



UFRRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL
DO RIO DE JANEIRO

IEC
INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

RDPCC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ

Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, IEC



RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 02 | Volume nº 02 | Edição Nº 02 | Jan/Jun 2017

Año nº 02 | Volumen nº 02 | Edición Nº 02 | Julio/Diciembre 2017

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Editores-Chefes | Editores-Jefes:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Amanda Pinheiro Nascimento

Camila Pontes da Silva

Jonathan Mariano

Gabriela Rabelo Vasconcelos

Thiago Alemão

Diagramação | Diagramación:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Revista de Direito Público Contemporâneo
Revista de Derecho Público Contemporáneo
Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional
International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Italia.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Chile.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilla.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional
National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares,
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP,
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alex Assis de Mendonça, A faculdade de economia e finanças Ibmec, IBMEC, Rio de Janeiro, RJ,
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Alex Cavalcante Alves, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil
Sra. Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos, Pontifícia Universidade Católica, PUC-RJ,
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG,
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, RJ,
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Paulo Roberto dos Santos Corval, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica PUCSP, São Paulo, SP,
Sr. Victor Aguiar Jardim de Amorim, Instituto de Direito Público, Brasília Brasil., Brasil
Tatiana Vieira de Moraes, Brasil
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Editores-Chefes | Editor-in-Chief

Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Sumário:

APRESENTAÇÃO	006
Emerson Affonso da Costa Moura	
O SINDICALISMO CONTEMPORÂNEO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - THE CONTEMPORARY SYNDICALISM IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW	007
Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazan	
DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM	032
Paulo Ricardo Schier	
ARMADILHAS NO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO EM CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS	060
Paulo Ricardo Schier	
A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DO USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	074
Cássio de Lima Lopes	
DILEMAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL: DA EXPECTATIVA DOS TRATADOS AO FUROR LEGISLATIVO INTERNO	100
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso	
EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO PERDIDA. (ANÁLISE CRÍTICO-DOGMÁTICA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	116
Danilo Nascimento Cruz	
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL	136
Bleine Queiroz Caúla, Francisco Lisboa Rodrigues	
A REDEMOCRATIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR E A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL	152
Felipe Santos Ferreira, Clara Cardoso Machado Jaborandy e Liziane Paixão Silva Oliveira	
O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DO TENSO E FRÁGIL EQUILÍBRIO ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	174
Antonio Celso Baeta Minhoto e Wallace Ricardo Magri	

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Resumen:

PRESENTACIÓN	006
Emerson Affonso de la Costa Moura	
EL SINDICALISMO CONTEMPORÁNEO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO - EL CONTEMPORARY SYNDICALISM EN EL DEMOCRATIC STATE OF LAW	007
Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazan	
DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM	032
Paulo Ricardo Schier	
ARMADILLAS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS	060
Paulo Ricardo Schier	
LA INCIDENCIA DEL ICMS SOBRE LAS TARIFAS DEL USO DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	074
Cássio de Lima Lopes	
DILEMAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: DE LA EXPECTATIVA DE LOS TRATADOS AL FUROR LEGISLATIVO INTERNO	100
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso	
EN BUSCA DE LA FUNDAMENTACIÓN PERDIDA. (ANÁLISIS CRÍTICO-DOGMÁTICO AL PROCEDIMIENTO CIVIL BRASILEÑO	116
Danilo Nascimento Cruz	
EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL	136
Bleine Queiroz Caúla, Francisco Lisboa Rodrigues	
LA REDEMOCRATIZACIÓN DE LA POLÍTICA MILITAR Y LA (IN) EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN BRASIL	152
Felipe Santos Ferreira, Clara Cardoso Machado Jaborandy e Liziane Paixão Silva Oliveira	
EL ACTIVISMO JUDICIAL EN TAZA Y FRÁGIL EQUILIBRIO ENTRE INCLUSIÓN SOCIAL Y LIBRE-INICIATIVA: EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y SU INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO ECONÓMICO	174
Antonio Celso Baeta Minhoto e Wallace Ricardo Magri	

ARMADILHAS NO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO EM CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS *

TRAPS DUE TO LEGISLATIVE PROCESS IN DEMOCRATIC CONTEXTS

Paulo Ricardo Schier⁵⁵

RESUMO: As reflexões no que tange ao devido processo legislativo em contexto democrático a partir da relação entre direitos fundamentais e democracia, não o seu aspecto tensional mas, antes, o seu aspecto complementar é o tema posto em debate.

