sentido do devido processo legislativo, encarado como direito subjetivo das pessoas submetidas a julgamentos e investigações perante o Parlamento, e que tem autorizado, na prática judiciária, o controle jurisdicional mais amplo dos atos do Poder Legislativo, atividade vista pelo próprio Judiciário, nesse contexto, como mais natural, mais facilmente justificada do que o controle judicial sobre o processo legislativo propriamente dito, permitindo, por vezes, até mesmo a análise minuciosa de normas regimentais como parâmetro ou objeto de controle.

### **3.3 Devido processo legislativo objetivo**

De acordo com o que foi dito no início deste capítulo, como todo direito fundamental, o devido processo legislativo não se presta apenas a resguardar posições jurídicas subjetivas de seus titulares. Também funciona como parâmetro objetivo de análise das normas do ordenamento jurídico, que colhem sua validade e legitimidade do respeito aos postulados básicos que regem a devida tramitação legislativa.

Nesse contexto, além da compatibilidade material com as normas superiores do ordenamento, os provimentos legislativos estatais devem guardar respeito às formalidades exigidas para sua edição, dentre elas – e principalmente – o devido processo legislativo.

É aí que emerge o sentido objetivo desse princípio, fundamento de validade formal de todos os provimentos oriundos da atividade legislativa, do processo político de produção normativa.

Ao longo da presente pesquisa, percebeu-se que a utilização do devido processo legislativo como parâmetro objetivo para o controle judicial desses provimentos, assim como

no caso do viés subjetivo, assumiu diversas acepções. Entretanto, no sentido ora em análise, essas acepções constituíram um cenário global mais homogêneo, permitindo extrair dos conceitos verdadeira gradação.

Em outras palavras, as manifestações jurisdicionais analisadas valeram-se do conceito de devido processo legislativo em diversos graus, níveis, de acordo com os quais o controle jurisdicional sobre a atividade legislativa se mostrou, em um extremo, mais brando, mais superficial, mais genérico, ou, em outro, mais intenso, mais profundo, mais substancial e mais específico.

Assim, detectaram-se três níveis de “devido processo legislativo” como parâmetro objetivo de controle da validade das normas jurídicas, adiante objeto de análise mais aprofundada, mas que, por ora, podem ser sintetizados da seguinte forma:

- a) Devido Processo Legislativo De Primeiro Nível/Grau: parâmetro de controle que visa a resguardar a competência do Poder Legislativo em face de atos normativos administrativos ou decisões judiciais que disponham sobre matérias sujeitas à exigência de lei em sentido formal para sua regulação. Confunde-se, nesses termos, com o próprio princípio da reserva legal, autorizando um controle judicial mais superficial, que não adentra na regularidade do processo formativo da norma, apenas analisando se a espécie normativa é adequada à matéria regulada;
- b) Devido Processo Legislativo de Segundo Nível/Grau: parâmetro de controle destinado a verificar o respeito às formalidades exigidas para o processo legislativo, nos estritos termos em que postas no ordenamento, sem aprofundamentos quanto à efetiva garantia de participação dos interessados e de respeito aos postulados de legitimidade discursiva da atividade legiferante;
- c) Devido Processo Legislativo de Terceiro Nível/Grau: parâmetro de controle que busca conferir não apenas a estrita regularidade formal do processo político de produção normativa, mas também se esse processo foi realizado com a participação dos destinatários, com a devida abertura ao máximo possível de argumentos relevantes e de diferentes naturezas, e respeitando-se o princípio do contraditório, tudo isso como delineado no capítulo destinado à análise do marco teórico desta pesquisa. Diferentemente do segundo nível, possui um viés substantivo que se alia ao viés formal, para formar o conceito mais completo e abrangente de devido processo legislativo que pudemos encontrar nas manifestações jurisdicionais pesquisadas.

### 3.3.1 Devido processo legislativo objetivo de primeiro grau

Trata-se, como já dito, da mais simples forma de encarar o princípio em questão, igualando-o ao princípio da reserva legal. Não é propriamente um parâmetro de controle dos atos legislativos, mas, pelo contrário, serve ao controle de atos emanados de outras esferas de Poder, que invadem a competência legislativa do Parlamento.

Tem lugar sempre que algum ato administrativo normativo – decreto, resolução, portaria, dentre outros – ou alguma manifestação jurisdicional dispõe sobre matéria sujeita à cláusula de reserva de lei; tem como principal fundamento a concepção de que, ao levar determinada questão a esse patamar, de ser necessariamente regulada por lei em sentido formal, a Constituição desejou impor a essa regulamentação uma origem democrática, que, em tese, somente o Parlamento pode conferir-lhe, não podendo as demais esferas de poder estatal tomar para si tal prerrogativa.

Assim, alguns casos são paradigmáticos para representar a utilização desse primeiro nível do princípio em estudo. Tem-se, por exemplo, as situações em que a Administração Pública impõe, em editais de concursos públicos, exigências de acesso aos cargos públicos não contidas na lei, em afronta direta ao artigo 37, inciso I, da Constituição, dispositivo segundo o qual “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”. Situação bem semelhante se tem no caso dos editais de concursos para ingresso nas forças armadas que impõem requisitos de altura mínima e idade máxima não previstos em lei, contrariando o inciso X do artigo 142 da Carta Magna, claro no sentido de que “lei disporá sobre os ingressos nas Forças Armadas, os limites de idade [...]”. Têm-se, ainda, os casos em que decisões judiciais concedem isenções ou moratórias fiscais, e são reformadas pelas instâncias jurisdicionais superiores sob o fundamento de que apenas por lei poder-se-ia fazê-lo.

Há, inclusive, uma estrutura linguística padrão para esses casos, colhida frequentemente das manifestações judiciais que se valeram da noção de devido processo legislativo de primeiro nível para declarar a invalidade de atos administrativos que invadiram a competência normativa do Parlamento, e bem representada pelo seguinte trecho de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento do Processo nº 2003.71.12.006985-9: “Somente a lei formal [e não um ato administrativo], elaborada de acordo com o devido processo legislativo constitucional, pode instituir [...]”.

Note-se que a expressão “devido processo legislativo” foi utilizada apenas para diferenciar a norma legislada de outras normas oriundas, por exemplo, da Administração

Pública. Poderia ter sido dito, simplesmente, “processo legislativo”, pois não há nenhuma preocupação, no caso, se ele é devido ou indevido; apenas que a norma seja fruto de um procedimento realizado pelo Parlamento.

Pode-se, portanto, dizer se tratar de um *sentido fraco* da expressão devido processo legislativo, pois, ao se utilizar desse viés, o Judiciário não está preocupado em analisar se a norma foi produzida propriamente segundo os ditames de um processo devido, mas se foi produzida por meio de um processo realizado no âmbito legislativo, qualquer que seja ele.

O que importa aqui é garantir que determinadas matérias sejam reguladas por atos emanados do Parlamento; entretanto, a forma como essa casa legislativa realizará o processo de produção normativa – se garantindo a participação dos interessados em igualdade de condições, a abertura argumentativa e o contraditório, ou valendo-se de coerções e cooptações que desvirtuem a manifestação efetivamente democrática dos participantes – não é preocupação do controle, no ponto.

Nesse contexto, sequer se chega a analisar questões inerentes às condições procedimentais de validade da norma legislada, ou ligadas à abertura discursiva da atividade legiferante. O que importa é resguardar a competência do Poder Legislativo em face da indevida atuação dos outros poderes.

Em verdade, consideramos desnecessário utilizar-se a expressão “devido processo legislativo” no sentido aqui analisado. O termo “reserva legal” já expressa todos os aspectos importantes nessa discussão, sendo suficiente para representar tudo o que se quer dizer nesse contexto, inclusive para sustentar a invalidade dos atos que invadem o âmbito reservado à edição de lei formal.

Assim, valer-se do princípio do “devido processo legislativo” em situações nas quais a ideia de “reserva legal”, ou até mesmo, como visto, a simples referência ao “processo legislativo” já seriam suficientes, apenas contribui para a banalização do termo.

Não sendo, diante disso, relevante à formação de um conceito específico de devido processo legislativo, por contribuir mais para simplificá-lo excessivamente e confundi-lo com outros termos do que para esclarecê-lo, o sentido ora abordado não traz questões de maior interesse à busca por um conceito judicial concreto e específico do princípio em questão.

### 3.3.2 Devido processo legislativo objetivo de segundo grau

O segundo nível do conceito, por sua vez, já implica análise mais efetiva da adequação do processo político de formação normativa aos padrões estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Entretanto, aqui, a preocupação ainda é apenas e estritamente voltada aos parâmetros formais. Apenas se verifica se o “passo-a-passo” estabelecido para o rito legislativo foi cumprido, sem maiores aprofundamentos sobre se esse respeito procedimental foi acompanhado da concretização dos paradigmas substanciais da abertura discursiva do procedimento à efetiva participação dos interessados em igualdade de condições e da amplitude argumentativa que deve caracterizar o processo legislativo.

Foi esse paradigma estritamente formal, por exemplo, que orientou a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na emblemática discussão sobre a necessidade, ou não, de se respeitar interstício mínimo entre os turnos de votação de uma Emenda à Constituição, à luz do artigo 60, § 2º, da Carta Magna, travada no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425 (conhecidas pela alcunha “ADIs dos precatórios”).

Na ocasião, alegou-se a inconstitucionalidade da mencionada Emenda tendo em vista o intervalo de apenas uma hora entre os dois turnos de votação da Proposta no Senado Federal, no dia 2 de dezembro de 2009. No contexto da discussão, tinha-se a mencionada norma constitucional, que nada dizia a respeito de intervalo mínimo exigido entre os turnos, e norma regimental da Casa Legislativa, que exigia o interstício de cinco dias entre cada votação.

À parte a discussão sobre a possibilidade de utilização de norma regimental como parâmetro do controle de validade do processo legislativo – tema já abordado no estudo do viés subjetivo e adiante apreciado especificamente em face do conceito objetivo –, a discussão central estabeleceu-se entre a visão mais substancial do postulado do devido processo, de um lado, e, de outro, a posição mais formalista.

Na primeira vertente argumentativa – acolhida, inclusive, pelo relator originalmente designado para o processo, o Ministro Carlos Ayres Britto –, invocou-se a “substância mesma do § 2º do art. 60 da Constituição Federal, ainda que nele não se faça menção ao preciso interstício entre os dois turnos de discussão e votação da proposta de emenda a ela” (STF, ADI 4357, p. 30), no sentido de que o devido processo legislativo e, especificamente, a exigência de dois turnos de votação para as Emendas à Constituição

Trata-se de um expediente que serve à ideia de democracia deliberativa. Esta parte da premissa que a democracia não se esgota no respeito à regra da maioria, mas se assenta na busca, através do diálogo, de respostas adequadas e justas para os problemas sociais, de forma a promover o bem comum, sem desrespeito dos direitos

fundamentais (STF, ADI 4357, p. 179, parecer da Procuradoria-Geral da República, citado no voto do Min. Marco Aurélio Mello).

Ainda na mesma linha de pensamento, o voto do Ministro Joaquim Barbosa demonstrou preocupação com o fato de que

A votação apressada do projeto de emenda tolheu a capacidade individual de cada congressista, das minorias políticas representantes e de cada um dos cidadãos representados de compreender e de influenciar, no momento oportuno, a discussão de tema tão grave. Talvez essa falta de oportunidade para boa compreensão do tema tenha resultado no placar final de votação, que não registrou contrariedade à proposta (STF, ADI 4357, p. 183).

Entretanto, essa preocupação mais substancial com os valores discursivos subjacentes às exigências procedimentais não logrou êxito no julgamento, prevalecendo a segunda tese, estritamente formalista, de que, ausente norma expressa e específica da Constituição quanto ao intervalo mínimo entre os turnos de votação de uma PEC, “inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior” (STF, ADI 4357, p. 3, ementa do acórdão).

A premissa assentada no voto do relator para o acórdão, Ministro Luiz Fux, de que o controle judicial do processo legislativo “não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das *formas* expressamente exigidas pela Constituição Federal” (STF, ADI 4357, p. 73, destacou-se), denota de forma clara o viés formalista que orienta o posicionamento em análise.

Segundo tal visão, caberia ao Judiciário apenas a análise do estrito cumprimento das formalidades exigidas para o processo de produção normativa, sem uma perquirição mais avançada e aprofundada sobre a maneira como essas formalidades foram concretizadas num processo específico, e se elas contribuíram, ou não, para concretizar a qualidade discursiva da atividade legiferante.

Entendeu-se, ademais, que, quando as regras constitucionais sobre os procedimentos legislativos a serem respeitados pelo Parlamento detenham clareza e determinação *suficientes*, não caberia qualquer margem interpretativa para cotejar tal regra à luz do princípio do devido processo legislativo e buscar, dentre os vários sentidos possíveis, aquele que melhor se adéqua a esse postulado – constituindo tal noção quase uma aplicação do antigo brocardo *in lux cessat interpretatio*, no sentido de que enunciados suficientemente claros não necessitariam ser interpretados.