PALAVRAS-CHAVES: Estado; Democracia; Princípio Majoritário; Direitos Fundamentais; Devido processo legislativo.

ABSTRACT: Reflections on the due legislative process in a democratic context based on the relationship between fundamental rights and democracy, not their tensional aspect, but rather their complementary aspect is the subject of debate.

KEYWORDS: State; Democracy; Majority Principle; Fundamental rights; Due to legislative process.

*. Texto apresentado para a *V Jornadas Latinoamericanas de Derechos Fundamentales*, realizadas em Santiago do Chile, entre 16 e 18 de Outubro de 2018 – Universidad de Talca, e decorre de um pequeno recorte do Projeto de Pesquisa desenvolvido no contexto do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. O projeto global analisa como arranjos, práticas e instituições legais podem servir de limite ao processo deliberativo amplo e legítimo.

⁵⁵ Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação e mestrado, da UniBrasil, e do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Convidado da Universidade de Wroclaw (Polônia). Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia - CNPq. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná. Advogado militante. pauloschier@uol.com.br

É comum, dentre as diversas tradições que estudam o fenômeno do Estado Democrático de Direito, a constatação de existência de fortes vínculos entre direitos fundamentais e democracia. E em tal seara autores tão diversos como Robert Alexy⁵⁶, Konrad Hesse⁵⁷, Vieira de Andrade⁵⁸, Canotilho⁵⁹, Ingo Sarlet⁶⁰ e Perez-Luño⁶¹, dentre outros, insistem que é preciso o desenvolvimento de teorias constitucionais concretas, voltadas a uma experiência historicamente situada, com a finalidade de desenvolver uma dogmática adequada para responder as demandas específicas da sociedade. Nada obstante a propagação cada vez mais intensa deste tipo de pensamento, parece certo que a existência também de algum consenso em relação a necessidade de um constitucionalismo chamado de *adequado, concreto* ou *estatalista* não impede que se reconheça que grande parte dos problemas constitucionais, bem como de seus valores, alcançou uma dimensão global.

Não é sem razão que Bruce Ackerman⁶², referindo-se a aceitação generalizada de alguns princípios políticos, admite a existência de um "constitucionalismo mundial". Horst Dippel, através de leitura histórica, enuncia catálogo de princípios que caracterizariam, em plano mundial, o constitucionalismo moderno⁶³. No Brasil, embora assumindo postura crítica, José Eduardo Faria descreve o processo de universalização de alguns valores do constitucionalismo como forma de legitimação genérica do sistema político⁶⁴.

Nesta seara, dentre os valores que hegemonicamente costumam aparecer na pauta do constitucionalismo ocidental como dotados de universalidade despontam os *direitos fundamentais e a democracia*.

Deveras, no mundo atual o reconhecimento constitucional de um rol mais ou menos extenso de direitos fundamentais é fenômeno facilmente constatável⁶⁵, sendo possível afirmar o mesmo em relação à democracia, invocada em não poucas

⁵⁶. Alexy (2002), p. 27.

⁵⁷. Hesse (1998), p. 25-6.

⁵⁸. Andrade (2004), p. 37 e seguintes.

⁵⁹. Canotilho (1991), p. 506.

⁶⁰. Sarlet (2007), p. 75.

⁶¹. Perez-Luño (1988), p 26-7.

⁶². Ackerman (1997), p. 771-797.

⁶³. Dippel (2007), p. 10.

⁶⁴. Faria (1989), p. 11.