Tem-se, aqui, um papel subsidiário do princípio do devido processo legislativo como vetor da discursividade da atividade legiferante: sua aplicação, como norte da interpretação para as cláusulas procedimentais do processo político de produção normativa, somente seria cabível quando a disposição específica da CF não fosse dotada de suficiente grau de determinação.

Tal pensamento é bem representado pelo já citado voto do Ministro Luiz Fux:

É mais do que claro, por certo, que a intenção do constituinte ao impor a duplicidade de momentos para o debate e votação de Emendas foi a de assegurar a reflexão profunda e a maturação das ideias antes da modificação de um documento jurídico com vocação de perenidade como é a Constituição. [...] Mas a partir dessa finalidade abstrata, no entanto, e com a devida vênia, não me parece possível extrair-se a imprescindibilidade de um interstício mínimo entre os dois referidos turnos. [...] Por esta razão é que, com a devida vênia do voto do eminente Min. Relator, *não se mostra possível, a meu sentir, o recurso às técnicas de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados para a exegese da expressão “dois turnos”*. Ora, simplesmente *não há qualquer indeterminação na definição do sentido e do alcance de tal cláusula*, que somente exige a realização de duas etapas de discussão e de votação de proposta de Emenda à Constituição (STF, ADI 4357, p. 68).

O apego às formalidades textualmente expressas e o repúdio a qualquer interpretação que buscase dar um viés mais substancial a essas exigências formais fizeram com que, nas discussões travadas no mencionado julgado, se desconsiderasse o fato de a Carta Magna prever, para aprovação das Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, intervalo mínimo entre os dois turnos de votação, o que levanta a óbvia constatação de ser difícil sustentar, no âmbito de uma interpretação sistemática, que, quanto às leis orgânicas, há de se observar o intervalo, “mas que, para emendar-se a Carta Federal, não há necessidade de observar período razoável [...] visando a meditação, a reflexão” (STF, ADI 4357, p. 180, voto Min. Marco Aurélio).

Em verdade, a maioria dos ministros da Corte desconsiderou tal linha de raciocínio, privilegiando aquela segundo a qual, se a Constituição exigiu tal intervalo para as leis orgânicas, mas não o fez expressamente quanto ao processo de modificação da própria Lei Maior, tratou-se de silêncio eloquente do constituinte, autorizador da interpretação literal.

O fato é que a visão mais formalista do devido processo legislativo caminha, portanto, de mãos dadas com uma diretriz de interpretação mais estrita e literal dos dispositivos normativos que regem o mencionado processo.

Pôde-se notar, também, nas manifestações jurisdicionais que adotaram como fundamento o devido processo legislativo de segundo grau, uma dicotomia: de um lado, a preocupação positivista com o fato de que as normas jurídicas extraem sua validade também da adequação com os preceitos procedimentais de formação, estabelecidos em normas hierarquicamente superiores; de outro, o receio de afrontar o postulado da separação dos poderes, de modo que qualquer controle mais substancial que transcenda as formalidades expressamente exigidas para o processo legislativo, atingindo de grau mais aprofundado de análise da qualidade discursiva da atividade legiferante, é visto como uma indevida intromissão de um poder ilegítimo – o Judiciário – sobre o *locus* democrático que é o Parlamento, por entender-se que “A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no

que prevê o *texto* da Constituição Federal” (STF, ADI 4357, p. 3-4, ementa do acórdão, destacou-se).

E o devido processo legislativo de segundo nível é apontado como solução para esse dilema, pois, a um só tempo, satisfaz à necessidade de controle da validade formal dos atos do Parlamento à luz das exigências postas em normas superiores do ordenamento jurídico, mas sem conferir ao Judiciário maiores poderes interpretativos e de apreciação substancial desses provimentos legislativos, não pondo em risco, assim, o postulado da separação dos poderes.

Dessa forma, para quem sustenta a aplicação do viés mais formalista do princípio do devido processo legislativo – aqui tratado como devido processo legislativo de segundo grau – , a interpretação literal das normas constitucionais que impõem exigências de validade à atividade legiferante – as quais devem ser apreciadas sob o ponto de vista estritamente formal – constitui uma garantia de respeito institucional, por parte da Jurisdição, ao caráter democrático do Poder Legislativo, e, de consequência, ao postulado da separação de poderes.

Pode-se sintetizar, diante disso, o devido processo legislativo de segundo nível ou segundo grau como sendo uma visão formalista do princípio em questão, da qual se vale o Judiciário para fazer o controle da validade formal das normas à luz do respeito aos procedimentos legislativos exigidos pelo ordenamento jurídico, apenas em relação ao estrito cumprimento das formalidades impostas ao processo de produção normativa, controle esse pautado numa interpretação literal dos preceitos constitucionais sobre o processo em questão.

É um sentido mais forte do que o anterior, dado que abre margem ao controle, ainda que parcial, da atividade legislativa, mas menos denso do que o conceito tratado a seguir – devido processo legislativo de terceiro nível –, por não incorporar a análise da racionalidade discursiva da legislação à luz do paradigma procedimentalista, adotado por nós como ponto de partida mais adequado para se compreender o significado e a extensão do princípio ora em estudo.

### 3.3.3 Devido processo legislativo objetivo de terceiro grau

É o sentido mais denso que se tem visto conferir à expressão.

Entende o processo legislativo não apenas como sendo uma atividade vinculada às formalidades impostas à sua realização. Parte-se, na ideia ora em apreço, da premissa de que as formalidades exigidas são meios para se garantir a qualidade discursiva do processo legislativo. Tenta-se ir além do sentido literal das cláusulas que regem o processo legislativo, buscando-se



conferir a elas, além do caráter formal, um viés substancial, que contribua para a incrementação discursiva do procedimento analisado.

O viés substancial ora em análise parte do pressuposto de que o Parlamento não é um *locus* democrático de produção normativa, *a priori*; somente efetiva seu caráter democrático a partir da realização de um processo legislativo efetivamente democrático, cuja garantia não reside apenas no respeito ao rito formal em si – é necessário que o respeito às formalidades constitua incremento da qualidade discursiva do procedimento, virtude sem a qual essas exigências formais tornam-se vazias.

Isso porque a validade de um provimento estatal deixa de ser vista apenas como consequência do binômio “adequação material com as normas superiores x respeito às formalidades exigidas para a produção”; passa a ser avaliada, também, à luz da aceitação desse provimento pelos seus destinatários. E a essa aceitação somente se efetiva – ou, ao menos, tende a ser facilitada – quando se respeita a qualidade democrática do processo legislativo, tanto mais efetiva quanto mais se garanta, em tal procedimento, a abertura argumentativa à participação discursiva dos interessados, por meio da possibilidade de interferência discursiva no resultado a ser alcançado, sob a ótica do contraditório, nos termos do que foi dito no capítulo 2.

Dentre as manifestações judiciais analisadas na presente pesquisa – e das quais, repita-se, foram retirados todos os sentidos ora analisados à expressão “devido processo legislativo” –, a que consideramos mais representativa do terceiro nível do conceito em apreço foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127 (p. 1-2, ementa do acórdão), na qual se declarou que

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.

A prática considerada inconstitucional, popularmente conhecida como “contrabando legislativo”, apesar de contrariar normas legais e regimentais sobre a devida elaboração legislativa, não afrontava diretamente nenhum preceito expresso na Constituição a respeito do processo legislativo, não atingindo nenhuma previsão literal da Carta da República sobre as formalidades a serem cumpridas no curso do processo político de produção normativa.

Assim, considerando-se o viés meramente formal, tratado no tópico anterior, acerca do princípio constitucional do devido processo legislativo, não seria possível o controle direto da prática em questão.

Entretanto, a inserção de matéria estranha no projeto de lei de conversão da medida provisória em lei era conduta reiteradamente vista no processo legislativo, notadamente quando

se tratava de discutir e deliberar “temas que, pela gravidade e profundidade da discussão que gerariam no parlamento e na sociedade, acarretariam tramitação mais demorada, caso fossem propostos pela via regular” (MONTEIRO NETO, 2016, p. 36), especialmente tratando-se de matérias postas à reserva de iniciativa e ao interesse urgente do Poder Executivo, como, por exemplo, nos casos do Regime Diferenciado de Contratações e Licitações Públicas (veiculado pela Lei nº 12.462/2011) e do estabelecimento da Taxa Referencial da Caderneta de Poupança para o cálculo dos juros e da correção monetária das condenações judiciais contra a Fazenda Pública (Lei nº 11.960/2009).

Nesse contexto, diante da constatação de que mesmo a disciplina da matéria por medida provisória – espécie legislativa ainda sujeita à chancela, mesmo que posterior, do Poder Legislativo – poderia gerar os mesmos “problemas” relativos à propositura de projeto de lei, além do risco de sua não conversão em lei, por caducidade ou rejeição expressa –, a alternativa vislumbrada, mais de uma vez, pelo Poder Executivo para dispor sobre tais matérias controversas “foi por meio de práticas legislativas que suprimissem a ampla discussão e garantissem a aprovação do instituto sem maiores deliberações e sem crivo mais aprofundado das casas legislativas” (MONTEIRO NETO, 2016, p. 32). Teve lugar o mencionado contrabando: editar medida provisória sobre tema completamente alheio ao que se quer efetivamente normatizar, e, no curso do processo de conversão dessa medida provisória em lei, fazer inserir-se nela, “sorratamente”, por meio de emendas apresentadas por algum parlamentar da base aliada, a matéria controversa.

Em suma, o contrabando legislativo resulta na supressão de garantias e instâncias democráticas, tendo em vista que o procedimento abreviado da conversão de medida provisória em lei, somado à urgência das deliberações (resultante do sobrestamento da pauta enquanto não concluída a apreciação da MP, nos termos do artigo 62, § 6º, da Constituição) inviabiliza: o exame especializado das comissões temáticas – durante o qual se permite a emissão de vários pareceres e o pedido de vistas por parte de seus membros –; a apreciação da matéria em audiências públicas, com a participação dos cidadãos e de grupos interessados e da sociedade em geral; o debate e a reflexão aprofundada, paradigma que deve nortear a atividade legislativa, pautada na formação de consensos negociados a partir de concessões recíprocas. Ademais, a prática impede que as próprias emendas acrescidas sejam passíveis de outras emendas, o que reduz ainda mais o debate legislativo sobre a matéria. (MONTEIRO NETO, 2016, p. 41)

Diante desse cenário, no julgamento da já citada ADI 5.127 (p. 31), o Supremo Tribunal Federal entendeu, nas palavras da Ministra Rosa Weber, relatora originalmente designada para a ação<sup>15</sup>, que o contrabando legislativo

---

<sup>15</sup> Voto vencido apenas em relação a aplicar, de imediato, a declaração de invalidade do contrabando legislativo a todas as leis frutos de conversão de medidas provisórias em cujo processo se procedeu a essa prática. A conclusão pela inconstitucionalidade da prática, bem como os fundamentos ligados ao devido processo legislativo, foram acolhidos e referendados pelos demais ministros da Corte.

não denota [...] mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade.

É perceptível a diferença de abordagem em relação ao devido processo legislativo de segundo nível. Aqui, a preocupação não é apenas com o respeito às formalidades, mas com a garantia de que os procedimentos legislativos adotados no caso em questão, *além* de formalmente adequados ao disposto nas normas que regem a atividade legiferante, sejam revestidos de efetivo caráter democrático, aberto à discussão, à reflexão e à interferência argumentativa.

A preocupação, enfim, é com a *substância deliberativa* do processo legislativo, à luz das exigências formais postas no Constituição.

Nessa esteira, procede-se, também, à ampliação dos métodos interpretativos aplicáveis às normas constitucionais que regem a matéria, não se restringindo mais o controle judicial à mera observância literal dos preceitos expressos.

Repita-se, nesse contexto, que não há nenhuma cláusula constitucional expressa que vede a prática impugnada, mas isso não impediu que se declarasse a inconstitucionalidade do contrabando legislativo – não com fundamento em regras constitucionais específicas, mas, sim, nos princípios democrático e do devido processo legislativo.

Dessa forma, resta claro que, no âmbito da compreensão do devido processo legislativo de terceiro nível, o controle judicial não se atém somente à interpretação literal de cláusulas constitucionais expressas, buscando com base, por exemplo, na interpretação sistemática e teleológica do preceito, garantir o incremento da qualidade discursiva e procedimental do processo político de formação normativa, orientando-se, notadamente, pelos já citados valores da efetiva submissão da matéria a uma discussão concreta; da possibilidade de reflexão sobre a temática posta em discussão; da possibilidade de efetiva participação e interferência dos participantes do processo legislativo sobre os debates e o resultado da atividade legiferante; da abertura do processo de produção normativa à divergência, à formulação de toda espécie de argumento que tenha a possibilidade de interferir nas discussões e nos resultados.