⁶⁵. Dippel (2007), p. 23-35.

constituições, mesmo antidemocráticas, como elemento de legitimação do poder⁶⁶. Não sem razão, aliás, pensadores de tradições teóricas distintas sustentam que os direitos fundamentais integram o cerne do constitucionalismo moderno⁶⁷. Os direitos fundamentais, não raro, são apontados como integrantes do núcleo principal das atuais constituições⁶⁸, que teriam se desenvolvido exatamente como instrumentos de tutela desses direitos⁶⁹.

Ao mesmo tempo em que não há grande divergência na afirmação de que *direitos fundamentais* e *democracia* assumiram uma dimensão mundial, parece também existir um concerto amplo no sentido de se reconhecer uma relação necessária entre esses valores. Carlos Bernal Pulido, neste sentido, leciona que “os direitos fundamentais representam, sem lugar para dúvidas, a coluna vertebral do estado constitucional. Igualmente ao seu antecessor, o estado liberal, o estado constitucional não se propõe como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para que os indivíduos desfrutem de seus direitos na maior medida possível. Por isso os direitos fundamentais são a base do estado constitucional, o motor de sua ação e também o seu freio”⁷⁰. Hans Peter Schneider, de modo mais incisivo, chega ao ponto de se sustentar que sem uma tutela adequada dos direitos fundamentais não existe democracia. Para este autor, “a democracia pressupõe os direitos fundamentais da mesma forma que, ao contrário, os direitos fundamentais só podem adquirir sua plena efetividade em condições democráticas”⁷¹.

Se a correlação entre direitos fundamentais e democracia é um dado inafastável, por certo não se pode daí concluir que o diálogo entre eles seja sempre harmônico. Existe nesta relação também um campo conflitual.

Nos países em que se admite a supremacia da constituição escrita⁷², onde existem mecanismos de controle de constitucionalidade e nos quais este controle pode se desenvolver numa perspectiva substancial, tomando-se como paradigma algum núcleo axiológico mais ou menos rígido, é comum a emergência de tensões entre direitos fundamentais e democracia. Observe-se que Robert Alexy, ao admitir

⁶⁶. Loewentein (1976), p. 218-222.

⁶⁷. Schneider (1991), p. 17.

⁶⁸. Schier (2005), p. 11-14.

⁶⁹. Novais (1987), p. 16-17.

⁷⁰. Pulido (2006), p. 13.

⁷¹. Schneider (1991), p. 19.

⁷². Pace & Varella (1995), p. 115-129.

três possibilidades para contemplar as relações entre direitos fundamentais e democracia, fazendo referência à concepção que ele designa como *realista*, afirma que a existência de proteção aos direitos fundamentais é uma experiência ao mesmo tempo profundamente democrática e antidemocrática. Democrática porque asseguram o desenvolvimento da democracia e de suas condições de deliberação e, antidemocrática, porque desconfia do processo democrático ao retirar, do plano deliberativo das maiorias, a possibilidade de algumas decisões ou ações⁷³.

Para o contexto do presente estudo interessa, de forma mais próxima nessa relação entre direitos fundamentais e democracia, não o seu aspecto tensional mas, antes, o seu aspecto complementar. Ou seja, a leitura decorrente de determinada linha procedimentalista (mas não exclusivamente) que compreende que direitos fundamentais são pressupostos da democracia, do processo deliberativo, e que portanto não existe aí necessariamente tensões. Nessa linha, sem a satisfação de determinados pressupostos (expressos mediante direitos fundamentais), não haveria que se falar em democracia.

Importantes pensadores que seguem essa perspectiva, como é o caso de Robert Dahl⁷⁴, reconhecendo que existem níveis diferentes de desenvolvimento no processo democrático, a depender do grau de satisfação dos pressupostos deliberativos, defende que há níveis diferentes de democracias e, a partir de então, constrói a categoria de poliarquia para se referir a Estados em que sejam garantidos, em nível constitucional, pelo menos a existência de (i) funcionários eleitos, (ii) eleições livres, justas e frequentes, (iii) liberdade de expressão, (iv) fontes de informação diversificadas, (v) autonomia para as associações e (vi) cidadania inclusiva⁷⁵. E nesse contexto todos os arranjos, práticas e instituições voltados para possibilitar o exercício de tais direitos estariam, também, incluídos dentre os pressupostos da democracia.