Ressalte-se, entretanto, não se tratar, aqui, de o Judiciário se colocar no lugar do Parlamento para verificar se um determinado resultado do processo legislativo condiz ou não com a “vontade popular”. Caso assim procedesse, incorreria num posicionamento amplamente criticado e, pode-se dizer, rejeitado pelo paradigma discursivo que serviu de base à presente pesquisa.

Não se tem, assim, o Poder Judiciário substituindo a vontade democrática emanada do Parlamento, mas, em sentido diverso, um controle externo para que os atos legislativos advindos da casa legislativa sejam fruto de um processo realmente caracterizado como democrático, discursivamente aberto à participação dos interessados, por meio do debate argumentativo levado a cabo por seus representantes institucionais.

O Judiciário, ao exercer o controle mais denso sobre o processo legislativo, orientado pelas discussões apresentadas neste tópico, não *cria* cláusulas procedimentais a serem respeitadas pelo Parlamento; não se vale, tampouco, de controle material do resultado do processo político de produção normativa. Isso, sim, constituiria afronta notória ao princípio da separação dos poderes.

O controle judicial apenas se preocupa com o efetivo respeito ao caráter procedimental e discursivo de tal processo, tanto do ponto de vista do cumprimento às formalidades, como, além disso, partindo delas para estabelecer um arcabouço discursivo que garanta a efetiva deliberação democrática no âmbito do processo legislativo. Dessa forma, não só visa garantir que o respeito às formalidades venha acompanhado por uma substancial garantia do caráter discursivo e democrático desse processo, como também procura extrair das exigências formais postas no ordenamento jurídico uma rede de garantias que efetivem essas condições discursivas e democráticas – sempre nos limites interpretativos fornecidos pelos pontos de partida normativos ofertados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.4 Momento, instrumento, legitimidade e parâmetros do controle judicial do devido processo legislativo objetivo**

Como já dito, o viés objetivo do princípio do devido processo legislativo o coloca como parâmetro de controle da validade de todas as normas legisladas postas no ordenamento jurídico.

Diante disso, o controle judicial do respeito a esse princípio, por se tratar de um controle geral de validade das normas jurídicas, pode ser despertado pelas mais diversas formas possíveis, dada a garantia constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (princípio da inafastabilidade de jurisdição – Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXV).

Não se trata, assim, de direito titularizado apenas pelos participantes institucionais do processo político de produção normativa – não faria sentido algum se reconhecer de forma

restrita a titularidade da dimensão objetiva de determinado direito fundamental; caracteriza-se, em verdade, como o “direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado” (STF, ADI 5127, p. 32, voto Min. Rosa Weber).

Sendo assim, o controle judicial que tem como objetivo resguardar esse preceito pode ser despertado por todos aqueles que detêm legitimidade para provocar o controle jurisdicional de constitucionalidade – seja ele difuso, de legitimidade ativa ampla, ou concentrado, de legitimidade ativa restrita (Constituição da República, artigo 103). No mesmo sentido, tal discussão pode-se desenvolver em todas as instâncias judiciárias – qualquer juiz ou tribunal –, no caso do controle difuso, ou nos órgãos judiciais dotados de competência para julgar as ações de controle concentrado.

Trata-se, portanto, de viés que pode ser tratado em âmbito muito mais amplo – em termos de locais de discussão – do que a vertente subjetiva, até mesmo pela diferença em relação à titularidade.

Ademais, o controle judicial do devido processo legislativo objetivo também guarda outra distinção relevante em face do viés subjetivo: o momento em que tal atividade pode ser desenvolvida.

Trata-se, aqui, de controle de validade não do processo em si, mas da *norma resultante do procedimento político de elaboração*. Por essa razão, não se admite controle preventivo do processo legislativo, mas apenas o controle repressivo da norma já posta, após o fim daquele.

Dessa forma, diferentemente da legitimidade do parlamentar para, por meio do mandado de segurança, requerer do judiciário o controle preventivo de uma norma por afronta ao *seu* direito subjetivo ao devido processo, no caso ora em análise temos a legitimidade ampla de qualquer pessoa que possa estar em juízo para, ainda que de forma incidental, em qualquer ação, pedir o afastamento da aplicação de determinada norma ao caso concreto, em razão de ter sido ela produzida em desacordo com os parâmetros procedimentais democráticos do processo político de produção normativa.

E, por fim, assim como no controle do devido processo legislativo subjetivo, as manifestações jurisdicionais analisadas que trataram da dimensão objetiva desse princípio apenas reconheceram, como regra, a parametricidade das normas constitucionais, não aceitando o controle dos atos legislativos com base nas normas regimentais.

Entende-se, portanto, de forma majoritária – também no plano objetivo – que, “se nós estamos diante de um preceito regimental que não ultraja à Constituição Federal, ele fica

efetivamente ao sabor da exegese emprestada pelo Poder que tem competência constitucional para fazê-lo, vale dizer, o Poder Legislativo” (STF, ADI 5498 MC, p. 47, voto Min. Luiz Fux).

Entretanto, a compreensão das normas regimentais como matéria estritamente *interna corporis*, livre de controle jurisdicional, assim como na análise do viés subjetivo do devido processo legislativo, aqui também encontra comportamentos contraditórios das Cortes nacionais.

Como exemplo dessas incongruências, tem-se o caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 3, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a desnecessidade de retorno no projeto de lei à casa iniciadora, quando a casa revisora realiza emendas de redação, que não alteram o conteúdo da proposição. Nesse caso, como bem diagnosticado por Barros (2015, p. 57, destacou-se),

O STF entendeu que a emenda feita no Senado Federal foi uma emenda de redação<sup>31</sup>, por isso não necessitava ser submetida novamente à votação na Câmara dos Deputados. O argumento utilizado pela Corte para justificar o controle do processo legislativo foi que havia fundamento constitucional, não obstante *o conceito de emenda de redação estar previsto apenas nas normas regimentais*.

Assim, mais uma vez, ao tempo em que considera inaptas as normas regimentais para servir de parâmetro ao controle judicial do devido processo legislativo objetivo, o Supremo Tribunal Federal valeu-se de conceito unicamente previsto em normas desse tipo como fundamento para o controle objetivo da regularidade da atividade legiferante.

Diante do exposto, pode-se sintetizar ser o devido processo legislativo objetivo uma vertente desse princípio, que autoriza: i) o controle judicial de validade de todas as normas fruto da atividade legislativa; ii) o qual somente pode ser realizado em momento posterior à sua produção (controle sobre a norma já produzida) – não admitido, portanto, controle preventivo –; iii) a ser despertado por uma variada gama de legitimados – em decorrência da titularidade ampla desse direito fundamental, na dimensão ora em apreço –; iv) e que somente pode, em regra, ter como parâmetro normas constitucionais, embora, de forma incongruente, haja, ainda que implicitamente, a utilização de normas regimentais como parâmetro de controle.

Esse controle judicial varia, por vezes, de um extremo de mínima profundidade – devido processo legislativo de primeiro grau/nível, nas situações em que se tem a referência ao devido processo legislativo como sinônimo do princípio da reserva legal, apenas para se defender a competência legislativa em face de “invasões” perpetradas por atos administrativos ou decisões judiciais que disponham sobre matérias reservadas à disciplina legal, não chegando ao ponto de analisar questões inerentes às condições procedimentais de validade da norma legislada, ou ligadas à abertura discursiva da atividade legiferante –, para um patamar de densidade média – devido processo legislativo de segundo grau/nível, nos casos em que o judiciário se presta a

controlar os atos legislativos apenas em relação ao estrito cumprimento das formalidades exigidas do processo de produção normativa, sem maiores investigações substanciais sobre a efetiva garantia das condições discursivas e democráticas desse procedimento –, até chegar ao patamar de máxima densidade – devido processo legislativo de terceiro nível/grau, com amparo no qual se busca garantir que o respeito às formalidades venha acompanhado por uma substancial efetivação do caráter discursivo e democrático do processo político de produção normativa.

## 4 ANÁLISE DA APLICAÇÃO CONCRETA DO CONCEITO DE DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Uma vez sistematizados e categorizados os resultados encontrados na pesquisa sobre como o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, vê o princípio do devido processo legislativo, o momento agora é de analisar, em concreto, como cada um dos tribunais pesquisados se comportou em relação à matéria, se encarando o princípio mais sob o viés subjetivo ou objetivo, e se procedendo a um controle mais superficial – amparado no devido processo legislativo de primeiro grau – ou mais minucioso do processo político de produção normativa – amparado nos segundo e terceiro níveis do conceito, tal como delimitado no capítulo anterior.

Destaque-se que a pesquisa encontrou, inicialmente, um universo de incidência muito vasto. Essa vastidão pode, inclusive, ser quantificada. Tomando-se como exemplo a atividade do Supremo Tribunal Federal, foram proferidos, **apenas no ano de 2019**, 17.695 (dezessete mil, seiscentos e noventa e cinco) provimentos colegiados e 97.908 (noventa e sete mil, novecentas e oito) decisões monocráticas, números que, somado aos igualmente grandes indicadores quantitativos de julgados nos anos anteriores e à existência, no país, de 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais e 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça – em que a apreciação de processos tende a ser ainda maior, dada a ausência dos inúmeros óbices opostos ao conhecimento dos recursos interpostos ao STF<sup>16</sup> –, permite conceber a dimensão da tarefa que seria buscar, em meio a tantas manifestações do Poder Judiciário, uma sistematização do conceito em análise.

Assim, mostrou-se essencial delimitar de forma precisa, até restrita, o âmbito de pesquisa. Para tanto, optou-se, primeiramente, por restringir a análise a acórdãos – apenas julgamentos colegiados, portanto, excluindo-se as decisões monocráticas – do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos 5 Tribunais Regionais Federais.

A escolha da Corte Suprema é a mais naturalmente justificável, pelo fato de caber a ela, precipuamente, a guarda da Constituição (artigo 102, *caput*, da Carta da República) – e, de consequência, como visto, a garantia das condições procedimentais do regular processo legislativo.

---

<sup>16</sup> Como exemplo, cita-se a Súmula 279 (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) do Supremo Tribunal Federal. No âmbito dos tribunais locais – regionais federais ou estaduais de justiça – a cognição é ampla, sendo admissíveis os recursos que discutem tanto matéria eminentemente jurídica como aqueles que veiculam controvérsia fático-probatória.



Todavia, escolher apenas os tribunais regionais federais, deixando de apreciar o rico acervo de manifestações dos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal, não é uma opção meramente lógica. Funda-se, na verdade, em critérios práticos, relativos à maior viabilidade da colheita de dados. É que a Justiça Federal mantém um repositório unificado de jurisprudência (ferramenta “Jurisprudência Unificada”, disponível no sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal – CJF), no qual a pesquisa realizada retorna resultados colhidos em todos os Tribunais Regionais Federais, nas Turmas Regionais e Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (regidos pela Lei nº 10.259/2001), em algumas Turmas Recursais desses Juizados, e inclui em sua base, ainda, os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a pesquisa do conceito judicial de devido processo legislativo nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal encontraria, em sentido diametralmente oposto, o obstáculo da fragmentação. Cada um desses órgãos jurisdicionais mantém sua própria base de jurisprudência, verificando-se na prática cotidiana uma grande diversidade de funcionalidades e eficiência da apresentação de resultados por cada uma dessas bases.

A exclusão das manifestações desses Tribunais traz à pesquisa uma perda relevante de contribuições para a delimitação do conceito em estudo, tendo em vista a constatação mencionada por Barbosa (2010, p. 207), ainda no ano de 2010, no sentido de que “Hoje, o controle da regularidade do processo legislativo tem se desenvolvido, ainda que timidamente, por meio de decisões dos tribunais estaduais”.

Comprovando essa afirmação, o mencionado autor apresenta o exemplo do Mandado de Segurança nº 37/71, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ainda na década de 70, no qual se travou importante discussão – ainda relevante nos dias atuais, embora carente de maior destaque e tratamento sistemático, como visto – acerca do controle judicial do devido processo legislativo tendo como parâmetro as normas regimentais, adotando-se a tese – ainda hoje – vanguardista de que as normas dos regimentos internos das Casas Legislativas detêm natureza de normas interpostas, complementos dos mandamentos constitucionais que regem o processo de produção de textos normativos, e cuja violação acarretaria a inconstitucionalidade da norma resultante do procedimento violador do regimento (BARBOSA, 2010, p. 183).

No mesmo estudo, são apresentados também os casos do Mandado de Segurança nº 7.199-97, de 1994, e do Mandado de Segurança nº 2003.00.2.000038-7, do ano de 2006, ambos julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e nos quais também se discutia a possibilidade de o controle judicial do devido processo legislativo utilizar como parâmetro as normas regimentais (BARBOSA, 2010, p. 184-185).