É certo que esse tipo de leitura tem a sua relevância. Mas também tem as suas limitações. Tem importância porque reconhece, no nível da institucionalização constitucional, a necessidade de garantia, como se disse, de uma ampla gama de direitos fundamentais. Todavia apresenta também uma série de limitações.

⁷³. Alexy (2003), p. 37-38. Na mesma linha: Sanchís (2003), p. 124.

⁷⁴. Dahl (2009), p. 97-100.

⁷⁵. Dahl (2015), p. 39 e seguintes.

Isso porque a história das instituições costuma apontar que uma compreensão adequada do processo de institucionalização não pode ser limitada, exclusivamente, a um único nível de normatividade⁷⁶. Muitas vezes instituições constitucionais que são criadas para fomentar debate ou incremento do processo deliberativo sofrem, no plano das leis ou mesmo dos atos administrativos, sérias restrições procedimentais (nem sempre proporcionalmente justificadas) que funcionam como verdadeiros óbices à obtenção de uma adequada decisão pública⁷⁷.

Exemplos não faltam na experiência constitucional brasileira e mundial. No contexto da Constituição Federal de 1988 tem-se a previsão, ao menos em abstrato, de todos os requisitos daquilo que Robert Dahl chamaria de poliarquia. No campo do processo legislativo, inclusive, a Constituição do Brasil regula, de modo normalmente razoável, os procedimentos de tomada de decisão em suas diversas fases de iniciativa (inclusive com a possibilidade de participação popular, mas com forte poder de agenda conferido ao Presidente da República), discussão/deliberação, sanção ou veto, promulgação e publicação. A regulação desse complexo processo, que engloba a edição de um número bastante amplo de espécies normativas legislativas (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções legislativas) e administrativas (decretos presidenciais, regulamentos, portarias, instruções normativas etc.), prevê procedimentos que, por tradição, possibilitam deliberação adequada com mecanismos de agenda, veto, debates, propositura e suspensão de momentos adequados de decisão, participação popular, controles jurídicos e sociais e publicização.

Todavia quando se analisa, com calma, a regulamentação institucional infraconstitucional – como é o caso, por exemplo, dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional -, verifica-se a existência de mecanismos que distorcem a lógica deliberativa. Dentre tantos que poderiam ser enumerados cite-se, aqui, o mecanismo do pedido de “urgência urgentíssima” (que limita o prazo para as deliberações, retira os projetos de leis dos estudos das comissões e de seu tempo normal de tramitação colocando-os para votação

⁷⁶. Santos (1999), p. 67.

⁷⁷. Hall & Taylor (2003), p. 8-9.

imediatamente, sem os devidos estudos e sem possibilitar a reação da imprensa, da opinião pública e da oposição, fazendo-os ser votados em regime de “comissão geral”) ou o mecanismo do “voto de liderança” (sistema de votação em que o líder de um determinado Partido Político vota em seu nome e de todos os demais membros da associação – por exemplo: se o partido possui 90 cadeiras na Câmara dos Deputados e decide-se pelo voto de lideranças, o voto do líder vale por todos os demais, garantindo-se fidelidade partidária, por um lado, mas retirando a possibilidade dos dissensos internos e de uma adequada reflexão sobre determinadas matérias).