Tais exemplos demonstram a grande contribuição que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal têm a oferecer para a discussão, denotando a necessidade de que sua visão acerca do conceito de devido processo legislativo também seja objeto de pesquisa detalhada. Entretanto, no âmbito do presente trabalho, o obstáculo prático levantado se fez mais forte, razão pela qual optou-se por excluir tais tribunais da análise, restringindo-se esta, no âmbito da segunda instância, à Justiça Federal, em razão, repita-se, da presença de uma base de dados unificada – e, mesmo neste *locus*, excluíram-se os provimentos jurisdicionais emanados no subsistema dos Juizados Especiais (inclusive das Turmas de Uniformização), tendo em vista sua abordagem de causas de menor complexidade (Constituição Federal, artigo 98, inciso I e Parágrafo 1º) não se coadunar, ao menos em tese, com a análise do cumprimento do devido processo legislativo na formação dos textos normativos postos em discussão.

Já a escolha de analisar manifestações do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema em análise também requer esclarecimentos. Em primeiro lugar, por que incluir, no estudo de um tema que se desenvolve notadamente sobre bases instituídas pela Constituição da República, as manifestações de um Tribunal que, como regra, *não* analisa questões constitucionais em seus provimentos<sup>17</sup>? Ademais, por que não incluir na busca as manifestações dos demais Tribunais Superiores (Militar, Eleitoral e do Trabalho)?

Respondendo ao primeiro questionamento, tem-se que, mesmo o processo legislativo tendo suas principais bases erigidas na Carta da República, há alguns dispositivos com *status* de lei que podem ser trazidos à discussão sobre a regulação do procedimento de elaboração normativa, como é o caso dos regimentos internos das Casas Legislativas, veiculados por meio de Resoluções – atos normativos de natureza primária previstos pelo artigo 59, inciso VII, da Constituição (na verdade, a discussão sobre a natureza jurídica dos regimentos internos dos parlamentos é bastante densa, conforme já tivemos a oportunidade de assinalar). No mesmo contexto, tem-se a Lei Complementar nº 95/1998, que “Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis [...] e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

Diante de tal constatação, como cabe ao Superior Tribunal de Justiça o papel de uniformização da interpretação a respeito da legislação federal, tal como determinado pelo

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, o próprio STJ entende que, ao menos em sede de recurso especial – um dos principais instrumentos para se despertar a manifestação da Corte, correspondente a 57% dos processos julgados pela Corte Superior no ano de 2019, conforme relatório estatístico elaborado pelo próprio Tribunal (BRASIL, STJ, Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica, 2019) – é “inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal” (STJ, AgRg no REsp 1874081, p. 1, ementa do acórdão).

artigo 105, III, ‘c’, da Carta Magna, pressupôs-se que a mencionada Corte poderia ter contribuições relevantes para a composição do pretendido conceito judicial de devido processo legislativo.

Por outro lado, a especificidade dos temas discutidos pelos demais tribunais superiores, cuja competência é regida em função de matérias de justiça especializada (Constituição da República, artigos 114, 121 e 124), fez com que se optasse por excluí-los do universo abrangido pela pesquisa, diante da reduzida possibilidade de que o tema seja tratado de forma central em alguma de suas manifestações – novamente, não se pugna pela inviabilidade da análise relativa ao conteúdo que tais tribunais conferem ao princípio em análise, mas apenas por uma delimitação mais precisa *desta* pesquisa, cujo universo já é bastante extenso.

Assim, em resumo, os *loci* onde se buscaram elementos aptos a compor um conceito judicial de devido processo legislativo, minimamente coeso e instrumental, são: o Supremo Tribunal Federal (ora mencionado apenas como STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais Regionais Federais (TRF’s) das cinco regiões em que se divide a Justiça Federal (TRF-1, TRF-2, TRF-3, TRF-4 e TRF-5), tendo sido analisados apenas os provimentos jurisdicionais emanados por órgãos colegiados (acórdãos), seja pelos respectivos Plenários, seja pelos órgãos fracionários, tais como as turmas e seções.

Definidos os locais, passou-se à busca efetiva dos processos judiciais que, em alguma medida, tratassem do tema central deste trabalho. Assim, recorreu-se às ferramentas de pesquisa de jurisprudência constantes em cada um dos sítios oficiais dos mencionados tribunais, à exceção dos TRF’s, cujas manifestações foram pesquisadas de forma conjunta na já mencionada plataforma de pesquisa unificada de jurisprudência.

Utilizaram-se, em cada um dos locais indicados, os argumentos de pesquisa “devido”, “processo” e “legislativo”, colhendo-se, portanto, apenas as manifestações que se utilizaram do princípio de forma expressa<sup>18</sup>. No Supremo Tribunal Federal, a busca retornou 30 resultados; no STJ, em cuja pesquisa utilizou-se a ferramenta “prox”, que faz com que a busca alcance apenas decisões que mencionem os três argumentos de forma conjunta, próximos entre si na frase, foram encontrados 5 processos; já a pesquisa na jurisprudência unificada dos cinco

---

<sup>18</sup> Sabe-se que muitas decisões judiciais podem tratar o tema sem mencionar expressamente o princípio, mas, na falta de critério objetivo para incluí-las no universo da pesquisa, optou-se por colher apenas aquelas que citaram expressamente o “devido processo legislativo”.

TRF's, que seguiu o mesmo método, obtiveram-se 146 resultados, sendo 20 na 1ª Região, 13 na 2ª, 104 na 3ª, 6 na 4ª e 3 na 5ª<sup>19</sup>.

A etapa seguinte da pesquisa constituiu-se na análise do contexto em que a expressão “devido processo legislativo” foi utilizada em cada um dos acórdãos selecionados, realizando-se uma apreciação do discurso que cercou a aplicação de tal conceito na argumentação em análise. Nesse ponto, alguns desses resultados não se revelaram úteis para a presente pesquisa, por ter menções extremamente discretas e incidentais a respeito da expressão em análise – como foi o caso, por exemplo, de alguns julgados do STF sobre matéria completamente diversa (conflito de atribuições entre distintas esferas federativas do Ministério Público), nos quais um dos votos vogais mencionava um trecho de artigo acadêmico cujo título continha as palavras “devido processo legislativo”, mas cuja transcrição era completamente alheia ao presente debate.

Neste particular, cabe uma ressalva: não se excluíram da pesquisa os julgados em que o Poder Judiciário se refere a uma concepção simplória da ideia de devido processo legislativo – mero sinônimo dos princípios da legalidade ou da reserva legal. Tais manifestações – as quais, inclusive, representam a grande maioria das manifestações dos Tribunais Regionais Federais a respeito do devido processo legislativo – foram, em verdade, úteis à pesquisa, sendo enquadrados como um “sentido fraco” da expressão, dentro da gradação de sentidos que foi elaborada como principal resultado deste trabalho (vide capítulo anterior).

Assim, a partir da análise contextual da expressão perseguida, percebeu-se que os Tribunais nacionais conferem ao termo “devido processo legislativo” uma gama bastante diversa de significados, e o próximo passo consistiu exatamente em buscar agrupá-los de forma lógica e sistemática, em categorias minimamente coesas. Neste ponto, além da diversidade quantitativa de sentidos atribuídos à expressão, pôde-se perceber uma verdadeira gradação de intensidade desses sentidos, como legitimadores de um maior ou menor controle judicial sobre a atividade parlamentar. Os resultados desta etapa foram expostos no capítulo anterior.

Agora, procederemos a uma análise específica e contextual de como cada esfera jurisdicional pesquisada tem encarado o princípio do devido processo legislativo.

---

<sup>19</sup> Todos os dados foram tomados tendo como referencial temporal o mês de *maio de 2020*, razão pela qual os acórdãos eventualmente publicados a partir do mês de junho do mencionado ano não foram objeto de apreciação por esta pesquisa.

#### 4.1 O devido processo legislativo na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais pouco contribuiu para a delimitação do conceito do devido processo legislativo. Nas manifestações desses órgãos, o princípio se manifesta de forma tímida, sem muitos aprofundamentos. As referências a ele resumem-se a três ocasiões: i) aplicação de precedente vinculante ou consolidado do Supremo Tribunal Federal, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade de determinada norma por impropriedades no processo legislativo; ii) citações incidentais, sequer tangenciando o conceito do princípio, muitas vezes como mero argumento de reforço da constitucionalidade material da norma impugnada; e iii) a referência ao devido processo legislativo objetivo de primeiro nível/grau.

Nesse contexto, computando-se todas as manifestações colhidas dos cinco tribunais mencionados – ao todo, foram 146 (cento e quarenta e seis) –, tem-se o cenário da tabela 1.

Tabela 1 — Aplicação do conceito de “devido processo legislativo” nas decisões dos Tribunais Regionais Federais

<b>Contexto de utilização do princípio do devido processo legislativo</b>	<b>Quantidade de acórdãos</b>	<b>Porcentagem aproximada em relação ao total de manifestações</b>
Mera menção incidental	15	10,3%
Utilização do devido processo legislativo objetivo de primeiro grau como fundamento da decisão	53	36,3%
Reprodução/aplicação de conclusões já pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a presença ou ausência de vício de constitucionalidade formal em determinada norma, decorrente de desvios no processo de elaboração legislativa	77	52,7%

Fonte: tabela elaborada pelo próprio autor.

Merece destaque o *caso único* (aproximadamente 0,7% do total de manifestações pesquisadas) em que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região tangenciou o conceito de devido processo legislativo objetivo de segundo nível, ao suscitar a possível inconstitucionalidade de

norma legislativa submetida, de forma possivelmente indevida, a rito abreviado, e de “não ter sido, propriamente, submetida, como deveria, ao devido processo legislativo” (TRF3, Ap. 0002117-69.2013.4.03.6181, sem página). Diz-se de segundo grau porque demonstra a preocupação com o rito em si, com um cumprimento, ainda que meramente formal, das exigências procedimentais para a produção da norma.

Apesar dessa situação excepcional, predominaram, no âmbito ora retratado da pesquisa, as já citadas abordagens mais superficiais sobre o conceito.

Nas ocasiões de citações incidentais ao devido processo legislativo, foi comum observar a mera menção a argumentos levantados por uma das partes, sequer apreciados devido ao não conhecimento do recurso ou à extinção do feito sem resolução de mérito.

Também foi recorrente a utilização do princípio como mero argumento de reforço, em ocasiões nas quais os órgãos jurisdicionais fizeram aprofundada análise da constitucionalidade material de uma norma impugnada, valendo-se da menção ao devido processo legislativo apenas para destacar a presunção de legitimidade do ato normativo em questão. Um exemplo é a estrutura argumentativa colhida da manifestação do TRF-3 no Processo nº 0013801-40.2013.4.03.6100 (sem página), em cujo acórdão se assentou que, “pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis, todo ato normativo que passa pelo devido processo legislativo presume-se constitucional”.

Já nas manifestações que se valeram do devido processo legislativo objetivo de primeiro nível como fundamento, as questões mais recorrentes disseram respeito ora a controvérsias sobre editais de concursos públicos que criavam restrições não previstas em lei para o acesso a cargos públicos, ora a atos administrativos normativos que dispunham sobre matéria tributária a qual se entendia reservada à lei.

Nesses contextos, são bastante representativas as manifestações colhidas nos Processos nº 2003.71.12.006985-9 (TRF4, sem página) (“Somente a lei formal, elaborada de acordo com o devido processo legislativo constitucional, pode instituir limite de idade para o ingresso nas Forças Armadas ou exigência de ser o candidato solteiro”), 0013814-09.2008.4.02.0000 (TRF2, sem página) (“para a criação de cargos na Administração Direta, Autárquica e Fundacional Federal, é necessário o devido processo legislativo, de iniciativa privativa do Presidente da República”) e 0055470-22.1998.4.01.0000 (TRF1, p. 1, ementa) (“a devolução do indébito de forma parcelada [...] consubstancia empréstimo compulsório, exigido sem o devido processo legislativo”).

Os Tribunais em questão não trataram, por conta própria, em nenhum dos casos analisados, do devido processo legislativo objetivo de terceiro grau, tampouco do devido

processo legislativo subjetivo. O devido processo legislativo de segundo nível, como já dito, somente foi abordado uma vez, e sequer serviu, na ocasião, de fundamento determinante para o provimento jurisdicional alcançado. Os segundo e terceiro graus do devido processo legislativo objetivo somente foram pauta de discussão quando se tratava de aplicação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que não se tinham teses efetivamente desenvolvidas pelos TRF's, mas mera aplicação de preceitos firmados pela instância jurisdicional máxima.

A ausência de menção ao devido processo legislativo subjetivo pode ser explicada pelo fato de tratar-se de direito de defesa de posições discursivas dos participantes do processo político de produção normativa em face de atos coatores praticados por outros participantes ou pela Casa Legislativa na qual se desenrola o procedimento, direito esse a ser protegido mediante mandado de segurança. Nesse contexto, os Tribunais Regionais Federais não detêm competência para julgamento de mandados de segurança em face de qualquer dessas autoridades coatoras.

De fato, em caso de ofensa ao devido processo legislativo subjetivo no âmbito de processo em trâmite no Poder Legislativo Federal, a competência para julgamento do respectivo remédio constitucional é do Supremo Tribunal Federal (Constituição da República, artigo 102, inciso I, alínea 'd'); em relação ao Poder Legislativo Estadual ou Municipal, a mencionada atribuição de julgamento tampouco se insere no rol de atribuições da Justiça Federal de primeira ou segunda instâncias (Constituição, artigos 108 e 109), cabendo à Justiça Comum Estadual (Carta Magna, artigo 125).