Em ambos os exemplos o que se percebe é que, não raro, embora no nível constitucional existam instituições que regulamentam adequadamente o processo decisório, a institucionalidade no plano legal e administrativo funcionam como óbices ao seu efetivo funcionamento. No Brasil tornou-se célebre o caso no qual, seguindo-se os procedimentos constitucionais adequados, o Congresso Nacional rejeitou proposta de emenda constitucional em que se pretendia diminuir a maioria penal. Enquanto a imprensa preparava a divulgação da notícia e a sociedade civil comemorava a vitória, mediante manobra regimental colocou-se a matéria novamente em debate e votação, sem a atenção do grande público, garantindo-se a aprovação da diminuição da maioria penal.

Outro caso, que se manifestou especialmente no âmbito de um dos Estados da Federação (Estado do Paraná), dizia respeito a uma alteração bastante intensa no regime de previdência dos professores e funcionários públicos, inclusive com autorização para que o Governador pudesse sacar o dinheiro depositado no sistema para gastos gerais do Estado. A proposta gerou grande revolta e reação popular. Houve forte mobilização e movimentos grevistas. Havia, também, prazo suficiente para as reações dos movimentos sociais, que estavam conseguindo reverter a opinião dos deputados tendo em vista a ampla repercussão da sociedade. Apesar disso, invocando instituto regimental – sem previsão constitucional – colocou-se o projeto de lei em regime de comissão geral (“urgência urgentíssima”). A partir de então todos os prazos de tramitação do projeto de lei foram suspensos. Dispensou-se a análise dos estudos específicos formulados dentro das Comissões Parlamentares. O Parlamento passou a funcionar em regime de Comissão de Geral e, dessa forma, o projeto de lei que deveria ser votado em cerca de mais 10 dias, foi votado imediatamente,

impedindo o debate, a reflexão, o acesso a adequada informação e a reação dos movimentos sociais e da imprensa.

Outro fenômeno que pode servir como exemplo perfeito do que se pretende demonstrar, no campo da institucionalidade infralegal brasileira, é o das chamadas normas de contrabando, também conhecidas como normas viajantes ou normas “de carona”. Trata-se de fenômeno bastante comum no Brasil e com manifestações abundantes. São comuns nos chamados projetos de lei de conversão de medidas provisórias e em legislações aprovadas nos últimos dias da sessão legislativa (equivalente, no Brasil, ao ano legislativo e, portanto, trata de votações nos últimos dias antes do Parlamento ingressar em recesso).

Por imposição constitucional o Parlamento, antes de entrar em recesso e para que isso possa ocorrer, deve obrigatoriamente aprovar determinadas leis e medidas que não podem ficar com discussão pendente para o próximo ano legislativo. Normalmente são matérias que dizem respeito a questões orçamentárias, fixação de remuneração de determinados cargos políticos (que devem ser fixados com antecedência por imposição constitucional), aprovação de relatórios – por exemplo, de comissões parlamentares de inquérito – que não podem ser transferidos para outra legislatura etc. Essas pautas obrigatórias geram, nos últimos dias de trabalho, uma sobrecarga de projetos de leis que devem ser debatidos e aprovados (ou eventualmente rejeitados) Como não há mais tempo hábil para que todas essas matérias e projetos caminhem em velocidade normal, passando por todas as comissões e por todas as fases de discussão, críticas ou reflexões, eles passam a tramitar no regime de “urgência urgentíssima”, antes referido, formando-se a Comissão Geral. Isso acontece com um número muito elevado de projetos. Tendo em vista a falta de tempo (véspera de recesso obrigatório), a quantidade de matérias que devem ser votadas (por exigência constitucional), somando-se a isso a falta de atenção da opinião pública (não raro, pelo período do ano, já voltada para festejos natalinos e férias), aprovam-se quase todas as propostas mediante votação simbólica (por aclamação) ou voto de lideranças. A imensa maioria dos parlamentares não têm conhecimento, exatamente, sobre os detalhes daquilo que se está deliberando. E é isso que viabiliza as normas de contrabando.

Elas consistem em determinadas normas que são inseridas, de modo clandestino, escondidas, em projetos de lei em relação aos quais não guardam qualquer tipo de pertinência temática. Vota-se a aprovação, por exemplo, de medida legislativa relevante em que se aprovam os limites remuneratórios de determinado cargo público e em seu texto - normalmente nas disposições finais, de natureza geral (“normas gerais”) -, aprovam-se também isenções fiscais, perdões de dívidas de grandes devedores e assim por diante.