Por outro lado, a abordagem quase inexistente, pelos TRF's, dos conceitos mais aprofundados do viés objetivo do princípio do devido processo legislativo não encontra explicação direta. A explicação que entendemos mais plausível é a de que, como o controle do processo legislativo pelo Poder Judiciário envolve, como já visto, discussões a respeito da separação dos poderes e da ilegitimidade democrática da Jurisdição, os Tribunais Regionais Federais optam por realizar apenas controle superficial da matéria, receando ser acusados de indevidas incursões na seara privativa do Legislativo, não adentrando, por essa razão, nos conceitos que amparam uma análise jurisdicional mais substancial do processo político de elaboração normativa, deixando esse controle aprofundado nas mãos da Corte Constitucional.

Entretanto, repita-se: trata-se de explicação possível, que pareceu mais coerente à luz da análise realizada – principalmente pelo já mencionado fato de os Tribunais em análise sentirem-se mais “à vontade” para efetuar análise detida da qualidade do processo legislativo nas ocasiões

em que estavam amparados por jurisprudência do Supremo Tribunal Federal —, mas que não pôde, ao menos no âmbito desta pesquisa, ser comprovada.

Por todos esses fatores, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, ao valer-se, na maioria dos casos, de abordagem superficial do princípio em análise, não forneceu elementos mais substanciais para a conceituação completa das diversas acepções da expressão “devido processo legislativo”.

#### 4.2 O devido processo legislativo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça, a discussão sobre o tema foi mais diversificada, apesar de apenas cinco acórdãos citarem expressamente a expressão “devido processo legislativo”.

No Recurso em Mandado de Segurança nº 59.173 (p. 2, ementa do acórdão), julgado em abril de 2019, a Corte não chegou a analisar o princípio em si, no caso concreto, por entender que o deslinde da questão passava apenas pela interpretação de normas do Regimento Interno da Casa Legislativa na qual se processou a norma impugnada (no caso, a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná). Assim, reforçou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que

a questão [...] tem como cerne a própria interpretação do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. É dizer, o vício formal relativo ao devido processo legislativo escapa, na espécie, ao controle pelo Poder Judiciário, porque está circunscrito à interpretação dessa norma infralegal, inerente ao exercício das funções do próprio Poder Legislativo, a quem cabe resolver sobre esse mérito *interna corporis*.

Por seu turno, no Recurso em Mandado de Segurança nº 7.313, discutiu-se o devido processo legislativo subjetivo, assentando-se, também na esteira do entendimento da Corte Constitucional, a inexistência de direito líquido e certo do *cidadão* ao respeito às normas procedimentais do processo político de elaboração normativa. Este somente poderia valer-se do mandado de segurança para se proteger de lesão efetivamente causada por ato legislativo já posto, que cause impacto concreto a um direito individual seu.

Em reforço a isso, assentou-se que

as alterações operadas no texto da Constituição estadual criaram normas sem eficácia imediata, a reclamarem regulamentação. Por isto, não podem atingir direito individual. Não existe, pois, direito líquido e certo a ser garantido através de mandado de segurança (STJ, EDcl no RMS 7313, p. 2).

Entretanto, apesar da decisão que não reconheceu a presença do direito subjetivo à proteção do princípio, o voto do relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, tangenciou os conceitos do devido processo legislativo objetivo de segundo e terceiro níveis, ao apresentar o seguinte raciocínio:



A moderna ciência política conceitua a liberdade como a situação em que os homens estejam subordinados a regras jurídicas de cuja elaboração participaram e para cuja reforma estejam aptos a contribuir [...].

Ora, somente é possível afirmar que o cidadão atuou na formação de determinado dispositivo legal, quando tal preceito gerou-se, no seio do Poder Legislativo, em obediência ao processo legislativo traçado na Constituição e nas normas que a regulamentam.

Três aspectos do trecho transcrito chamam a atenção. Primeiramente, percebe-se o flerte com o conceito mais aprofundado de devido processo legislativo, entendido – à luz de nítida influência da teoria discursiva de democracia trabalhada em detalhes no Capítulo 2 desta dissertação – como direito do cidadão a somente submeter-se a normas jurídicas produzidas de acordo com o devido procedimento, cuja legitimidade se configura, sobretudo, com a *participação* dos destinatários do provimento em discussão.

Entretanto, na sequência – e aqui temos o segundo aspecto relevante a ser observado –, esse direito a um devido processo se resume, nas palavras do magistrado, ao respeito às formalidades traçadas nas normas que o regem, dando a entender afinidade maior com o conceito formalista do mencionado princípio, tal como delineado no capítulo anterior.

Por outro lado, um terceiro ponto muito interessante emerge do seguinte raciocínio: de acordo com as palavras acima transcritas, as formalidades que traçam o perfil do devido processo de elaboração normativa podem ser previstas tanto na Constituição como *nas normas que a regulamentam*, pensamento que configura importante abertura para a adoção das normas regimentais como parâmetro de controle judicial do processo legislativo, em oposição à aplicação absoluta da doutrina dos atos *interna corporis*, tal como traçado no item 2.3.4, *supra*.

Entretanto, tal interpretação não foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça nas demais oportunidades em que se manifestou sobre o tema, tendo-se como exemplo disso o já citado Recurso em Mandado de Segurança nº 59.173.

Outro processo em que o STJ se manifestou sobre o princípio objeto deste estudo foi o Recurso em Mandado de Segurança nº 26.718 (p. 1, ementa do acórdão), no qual, apesar de não acolher a tese apresentada pelo impetrante/recorrente, reconheceu expressamente “a legitimidade do impetrante originário, pois, na qualidade de vereador, defende o devido processo legislativo constitucional ao buscar anular votação que supostamente não teria obedecido ao quorum previsto na CF/1988 e na Lei Orgânica Municipal”, adotando, no ponto, a visão do direito subjetivo ao devido processo legislativo por parte dos parlamentares que dele participam.

E, por fim, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 1.068 (p. 1, ementa) e no Conflito de Competência nº 139.519 (p. 61), a utilização do princípio em estudo se deu, a

exemplo do que se processou na maioria das manifestações dos Tribunais Regionais Federais, de forma mais superficial, tendo a Corte Superior, no primeiro caso, utilizado o conceito de devido processo legislativo como sinônimo de reserva legal (“A punibilidade de uma conduta não pode ser objeto de regramento por parte do Poder Executivo [...]. Ao contrário, submete-se ao devido processo legislativo”), e, no segundo, realizado mera citação incidental, irrelevante para o provimento jurisdicional alcançado na espécie (“A Constituição da República determina que, após o devido processo legislativo, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter força de emendas constitucionais”).

O último ponto relevante em relação às manifestações jurisdicionais do Superior Tribunal de Justiça que se valeram do fundamento expresso do devido processo legislativo é a ausência de situações em que se discutiu a aplicação da Lei Complementar nº 95/1998, a qual “Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal”, certamente instrumento normativo importante na concretização do princípio em estudo.

Como dito no início deste capítulo, a possibilidade de encontrar algo, no STJ, em relação a essa lei foi um dos fatores a motivar a própria inclusão desse tribunal no âmbito da pesquisa. Entretanto, ao não nos depararmos com qualquer manifestação nesse sentido, passamos a investigar as possíveis razões para tal cenário. E a explicação foi encontrada no artigo 18 da citada lei: “Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”.

Trata-se de mecanismo legal que esvazia o próprio instrumento normativo no qual se insere. Ora, se a lei em questão disciplina o procedimento legislativo, mas afirma que eventual descumprimento a seus ritos e formalidades não é relevante para fins de análise da norma, ela própria sabota seu papel de parâmetro de controle do devido processo legislativo.

Assim, o cumprimento da Lei Complementar em questão passa a ser – amparado na própria dicção legal – mais uma “questão *interna corporis*”, e daí a sua ausência como parâmetro de controle do devido processo legislativo pelo Tribunal responsável pela última palavra na interpretação de leis federais.

### 4.3 O devido processo legislativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Os julgados do Supremo Tribunal Federal ofereceram o apanhado mais completo e diversificado a respeito do devido processo legislativo, apesar da quantidade não muito grande de manifestações que fizeram referência a esse princípio.

Neste âmbito, a pesquisa retornou 26<sup>20</sup> (vinte e seis resultados), distribuídos entre as categorias apresentadas na tabela 2.

Tabela 2 — Aplicação do conceito de "devido processo legislativo" nas decisões do Supremo Tribunal Federal

<b>Contexto de utilização do princípio do devido processo legislativo</b>	<b>Quantidade de acórdãos</b>	<b>Porcentagem aproximada em relação ao total de manifestações</b>
Devido processo legislativo como direito subjetivo do parlamentar	6	23%
Devido processo legislativo como direito subjetivo das pessoas submetidas a julgamento ou investigação perante o Parlamento	2	7,5%
Devido processo legislativo objetivo de primeiro grau	2	7,5%
Devido processo legislativo objetivo de segundo grau	4	15%
Devido processo legislativo objetivo de terceiro grau	9	35%
Mera citação incidental	3	12%

Fonte: tabela elaborada pelo próprio autor.

O primeiro ponto de destaque quanto à apreciação da Suprema Corte a respeito da matéria é o fato de o devido processo legislativo ser encarado como princípio constitucional – premissa aplicada sem qualquer discussão nos processos analisados, chegando-se a afirmar, expressamente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.885 (p. 45, voto Min. Rosa Weber), que

doutrina e jurisprudência reconhecem que o devido processo legislativo é uma garantia, do parlamentar e do cidadão, inscrita na cláusula do substantive due process of law (art. 5º, LIV, da CF/88), envolvendo a correta e regular elaboração das leis.

<sup>20</sup> Aqui, tomou-se a liberdade de se analisar, também, duas decisões monocráticas, por serem muito relevantes para detalhar aspectos indispensáveis do princípio.

Para além da tramitação formal, a dimensão substantiva da *due process of law* impõe que o processo legal seja justo e adequado, o que deve ser preservado já na fase de produção das leis.

A partir dessa premissa, também chama a atenção o fato de a maioria dos casos analisados dizer respeito a uma apreciação do tema sob o ponto de vista que permite o controle judicial mais aprofundado possível sobre o processo político de produção normativa: o devido processo legislativo de terceiro nível.

Como visto na tabela 2, nove dos vinte e seis julgados utilizaram como fundamento, em maior ou menor medida, o conceito de devido processo legislativo mais voltado à análise substancial dos procedimentos de elaboração normativa, preocupando-se não apenas com o respeito literal às formalidades procedimentais postas no ordenamento jurídico, mas também com a concretização das formalidades de modo a garantir a melhor abertura argumentativa e discursiva do processo em questão, garantindo-se a participação, em igualdade de condições, de todos os argumentos capazes de influenciar a decisão, por meio da efetividade dos momentos de reflexão e debate.

Os dois exemplos mais notórios dessa abordagem são, de um lado, o caso da declaração de inconstitucionalidade do costume do *contrabando legislativo*, cujos principais argumentos já foram apresentados quando tratamos do próprio conceito de devido processo legislativo objetivo de terceiro grau (item 3.3.3, *supra*) – presente não apenas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127, já mencionada, mas também em outras duas manifestações (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.012 e 5.135) – e, de outro, o caso das comissões mistas para apreciação do projeto de lei de conversão das medidas provisórias, ainda mais emblemático, pelas razões expostas adiante.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, em março de 2012, o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucionais as leis que, resultantes da conversão de medida provisória, não tivessem passado, durante a tramitação do projeto de lei de conversão, pela comissão mista a que alude o artigo 62, §9º, da Constituição da República<sup>21</sup>.

Na ementa desse julgado, reconheceu-se expressamente “serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte” (STF, ADI 4029, p. 2).

---

<sup>21</sup> “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”.

Tratava-se, na espécie, de apenas aplicar diretamente uma formalidade exigida expressamente pela Constituição. Assim, a questão poderia ter sido resolvida apenas com o conceito de devido processo legislativo de segundo nível, relativo exatamente à literal aplicação das formalidades exigidas pela Norma Maior para o processo legislativo, como visto no item 3.3.2. Tanto que, em determinado momento do julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que “cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta” (STF, ADI 4029, p. 3).

Entretanto, o Tribunal, não satisfeito em resolver a questão pelo aspecto eminentemente formal, fez questão de consignar na ementa do julgado a visão mais substancial do controle judicial do devido processo legislativo – consubstanciada no que denominamos devido processo legislativo objetivo de terceiro grau –, adentrando em questões como a abertura discursiva do procedimento, a garantia de reflexão e debate acerca das normas postas à deliberação, a publicidade e não apropriação do processo legislativo pelas esferas eminentemente institucionais e pelas autoridades responsáveis pela sua condução, dentre outros temas expressamente debatidos em diversos momentos da deliberação:

As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da *necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo*, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, *em vez de formalidade desimportante*, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. [...] O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque *proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação* [...]. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte (STF, ADI 4029, p. 2-3, ementa do acórdão, destacou-se).