Exemplo relevante ocorreu no caso do Projeto de Lei de Conversão n. 13/2012, relativo à Medida Provisória n. 559/12, de 5 de março de 2012. Tratava-se de Medida Provisória editada pelo Presidente da República com o objetivo de autorizar as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás a adquirir participação em outra empresa (Celg Distribuição S.A). Contudo, no momento da conversão dessa medida provisória em lei, aprovou-se também, via contrabando, em seu texto, sem que existisse qualquer pertinência temática, o chamado RDC (Regime de Contratação Diferenciado), voltado especialmente para as obras da Copa do Mundo (Lei n. 12.462/2011).

Marco Aurélio Marrafon⁷⁸, em estudo sobre o tema, também denuncia diversos casos de contrabando na Medida Provisória n. 627/2013. Referida Medida Provisória tratava, especialmente, de algumas modificações em matéria de legislação tributária.

De acordo com Marrafon, “tendo recebido ao todo 516 propostas de emenda, o relator, Deputado Federal Eduardo Cunha, líder do PMDB, recomendou o acolhimento integral de 33 emendas e parcial de 26 emendas, grande parte com matérias alheias à temática de origem. Sem meias palavras, ele mesmo reconheceu que a partir do artigo 93, foram feitos alguns ajustes, assim como inclusões de temas não tratados na Medida Provisória, mas objeto de emendas ou demandas da sociedade, tais como o fim da taxa cobrada pela Ordem dos Advogados do Brasil, o chamado ‘Exame da Ordem’”. Nessa lógica, continua o estudo, “foram incluídos inúmeros dispositivos, com conteúdo absolutamente sem pertinência com o objetivo inicial da MP. Dentre eles o disposto no artigo 101, estabelecendo que o descumprimento dos dispositivos previstos na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, bem como dos contratos firmados entre operadoras e usuários de planos privados de

⁷⁸. Marrafon (2014), p. 2.

assistência à saúde teriam suas multas drasticamente reduzidas por meio do estabelecimento de um teto. Na prática, o contrabando permite que fossem pagas apenas duas multas caso fossem aplicadas 50, causando prejuízos aos usuários do sistema e à própria atividade fiscalização da Agência Nacional de Saúde (ANS). Ora, trata-se de verdadeira anistia das multas aplicáveis aos planos de saúde, representando, segundo dados do Ministério da Saúde publicados pela imprensa, um perdão de cerca de 2 bilhões às operadoras privadas que descumprem suas obrigações contratuais e legais”⁷⁹. Assim o Projeto de Lei de Conversão seguiu para o Senado federal onde foi aprovado com a mesma redação da Câmara dos Deputados, mormente tendo em vista a “falta de tempo adequado para apreciar a matéria”.

Esses casos citados não substanciam o que se poderia chamar de exceções mas, antes, experiências recorrentes no processo legislativo brasileiro. E eles chamam a atenção para aspectos que podem induzir a uma série de reflexões cruciais que, no presente texto, serão apresentadas apenas a título provocativo.

A) Em relação aos exemplos enunciados está-se diante de normas jurídicas que, em tese, foram submetidas legitimamente ao processo legislativo e, atendendo a todos os procedimentos deliberativos, foram aprovadas e ingressaram no ordenamento jurídico. As regras constitucionais formais para aprovação foram respeitadas. As regras regimentais (internas ao Parlamento) igualmente foram respeitadas. Dificilmente o Poder Judiciário conseguiria, mediante simples análise procedimental, determinar a inconstitucionalidade dessas normas, principalmente porque, no Brasil, os Tribunais não costumam analisar a legitimidade procedimental na tramitação interna de projetos de lei (após a tramitação o controle ocorre) por entender que se trata de uma questão de interesse meramente “interna corporis”.