No mesmo contexto, reconheceu-se expressamente o papel do Poder Judiciário em exercer o controle substancial do devido processo legislativo (terceiro nível do sentido objetivo desse princípio), de maneira que,

Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a *saúde democrática* da comunidade e para a *consolidação de um Estado Democrático de Direito* em que as normas são frutos de *verdadeira discussão*, e não produto de troca entre partidos e poderes (STF, ADI 4029, p. 3, ementa do acórdão, destacou-se).

Note-se a afirmação expressa de valores caros ao devido processo legislativo de terceiro nível e à visão mais ampla acerca do controle judicial dos atos legislativos, entendendo esse controle não como interferência na separação dos poderes, mas como verdadeira condição

estruturante do equilíbrio entre eles e da garantia do Estado Democrático de Direito, tal como visto na abordagem feita, no capítulo 2, sobre a teoria discursiva da democracia.

Além disso, repita-se, por ser de importância maior: o Supremo Tribunal Federal poderia simplesmente afirmar a inconstitucionalidade da substituição da comissão mista pelo parecer do relator com base na afronta direta a uma exigência formal expressa da Constituição; entretanto, diversamente, a Corte preferiu, no caso, reforçar – na ementa do acórdão, e não apenas nas manifestações dos ministros votantes – não se tratar de mera “formalidade desimportante” e reafirmar valores substanciais do processo legislativo democrático, tais como “a saúde democrática da comunidade”, a “verdadeira discussão” como condição de legitimidade das normas emanadas do Parlamento, a exigência de “reflexão mais detida” dos atos emanados das Casas Legislativas, que devem evitar “manifestações inopinadas”.

E a importância dos julgados do Supremo Tribunal Federal não se resumiu à reafirmação da possibilidade de controle judicial substancial do devido processo legislativo, assumindo tais julgados enorme relevo também na delimitação das balizas que devem orientar esse controle; em outras palavras, na fixação dos seus limites e dos âmbitos de sua incidência.

Nesse sentido, admitiu-se a possibilidade de controle dos atos legislativos quando houver uma clara ofensa ao princípio da moralidade, consubstanciada pela “compra de votos” dos parlamentares, pela cooptação para que os participantes institucionais do processo legislativo assumam uma ou outra posição.

A matéria foi discutida no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.885, na qual se alegava a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, em virtude de sua aprovação ter supostamente decorrido de fraude no processo de votação, à luz do que havia sido decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal nº 470 (“caso mensalão”, no qual foram condenados políticos envolvidos em esquema que consistia exatamente na cooptação de parlamentares para votarem a favor de temas de interesse do Governo Federal).

Assim,

O cerne do argumento [de quem propôs a mencionada Ação Direta] consiste em afirmar que o processo legislativo teria sido fraudado por conduta criminosa, quando da aprovação da chamada “reforma da previdência”, instituída pela Emenda Constitucional n. 41/2003, porquanto teriam sido computados votos de parlamentares que, como se verificou no julgamento da AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, foram condenados por corrupção (STF, ADI 4885 MC, p. 16, voto Min. Edson Fachin).

Nesse contexto, apesar de a maioria dos membros do colegiado reconhecer, como o Ministro Luís Roberto Barroso, que

A inconstitucionalidade por violação ao devido processo legislativo também pode decorrer da prática de atos ilícitos que ocasionem vício na manifestação de vontade

dos representantes do povo. Naqueles casos em que houver flagrante violação da moralidade legislativa através de evidências concretas da compra e venda de votos para a prevalência de interesses particulares, o Judiciário possui o dever de intervir e invalidar a norma nascida sob tais circunstâncias (STF, ADI 4885 MC, p. 27),

entendeu-se, também, que, no caso em questão,

foram condenados sete parlamentares em razão da sua participação no esquema de compra e venda de votos e apoio político'. Noutras palavras, o número de votos é relativamente modesto se comparado com o quórum necessário à aprovação de uma emenda constitucional. Além disso, é preciso ter-se em conta que, quando do julgamento da ação penal, bem se consignou que não era possível, ante os elementos probatórios coligidos, identificar em quais votações os recursos teriam exercido influência decisiva (STF, ADI 4885 MC, p. 20, voto Min. Edson Fachin).

Entretanto, a improcedência da ação não interfere no fato de que a Corte reconheceu, *in casu*, que o controle judicial do devido processo legislativo também atinge esse aspecto, relativo à moralidade legislativa, à cooptação e compra de apoio político para aprovação de determinados projetos. E, comprovando a relação dessa conclusão com o devido processo legislativo substancial (objetivo de terceiro nível), à luz das premissas apresentadas pela teoria discursiva de democracia, adotada como marco teórico desta dissertação, destaca-se o seguinte trecho também colhido da manifestação do Ministro Roberto Barroso:

O controle judicial, com o intuito de proteção do devido processo legislativo, contribui para o fortalecimento do regime democrático representativo. Afinal, há que se exaltar a importante função da jurisdição constitucional na proteção das condições procedimentais para que os embates legislativos sejam realizados da forma mais democrática possível[\*]. Como já afirmei em sede doutrinária, a democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, sendo importantíssima também a observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A atuação da Corte Constitucional na invalidação de normas que afrontam o procedimento democrático, portanto, deve ser encarada como uma nobre função de respeito e proteção dos valores mais importantes de uma Constituição (STF, ADI 4885 MC, p. 32).

No mesmo sentido, a Corte tem reconhecido, também, a possibilidade de controle do devido processo legislativo com base no possível desvio de finalidade da proposição normativa, amparando tal controle na teoria dos motivos determinantes. Assim, apesar dos apelos em sentido contrário do Ministro Edson Fachin no julgamento da já citada ADI 4.885 MC (p. 20), no sentido de que “A validade ou eficácia de uma lei, em face da Constituição, não depende, nem pode depender, de modo algum, dos motivos ou considerações que levaram a legislatura a elaborá-la”, o Supremo Tribunal Federal deixou assentada a possibilidade desse tipo de controle do processo político de produção normativa ao julgar a ADI nº 5.468 (p. 3, ementa do acórdão), na qual se debatia a inconstitucionalidade de lei orçamentária que reduziu drasticamente as dotações destinadas à Justiça do Trabalho, decorrente do fato de o parecer da Comissão Mista de Orçamento “ostentar confessadamente, motivação ideologicamente enviesada”.

No caso concreto, não se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado por não se reconhecer, no ato portador dos motivos desviados, força vinculante que permitisse concluir ter sido ele determinante para a aprovação da norma. Entretanto, a improcedência da ação não elimina o fato de a Suprema Corte ter reconhecido a possibilidade de controle judicial do devido processo legislativo à luz do desvio de finalidade na edição da norma e dos motivos determinantes “enviesados” que sustentaram a edição do mencionado ato legislativo.

Todavia, essa visão mais substancial do devido processo legislativo e a aceitação mais natural da atuação jurisdicional sobre o processo político de produção normativa são tendências, pode-se dizer, mais recentes do Supremo Tribunal. Todas as manifestações em que se aplicou nesses termos o mencionado princípio são *posteriores ao ano de 2012*. Antes disso, apenas *existia* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a preocupação com o devido processo legislativo subjetivo e com o objetivo até o segundo nível. Assim, pode-se dizer que, em relação ao controle judicial objetivo do processo político de produção normativa, a Corte em estudo tem evoluído do conceito mais formalista ao mais substancialista da abordagem procedimental.

Apesar dessa conclusão, é de se notar um fato recorrente nos processos em que o Tribunal se valeu do conceito de devido processo legislativo de segundo nível. Em diversas ocasiões, mesmo adotando uma visão do controle judicial dos atos legislativos como mero guardião do respeito à literalidade das exigências formais postas na Constituição, verificou-se a presença, subjacente à argumentação dominante, do devido processo legislativo de terceiro grau, como argumento de reforço.

É o que se verificou, por exemplo, na já mencionada ADI nº 4.357, na qual se fixou, como visto, a tese da inexistência de exigência constitucional de intervalo mínimo entre os turnos de votação das Emendas à Constituição. Apesar de amparada na já demonstrada visão formalista de que o Judiciário “não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das *formas* expressamente exigidas pela Constituição Federal” (STF, ADI 4357, p. 73, voto Min. Luiz Fux, destacou-se), e apesar de vencida a posição mais substancial – que via no intervalo mínimo a concretização dos valores da reflexão e da devida deliberação no processo de elaboração normativa –, o fato é que mesmo os partidários da tese vencedora foram além da análise meramente formalista e literal.

O próprio Ministro Luiz Fux, autor da afirmação formalista e restritiva transcrita no parágrafo anterior, considerou, em outro momento de sua manifestação, que

em um processo legislativo longo e aberto como este, iniciado em 2006 e findo em 2009, pautado não por uma, mas por quatro audiências públicas realizadas com a participação da sociedade civil, parece não haver espaço, sob o ângulo material, para a tese de inocorrência de debate parlamentar suficientemente refletido para a aprovação da EC nº 62/09, de modo que não cabe falar em vício formal nem mesmo



sob a suposta vertente teleológica de interpretação do art. 60, §2º, da Constituição (STF, ADI 4357, p. 75).

Ora, apesar de consignada a tese formalista – o caso foi uma nítida expressão do devido processo legislativo de segundo nível, como demonstrado no item 3.3.2 –, o voto condutor dessa visão amparou-se, ainda que subsidiariamente, em conceitos caros ao devido processo legislativo de terceiro nível, mais substancial, reconhecendo que, apesar de não respeitado interstício mínimo entre os turnos de votação, o processo legislativo em questão atendeu aos postulados da reflexão, da maturação do debate e da abertura discursiva, por ter tramitado ao longo de três anos nas Casas Legislativas envolvidas e de terem sido realizadas, em seu âmbito, diversas audiências públicas.

No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber entendeu pela ausência de inconstitucionalidade formal apenas porque o atendimento à maturação do debate ao longo do processo legislativo *compensaria* o fato de os dois turnos de votação terem se dado na mesma noite (STF, ADI 4357, p. 148).

Assim, embora apenas expressamente adotado como fundamento das decisões do Supremo Tribunal Federal a partir de 2012, é certo que o devido processo legislativo objetivo de terceiro nível já se encontrava presente nas discussões desde tempos anteriores, ainda que de forma latente.

Aliás, esse é um problema recorrente nas análises da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não se tem, nos julgamentos, um voto comum, que represente posição minimamente homogênea da maioria dos membros do Tribunal, mas a elaboração individual, por cada Ministro, de seu posicionamento, cada qual com os respectivos fundamentos determinantes, sendo contabilizadas para fins de verificação da maioria apenas as conclusões. Verificam-se, assim, em diversas ocasiões, conclusões majoritárias, mas que não se amparam em *fundamentos majoritários*.

No caso da multicitada ADI 4.357, por exemplo, como acabou de ser mencionado, o voto da Ministra Rosa Weber analisou o processo legislativo do ponto de vista eminentemente substancial, entendendo que o prejuízo à deliberação trazido pela votação dos dois turnos no mesmo dia fora compensado pela maturação do debate ao longo de todo o processo legislativo – uma abordagem claramente mais próxima do devido processo legislativo objetivo de terceiro grau. Mas, como a conclusão alcançada a partir desse fundamento foi a de ausência de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional aprovada sem intervalo mínimo entre os turnos de votação, sua manifestação contou como voto a favor da tese consignada na ementa,

de que ao Judiciário caberia o controle do devido processo legislativo apenas à luz das formalidades expressas de forma literal na Constituição.

Esse cenário se repetiu em outras ocasiões, como, por exemplo, nas discussões relativas à utilização das normas regimentais como parâmetro de controle dos atos legislativos. No também já citado Mandado de Segurança nº 22.503, o Ministro Celso de Mello apresentou um longo e substancial voto defendendo a diversidade da natureza jurídica das normas regimentais, reconhecendo a existência daquelas que permitem atuação discricionária dos Parlamentares – e, por isso, não são dotadas de eficácia vinculante a ser sindicada pelo Judiciário –, mas também de normas regimentais que impõem atuação vinculada dos membros do Legislativo – e, nesse segundo caso, contituem “pressuposto de existência e validade dos atos normativos editados pelo Congresso Nacional”, da mesma forma que as normas constitucionais sobre o tema.

Nesse contexto, consignou:

A eventual inobservância das regras inscritas na Constituição e o desrespeito a normas vinculantes e mandatórias do Regimento Interno – e, por isso mesmo, insuscetíveis de qualquer juízo discricionário, de oportunidade ou de conveniência – revestem-se de eficácia invalidadora dos atos legislativos e, até mesmo, das próprias emendas que resultem do processo de reforma constitucional, [...] assistindo ao Poder Judiciário [...] a competência para verificar se o ato legislativo, no processo de sua formação, observou, ou não, a disciplina ritual estabelecida na Constituição e, também, o próprio Regimento Interno (STF, MS 22503, p. 73-74).

No mesmo sentido, complementou que

Interpretações arbitrárias das cláusulas regimentais mandatórias ou de prescrições constitucionais subordinantes, que possam afetar a válida elaboração das leis e das emendas à Constituição, representam afronta inquestionável à própria supremacia da Carta Política que rege a organização institucional do Estado (STF, MS 22503, p. 84),

reconhecendo a existência de normas regimentais que, por concretizadoras dos preceitos constitucionais a respeito do processo legislativo democrático, assumiriam o caráter de normas interpostas.

Entretanto, como a conclusão não aderiu àquela majoritariamente assumida pelos demais membros do colegiado – relativa à impossibilidade de controle judicial dos atos legislativos à luz de normas regimentais, por estas terem caráter *interna corporis* –, toda essa manifestação foi relegada à condição de “voto vencido”, sem que ninguém tenha rebatido os fundamentos determinantes apresentados pelo Ministro Celso de Mello.

A discussão ficou, assim, resumida à “vala comum”, entre os extremos – normas regimentais podem ou não servir de parâmetro para o controle judicial na espécie? –, sem que se tenham apreciado, concretamente, as teses intermediárias, como, por exemplo, o reconhecimento da multiplicidade de naturezas jurídicas das normas em questão.

O mesmo ocorreu na também já mencionada Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3 (que não foi objeto específico da pesquisa, porque não conta, em seu texto, com a menção expressa ao “devido processo legislativo”; todavia, no curso da análise do marco teórico, encontraram-se referências interessantes a esse julgado, razão pela qual se optou por incluir uma referência a ele), na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a desnecessidade de retorno no projeto de lei à casa iniciadora, quando a casa revisora realiza emendas de redação, que não alteram o conteúdo da proposição.

Como foi colhida apenas a conclusão dos votos majoritários, consignou-se, mais uma vez, na ementa do acórdão, a visão de que os Regimentos Internos são atos *interna corporis*, não se prestando a amparar o controle externo da atividade legislativa; entretanto, analisem-se os fundamentos das manifestações dos ministros e constatar-se-á terem eles se utilizado de conceitos *eminente regimentais* para decidir a questão, dando a esses conceitos roupagem constitucional – ou seja, reconhecendo que algumas normas regimentais podem servir de controle do processo legislativo quando concretizem preceito constitucional.

Merece ênfase: não se tratava de normas regimentais que reproduziam explicitamente um conteúdo constitucional, mas que concretizavam preceito presente na Carta Magna. Qual a incompatibilidade, então, desse posicionamento com aquele, outrora mencionado, do Ministro Celso de Mello, no MS 22.503, que reconhecia as variadas naturezas jurídicas das normas regimentais? A nosso ver, nenhuma; entretanto, essa análise fica inteiramente prejudicada porque nada disso constou da conclusão de nenhum dos acórdãos, em virtude da metodologia de colheita dos votos praticada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a despeito dessas inconsistências, o Supremo Tribunal Federal foi o local em que se discutiu de forma mais concreta, abrangente e aprofundada o devido processo legislativo.

É o *locus* mais adequado para o desenvolvimento da discussão sobre o devido processo legislativo subjetivo, seja ele encarado como direito do parlamentar, seja na condição de garantia das pessoas submetidas a julgamento ou investigações perante o Parlamento.

Nos dois casos, porque a autoridade coatora é a Casa Legislativa em que se deu a alegada afronta: i) às posições discursivas do parlamentar ou de uma minoria; ou ii) às garantias do Presidente da República submetido a julgamento por crime de responsabilidade ou das pessoas sujeitas a investigações realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito, e, no âmbito federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os mandados de segurança (instrumento mais adequado, como visto, ao resguardo de tais direitos) impetrados contra a Câmara dos Deputados e o Senado Federal (Constituição da República, artigo 102, inciso I, alínea ‘d’).

E, além disso, o STF foi o Tribunal que desenvolveu com mais desenvoltura o controle do devido processo legislativo objetivo, perpassando, com profundidade e abrangência, os três níveis propostos para esse conceito, bem como lançando fundamentos e traçando limites importantes para o exercício do controle judicial do processo político de produção normativa.

## 5 CONCLUSÃO

O devido processo legislativo é, de fato, um princípio da ordem constitucional brasileira, decorrente da cláusula geral do devido processo legal (Constituição da República, artigo 5º, inciso LIV). Entretanto, essa constatação diz pouco, diante da imensa variedade de significados normativos que tal preceito pode assumir.

Foi visando ajudar a sistematizar a matéria e fornecer um conceito mais coeso e mais consistente do princípio que se desenvolveu esta pesquisa – principalmente, evitando os problemas que decorreriam de buscar uma conceituação emanada do Parlamento, como, por exemplo, reproduzir uma visão privatizada do processo político de elaboração normativa, restrita às instâncias institucionais e às práticas nem sempre transparentes das casas legislativas. Por essa razão, buscou-se um conceito que partisse do controle externo, mais precisamente do controle judicial sobre a atividade legislativa.

Entretanto, essa escolha resultou em obstáculos que precisaram ser removidos antes de se proceder à efetiva análise das manifestações jurisdicionais sobre o tema. Os principais foram justificar a necessidade de se traçar diretrizes de racionalidade ou de redução do espaço de arbitrariedade da legislação; estabelecer os parâmetros em que poderia se dar esse controle, sem que se afrontasse o princípio democrático; e, ao fim, entender a possibilidade e, sendo possível, a forma como se desenvolveria um controle jurisdicional da matéria.

Para tanto, foi montado um arcabouço teórico no qual se analisaram, ainda que de forma breve, algumas correntes do pensamento jurídico – notadamente, de um lado, o positivismo kelseniano, que reconhece a arbitrariedade da norma jurídica (superando o idealismo da Escola da Exegese consistente em imaginar um legislador racional do qual emanasse um ordenamento completo e sem falhas) e, assim, abre caminho às discussões sobre a necessidade de controle dessa arbitrariedade; e, de outro, as correntes pós-positivistas, sobretudo as capitaneadas por Manuel Atienza e por Díez Ripollés, inovadoras por colocar no centro das atenções a preocupação com a racionalidade legislativa, mas com algumas complexidades de aplicação prática decorrentes do excessivo normativismo – até se chegar àquela que se reputou mais adequada a fornecer o embasamento mais robusto à discussão: a teoria discursiva de democracia, proposta por Habermas e desenvolvida à luz do ordenamento brasileiro por Marcelo Cattoni de Oliveira e Leonardo Barbosa.

A partir dela, pôde-se melhor caracterizar a atividade legislativa como um processo que colhe sua legitimidade da abertura discursiva e da aceitação, por parte dos destinatários, da pretensão de validade dos provimentos emanados dessa atividade; com isso, foi possível

redimensionar o papel exercido pelos direitos fundamentais de participação no processo político de produção normativa, tidos como condição estruturante da própria validade do procedimento. No mesmo contexto, a soberania popular também ganhou novos contornos, atribuindo-se-lhe a característica de ser discursivamente construída, independentemente de qualquer conteúdo prévio, e descolada de uma absoluta vinculação ao princípio majoritário, puro e simples (embora este ainda detenha papel central nas deliberações democráticas).

Com isso, superou-se a velha dicotomia que opunha soberania e constitucionalismo, à medida que se reconheceu neste o papel de garantir a participação discursiva de todos na construção daquela, contribuindo, repita-se, para a legitimidade do processo democrático e, de consequência, para a validade dos provimentos dele emanados.

E, assim, a jurisdição ganhou contornos importantes na garantia do devido processo legislativo, por ser o local apropriado para averiguar o respeito a esses paradigmas da atividade legiferante, tornando-se também peça estrutural no desenvolvimento da engrenagem democrática, ao menos em referência à garantia da discursividade do procedimento político de elaboração normativa, mas desde que não ceda à tentação de buscar “conteúdos corretos” para a manifestação da vontade política – o controle judicial deve se ater aos aspectos procedimentais, ainda que sob viés substancial ligado à garantia de efetiva participação discursiva, jamais se arvorando do papel de controlar conteúdos normativos emanados do Parlamento sob eventual fundamento de que eles não se amoldam à “verdadeira vontade democrática”.

Em outras palavras, o controle jurisdicional deve se preocupar em garantir que a deliberação legislativa se dê de forma democrática, e não que seus frutos tenham conteúdos compatíveis com uma vontade democrática abstrata e *a priori*.

Com isso, a pesquisa das manifestações jurisdicionais sobre o devido processo legislativo ganhou fôlego, ao assentar-se sobre arcabouço que permitiu garantir a legitimidade dessas manifestações. A questão passou a ser, então: qual o conteúdo normativo vem sendo dado pelos tribunais brasileiros ao princípio do devido processo legislativo, quando se prestam a realizar a atividade de controle da atividade legiferante?

E, a partir da análise empírica, chegou-se a inúmeros resultados, sistematizados, primeiramente, à luz da divisão entre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva do direito fundamental em questão – aquela, relativa à defesa de posições discursivas a serem resguardadas aos participantes institucionais do procedimento político de elaboração normativa; esta, relacionada ao devido processo legislativo como parâmetro geral de validade de todas as normas do ordenamento.

Nesse cenário, o devido processo legislativo subjetivo se dividiu em dois conteúdos, relativos à titularidade: de um lado, aquele pertencente aos participantes do processo legislativo, de não se submeterem a coerções no curso do procedimento e de serem garantidas as devidas oportunidades de manifestação e de abertura argumentativa; de outro, aquele titularizado pelas pessoas que se submetem a julgamentos ou investigações no âmbito de uma casa legislativa.

Dos dois significados subjetivos, apenas o primeiro disse respeito especificamente ao processo político de elaboração normativa; o segundo configurou-se mais como direito ao devido processo legal *perante* o Parlamento.

Quanto ao direito subjetivo dos participantes da atividade legiferante, a jurisprudência o trata como direito fundamental de titularidade *apenas* dos participantes institucionais, não se estendendo a todos os cidadãos (ao menos no que diz respeito à possibilidade de despertar o controle jurisdicional) – e viu-se que, embora alvo de críticas doutrinárias, esse posicionamento encontra amparo na teoria discursiva de democracia, que prega uma abertura *argumentativa* do procedimento legislativo, e não um contraditório nos moldes jurisdicionais, que garanta a *cada um* dos envolvidos o direito específico à manifestação *individual*.

O instrumento adequado para a defesa de tal prerrogativa é, segundo as manifestações colhidas, o mandado de segurança, cuja legitimidade ativa atinge, repita-se, apenas o parlamentar – instrumento esse também fonte de questionamentos, dos quais igual e fundamentadamente discordamos.

E, tratando-se de combater violações discursivas perpetradas *no curso* de um procedimento legislativo, o controle judicial da dimensão ora abordada deve se dar de forma preventiva, ainda enquanto durar o processo legislativo, de tal forma que, editada a norma e encerrado o procedimento, as ações judiciais manejadas nesse contexto perdem o objeto.

E, por fim, esse controle judicial do devido processo legislativo subjetivo somente deve ter como parâmetro, segundo a jurisprudência majoritária dentre o universo pesquisado, as normas constitucionais, não podendo se valer, para tanto, de normas regimentais das casas legislativas, cujas controvérsias são vistas como matéria *interna corporis*, a serem resolvidas na esfera institucional interna do Parlamento. Discordamos desse ponto, tendo em vista que a análise doutrinária mostra que as normas regimentais não possuem natureza jurídica unívoca, e a própria jurisprudência pesquisada, embora partindo sempre da premissa acima exposta, em algumas ocasiões valeu-se dessa natureza múltipla das referidas normas para colher delas conceitos importantes para a fundamentação de suas manifestações.

Por outro lado, a análise quanto ao devido processo legislativo perante o Parlamento, titularizado por aquelas pessoas sujeitas a julgamentos e investigações perante os órgãos

legislativos, embora não se amoldasse perfeitamente ao objeto central da pesquisa, forneceu subsídios importantes para a conceituação geral do princípio, pois, nesse âmbito, os Tribunais pesquisados mostraram-se mais à vontade para discutir questões atinentes até mesmo à aplicação das normas regimentais, e sentiram-se mais livres em relação às amarras da “separação dos poderes”, que, em geral, apareceu, em outras situações, como óbice ao exercício do controle judicial do devido processo legislativo.

Passando-se ao viés objetivo do citado princípio, observou-se que, no universo de decisões judiciais pesquisadas, o direito fundamental ao devido processo legislativo foi encarado segundo uma gradação de força e substância, tendo essa gradação impactos diretos na forma e na profundidade do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a atividade legiferante.

Assim, descobriu-se o emprego do conceito em três níveis, que sistematizamos sob as alcunhas de primeiro, segundo e terceiro graus.