B) Por outro lado, parece evidente que existem vícios graves em tais processos decisórios. Os projetos tramitaram de acordo com os procedimentos, foram votados e aprovados. Contudo está-se diante de situações em que o vício deliberativo não decorre, exatamente, do nível institucional constitucional, mas dos campos legislativos e administrativos, que regulam o segundo plano, mais concreto e interno, dos aspectos procedimentais. Algo muito parecido ocorre no âmbito do Poder

⁷⁹. Marrafon (2014), p. 3.

Judiciário brasileiro, onde as regras processuais, normalmente, são dotadas de elevada carga de racionalidade, permitindo forte controlabilidade, mas a adoção de um procedimento decisório interno no modelo seriático acaba prejudicando a efetiva deliberação e criando “tribunais-ilhas” (em que cada magistrado apresenta seu voto sem dialogar efetivamente com os demais e chega-se a uma decisão não por convencimento mas por simples maioria, não raro formada a partir de argumentos díspares e contraditórios entre si). O problema do déficit de racionalidade decisória, nesses casos (tanto nos tribunais como nos parlamentos), fica subjacente a planos institucionais menores, arraigados na cultura, tradicionais, normalizados, mas que funcionam como verdadeiros inimigos ocultos do processo democrático.

C) Se é certo, portanto, que a racionalidade democrática possui inimigos históricos de peso – e que merecem sempre constantes e renovadas atenções -, não é possível por isso deixar de lançar olhos àqueles inimigos ocultos, incorporados até mesmo em procedimentos tradicionais e aparentemente tidos como naturais nos processos decisórios internos. Afinal, os procedimentos podem garantir que as partes falem, mas não garantem que sejam ouvidas; podem garantir que haja discussão, mas não que haja convencimento; podem garantir que a oposição se manifeste, mas lhe seja recusado tempo hábil para tal; pode garantir que projetos de lei sejam aprovados, mas não necessariamente decididos!

D) A democracia, efetivamente, há de se voltar contra os absolutismos, os totalitarismos, as ditaduras, os fundamentalismos, os fascismos, as reduções e supressões de direitos fundamentais, os chamados capitalismo sem regras, as oligarquias ou os regimes de guardiania. Mas sem dúvida não pode também deixar de lançar seu olhar para outras direções. Aspectos culturais (que não foram objeto e nem mencionados nesse breve estudo) e procedimentos decisórios institucionalizados em sede infraconstitucional e até mesmo infralegal podem servir como poderosos agentes imunizadores de uma racionalidade efetivamente deliberativa, principalmente porque, sob o pretexto de fomentar decisões democráticas e legítimas, apenas criam uma aparência de deliberação.

E) Esses problemas, fenômenos e instituições demandam atenção especial. No plano do processo legislativo, por exemplo, a teoria brasileira, mui recentemente, tem começado a desenvolver a ideia de necessidade de um “devido

processo legislativo” como tentativa de sensibilizar os operadores do direito de que não basta simples respeito às regras procedimentais institucionalizadas, mas que se deve exigir também que o procedimento imponha a devida motivação e discussão, que imponha levar em conta todos os argumentos colacionados no debate, respeito aos prazos, garantia efetiva de publicização e de direito de reação das oposições e da opinião pública etc. Do contrário o procedimento deliberativo é mero engodo. Ana Paula de Barcellos⁸⁰, com atenção especialmente dirigida para a necessidade de controle da motivação determinante da apresentação de novas normas, tem sustentado a categoria do devido procedimento na elaboração normativa, agregando importantes aspectos e questões substanciais que devem incidir no procedimento. O mesmo tipo de tese já se via circular no Brasil, em certa medida e com outros contornos, em estudos de Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho⁸¹ ou de Cláudio Pereira de Souza Neto⁸². As teses centrais, em última análise, seguem no sentido de que os aspectos procedimentais do processo decisório não podem ser considerados numa perspectiva meramente procedimental mas, sim – o que sempre considerado óbvio no campo da teoria deliberativa mas nem sempre é ou foi levado em conta nos procedimentos concretos -, devem agregar a análise de aspectos substanciais no que tange com a efetiva racionalização das decisões.