O devido processo legislativo de primeiro grau serviu de fundamento para a jurisdição exercer o controle sobre atos administrativos ou jurisdicionais que invadiram esfera de regulação reservada à lei. Foi o caso, por exemplo, de editais de concurso público que estabeleciam restrições de acesso aos cargos públicos não previstas na legislação. Nesses casos, o devido processo legislativo foi empregado como sinônimo de reserva legal, e em nada disse respeito ao controle da atividade legislativa em si, mas, do contrário, destinou-se apenas a resguardar os espaços reservados à legislação. Diante dessa ausência de relação com a racionalidade da legislação, foi por nós tachado de sentido fraco da expressão “devido processo legislativo”.

Por outro lado, os tribunais também se valeram da expressão para exercer o controle de adequação do processo político de elaboração normativa, verificando a validade dessas normas à luz do cumprimento das formalidades exigidas para o mencionado processo. Trata-se do devido processo legislativo de segundo grau. Entretanto, neste ponto, a visão do controle judicial ainda se manteve em patamar meramente formalista, entendendo válido um determinado procedimento legislativo sempre que fossem respeitadas as formalidades expressamente exigidas pelo ordenamento jurídico. Essa visão veio quase sempre associada a uma interpretação literal das normas que regem o processo legislativo, sem se preocupar com análise mais substancial da robustez discursiva do procedimento. Assim, se expressamente exigida pela Constituição, determinada formalidade é essencial e o Judiciário está autorizado a realizar o controle do processo legislativo; se não prevista literalmente, a jurisdição não poderá



se arvorar de controladora da robustez do procedimento. Por essas razões, tal sentido foi dito intermediário.

E, por fim, chegou-se ao devido processo legislativo de terceiro grau, aquele no qual as manifestações jurisdicionais não pautaram seu controle apenas com base em formalidades, mas na análise substancial da qualidade discursiva do processo legislativo, à luz, obviamente, dos pontos de partida procedimentais estabelecidos pelas normas jurídicas constitucionais. Assim, por exemplo, declarou-se a invalidade de práticas não expressamente vedadas pelo ordenamento, mas que representaram supressão de instâncias de discussão e reflexão sobre a matéria posta à deliberação do parlamento. Tem-se, portanto, neste ponto, o conceito mais substancial, mais forte, de devido processo legislativo, e que serviu de base a um controle mais profundo do Poder Judiciário sobre o exercício da atividade típica do Poder Legislativo – sem incorrer no vício já mencionado, de realizar um controle material do processo legislativo com base na adequação de seus provimentos a uma suposta “vontade popular democrática” apreensível *a priori*; o foco foi, sempre, a qualidade *procedimental e discursiva* do processo legislativo.

E, ao final, de posse desses resultados, pudemos identificar como as três esferas institucionais do Poder Judiciário selecionadas para integrar o universo da pesquisa – Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – trataram do princípio em estudo na fundamentação de suas decisões sobre o tema.

Nos TRF's, o devido processo legislativo subjetivo não foi mencionado – o que se explica pela ausência de competência desses tribunais para julgamento de mandados de segurança contra qualquer casa legislativa –, percebendo-se uma utilização massiva do primeiro nível do devido processo legislativo objetivo (sentido fraco, sinônimo de reserva legal). Nas vezes em que esses tribunais adentraram em discussão relativa aos níveis mais aprofundados do princípio, não o fizeram por conta própria, mas amparados em entendimento vinculante ou já consolidado do Supremo Tribunal Federal. De resto, as manifestações encontradas continham apenas menções incidentais ao princípio em questão.

No Superior Tribunal de Justiça, apesar de poucas as manifestações encontradas, percebeu-se maior variedade no tratamento do tema, com incursões pelos vieses subjetivo e objetivo, e neste, entre os diversos graus – ainda que a abordagem quanto ao terceiro nível tenha sido percebida apenas de forma incidental, em um julgado antigo. Surpreendeu o fato de não se encontrar nesse tribunal, responsável pela última palavra em termos de interpretação da legislação federal, qualquer controvérsia a respeito da aplicação da Lei Complementar nº 95/98, lei geral que rege os procedimentos legislativos; entretanto, após análise detida do diploma,

percebeu-se um mecanismo de “autossabotagem”, em que a própria lei afirma que as violações a suas previsões, no curso de determinado procedimento legislativo, não resultam em vícios da norma dele emanada.

E, por fim, chegou-se ao Supremo Tribunal Federal, *locus* em que a discussão se desenvolveu de forma mais aprofundada. A maioria das manifestações analisadas disseram respeito ao conceito mais aprofundado de devido processo legislativo – objetivo de terceiro grau –, incluindo situações de flagrante desrespeito a formalidades expressamente exigidas pela Constituição e que, portanto, poderiam ser solucionadas apenas com a utilização do conceito de segundo nível. Entretanto, mesmo nesses casos, o Tribunal preferiu dar conotação mais substancial à análise, adentrando a apreciação na substância e na robustez discursiva dos procedimentos legislativos.

Notou-se que essa visão mais substancial somente chegou ao Tribunal em tempos recentes – mais precisamente, a partir de 2012 –, de modo que também foram empregados, em outras situações, os controles do devido processo legislativo nas outras dimensões e gradações citadas, predominantes até o mencionado período.

As manifestações da Suprema Corte não estão livres de inconsistências sistemáticas, como no caso da visão incoerente sobre a parametricidade das normas regimentais – ora matéria *interna corporis*, excluída da apreciação judicial, ora aptas a fornecerem conceitos importantes para o deslinde das controvérsias que dependiam de solução jurisdicional – e nas inconsistências decorrentes do método de votação da Corte, em que não importa o caráter majoritário das fundamentações dos votos, mas de suas conclusões, gerando, muitas vezes, a ocultação de fundamentos importantes e compatíveis com a jurisprudência do tribunal que, por resultarem em conclusões diversas da vencedora, são simplesmente acompanhados da pecha de “voto vencido” e esquecidos.

A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se a instância em que se processou a conceituação mais rica do princípio do devido processo legislativo, e que forneceu a grande maioria dos subsídios importantes que sustentam esta pesquisa, por meio da qual se espera ter contribuído para maior sistemática no tratamento da matéria e para reduzir as incoerências e dúvidas na conceituação do princípio constitucional e direito fundamental denominado devido processo legislativo.

## REFERÊNCIAS

- ACHOCHE, Munif Saliba. Por um controle constitucionalmente adequado do devido processo legislativo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 9, n. 10, jul./dez. 2011.
- ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017
- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de Amorim. O controle judicial dos atos parlamentares: a (in)sindicabilidade da decisão *interna corporis*. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, p. 103-130, set./out. 2017.
- ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. **Doxa: Cuadernos de Filosofía**, Alicante, n. 6, p. 385-403, 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BARROS, Rafaela Lima Santos de. **Fundamentos do controle judicial do processo legislativo com base em normas regimentais no direito comparado**. 2015. 127 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Legislativo)—Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Portal da Legislação**, Brasília, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 7, de 1995. Dispõe sobre a remuneração dos membros do Congresso Nacional durante a 50ª Legislatura. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 1995. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-7-19-janeiro-1995-322139-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 7, de 1995. Dispõe sobre a remuneração dos membros do Congresso Nacional durante a 50ª Legislatura. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 1995. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-7-19-janeiro-1995-322139-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis... **Portal da Legislação**, Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Portal da Legislação**, Brasília, 2001. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009. Altera e acresce dispositivos às Leis nos 9.639, de 25 de maio de 1998, e 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre parcelamento de débitos de responsabilidade dos Municípios... **Portal da Legislação**, Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11960.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC... **Portal da Legislação**, Brasília, 2011. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Relatório estatístico**. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Conflito de competência nº 139.519/RJ. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relatora para o acórdão: Min. Regina Helena Costa. Brasília, 11 de outubro de 2017. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 10 nov. 2017. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500766352&dt\\_publicacao=10/11/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500766352&dt_publicacao=10/11/2017)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança nº 7.313/RS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 17 de junho de 1997. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 1º set. 1997. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199600380384&dt\\_publicacao=01/09/1997](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199600380384&dt_publicacao=01/09/1997)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo regimental no recurso especial nº 1.874.081/SE. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 23 de junho de 2020. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 30 jun. 2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001117611&dt\\_publicacao=30/06/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001117611&dt_publicacao=30/06/2020)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 1.068/SP. Relator: Min. Jesus Costa Lima. Brasília, 6 de maio de 1991. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 27 maio 1991. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199100034770&dt\\_publicacao=27/05/1991](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100034770&dt_publicacao=27/05/1991)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo interno no recurso em mandado de segurança nº 59.173/PR. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 9 de abril de 2019. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 12 abr. 2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802839520&dt\\_publicacao=12/04/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802839520&dt_publicacao=12/04/2019)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 26.718/SP. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 1º de setembro de 2009. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 8 set. 2009. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200800792906&dt\\_publicacao=08/09/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800792906&dt_publicacao=08/09/2009)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.127/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 15 de outubro de 2015. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.229/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19 de fevereiro de 2020. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=6229&numProcesso=6229>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Plano. Mandado de segurança nº 22.503/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 de maio de 1996. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 6 jun. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85766>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação declaratória de constitucionalidade nº 3. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 2 de dezembro de 1999. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 9 maio 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=882>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.029/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 8 de março de 2012. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.350/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 23 de outubro de 2014. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 3 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393783>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.012/DF. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 16 de março de 2017. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 1º fev. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14274790>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.127/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 15 de outubro de 2015. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.135/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 9 de novembro de 2016. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 7 fev. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.468/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 30 de junho de 2016. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269137>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.357/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de março de 2013. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 26 set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.425/DF. Relator: Min. Ayres Brito. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de março de 2013. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental em mandado de segurança nº 33.705/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 3 de março de 2016. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 29 mar. 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10576932>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental em mandado de segurança nº 34.722/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 20 de setembro de 2019.

**Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 7 out. 2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751069334>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança nº 24.041/DF. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 29 de agosto de 2001. **Portal do Supremo Tribunal**

**Federal**, Brasília, 11 abr. 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86075>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança nº 20.257/DF.

Relator: Min. Décio Miranda. Redator do acórdão: Min. Moreira Alves. Brasília, 8 de outubro de 1980. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27 fev. 1981. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança nº 22.503/DF.

Relator: Min. Mar Aurélio. Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 8 de maio de 1996. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 6 jun. 1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85766>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança nº 23.452/RJ.

Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 12 maio 2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança nº 32.033/DF.

Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 20 de junho de 2013. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 18 fev. 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.885/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27 de junho de 2018. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 1º ago. 2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750320472>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.498/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min.

Teori Zavascki. Brasília, 14 de abril de 2016. **Portal do Supremo Tribunal Federal**,

Brasília, 11 maio 2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12872463>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 378/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, 17 de dezembro de 2015. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 8 mar. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Segunda Seção. Apelação cível nº 0055470-22.1998.4.01.0000. Relator: Juiz Saulo Casali. Brasília, 23 de março de 2000. **Portal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 19 maio 2000. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=199801000575580&pA=199801000575580&pN=554702219984010000>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Vice-Presidência. Agravo nº 0013814-09.2008.4.02.0000. Relatora: Des. Vera Lúcia Lima. Rio de Janeiro, 8 de março de 2010. **Portal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:YUG5xvF\\_KdgJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108810/1/102/255532.rtf+&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&access=p&oe=UTF-8](https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:YUG5xvF_KdgJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108810/1/102/255532.rtf+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Décima Primeira Turma. Apelação criminal nº 0002117-69.2013.4.03.6181/SP. Relator: Des. Fausto de Sanctis. São Paulo, 27 de fevereiro de 2018. **Portal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6634062>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Primeira Turma. Apelação civil nº 0013801-40.2013.4.03.6100. Relator: Des. Wilson Zauhy. São Paulo, 26 de junho de 2018. **Portal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, 5 jul. 2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6947008>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Terceira Turma. Remessa “ex officio” em ação cível nº 2003.71.12.006985-9. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2005. **Portal da Justiça Federal da 4ª Região**, 23 fev. 2005. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200371120069859&dataPublicacao=23/02/2005](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200371120069859&dataPublicacao=23/02/2005)>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2018.



COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. O devido processo legislativo na jurisprudência do STF. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 10, n. 3, set./dez. 2015.

DEL NEGRI, André. A inconstitucionalidade da vedação de fiscalidade jurisdicional no devido processo legislativo brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 50, p. 98-107, jan.-mar. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ESTATÍSTICA. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Jurisprudência, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

JURISPRUDÊNCIA do STJ. Versão 1.0.247. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 2020a. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

JURISPRUDÊNCIA unificada. **Portal do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, 2020b. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

JUST, Gustavo. Guinada interpretativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTEIRO NETO, José Trindade. **Juros e correção monetária nas condenações judiciais contra a Fazenda Pública: inconstitucionalidade formal e material do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97**. 2016. Monografia (Graduação)—Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

PESQUISA de jurisprudência. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Edição digital (e-book).

ROCHA, Raquel Machado. **Com a palavra a oposição: a obstrução como recurso para se fazer ouvir**. 2009. 56 f. Monografia (Especialização em Processo Legislativo)—Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2009.