F) O desrespeito, destarte, ao devido processo legislativo, em uma compreensão que transcende elementos meramente procedimentais e que incorpora efetivamente elementos substanciais, tem se mostrado, em diversos lugares e com roupagens diversas, verdadeiro inimigo interno das democracias, permitindo não a vitória dos melhores argumentos, das melhores razões, mas de interesses corporativos, clientelistas, patrimonialistas ou personalistas, de todo incompatíveis com a racionalidade pública e democrática.

⁸⁰. Barcellos (2016), p. 91 e seguintes.

⁸¹. Marrafon & Robl Filho (2015), p. 235 e seguintes.

⁸². Souza Neto (2006), cap. 3.

REFERÊNCIAS

Ackerman, Bruce (1997). *The rise of world constitucionalism* (In: Virginia Law Review, n. 83).

Alexy, Robert (2002). *Teoria de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzon Valdés. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Alexy, Robert (2003). *Los derechos fundamentales em El estado constitucional* (In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Torino: Editorial Trota, 2003).

Andrade, José Carlos Vieira de (2004). *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976* (3ª edição, Coimbra, Almedina).

Barcellos, Ana Paula de (2016). *Direitos fundamentais e direito à justificativa – devido procedimento na elaboração normativa* (Belo Horizonte: editora Fórum).

Canotilho, J. J. Gomes (1991). *Direito constitucional* (5ª ed., Coimbra, Almedina).

Dahl, Robert (2009). *Sobre a democracia* (Traducc. Beatriz Sidou, Brasília, editora Universidade de Brasília).

Dahl, Robert (2015). *Poliarquia* (traducc. Celso Mauro Paciornik, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo).

Dippel, Horst (2007). *História do constitucionalismo moderno* (Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian).

Faria, José Eduardo (1989). *O Brasil pós-constituente* (São Paulo, Graal).

Hall, Peter A. & Taylor, Rosemary C. R (2003). *As três versões do neo-institucionalismo*. (In: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>).

Hesse, Konrad (1998). *Elementos de direitos constitucional da República federal da Alemanha* (Traducc. Luis Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor).

Loewenstein, Karl (1976). *Teoria de la constitución* (Barcelona, Ariel).

Marrafon, Marco Aurélio & ROBL FILHO, Ilton Norberto (2013). *Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito* (In: Novelino, Marcelo & Fellet, André. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podivm).

Marrafon, Marco Aurélio (2014). Contrabando que anistia planos de saúde é inconstitucional (In: Consultor Jurídico, at <https://www.conjur.com.br/2014-mai-05/constituicao-poder-contrabando-anistia-planos-saude-inconstitucional>, acessado em 08 de setembro de 2018).

Novais, Jorge Reis (1987). *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito* (Coimbra, Coimbra).

Pace, Alessandro & Varela, Joaquin (1995). *La rigidez de las constituciones escritas* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

Perez-Luño, Antonio E (1988). *Los derechos fundamentales* (3^o ed., Madrid, Tecnos S.A.).

Pulido, Carlos Bernal (2006). *Prefácio à obra Três escritos sobre los derechos Fundamentales* (In: Alexy, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

Sanchís, Luis Prieto (2003). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Torino: Editorial Trotta, 2003).

Sarlet, Ingo Wolfgang (2007). *A eficácia dos direitos fundamentais* (7^a Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado).

Santos (1999), Fabiano. *Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil* (In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 42, n. 1).

Schier, Paulo Ricardo (2005). *Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado* (Rio de Janeiro, Lúmen Júris).

Schneider, Hans Peter (1991). *Democracia y constitucion* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

Souza Neto, Claudio Pereira de (2206). *Teoria constitucional e democracia deliberativa – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática* (Rio de Janeiro, Renovar).