

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ORLANDO MAGALHÃES MAIA NETO

Processo legislativo, questões de ordem e precedentes: interpretação e aplicação das normas regimentais no Senado Federal

Dissertação apresentada como requisito parcial de aprovação no Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), sob a orientação do Professor Doutor Rafael Silveira e Silva.

BRASÍLIA

2023

ORLANDO MAGALHÃES MAIA NETO

**Processo legislativo, questões de ordem e precedentes: interpretação e aplicação das
normas regimentais no Senado Federal**

Banca Examinadora:

Professor Doutor Rafael Silveira e Silva – Orientador

Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco – Avaliador

Professor Doutor Leonardo Augusto de Andrade Barbosa – Avaliador

Professor Doutor Victor Marcel Pinheiro – Avaliador

Brasília, DF

2023

Código de catalogação na publicação – CIP

M217p Maia Neto, Orlando Magalhães

Processo legislativo, questões de ordem e precedentes: interpretação e aplicação das normas regimentais no Senado Federal. / Orlando Magalhães Maia Neto. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.
173 f.

Dissertação - Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Silva e Silveira.

1. Processo Legislativo. 2. Lei Precedentes. 3. Questão de Ordem. 4. Senado Federal I.Título

CDDir 341.2515

AGRADECIMENTOS

Agradeço, muito encarecidamente, ao Professor Rafael Silveira e Silva, cuja orientação valiosa guiou este trabalho, desde a escolha de seu tema. Foi um privilégio testemunhar de perto o rigor, a excelência e o comprometimento acadêmicos do Professor Rafael, os quais ele combina com toda lhanza e abertura para o diálogo.

Devo agradecer também, ainda no campo acadêmico, aos Professores Paulo Gustavo Gonet Branco, Leonardo Augusto de Andrade Barbosae Victor Marcel Pinheiro, pelas observações enriquecedoras que fizeram na avaliação desta dissertação. A trajetória de ambos, já inspiradora, traduziu-se em contribuições decisivas para a sequência da minha vida acadêmica.

Registro a gratidão profunda aos colegas e servidores do Senado Federal, o que faço nas pessoas de Gustavo Afonso Sabóia Vieira, Secretário-Geral da Mesa, Ivan Furlan Falconi, Secretário-Geral Adjunto, Victor Marcel Pinheiro, Coordenador da Assessoria Técnico-Legislativa, bem como de todos os meus colegas de ATLSGM. Aprendo, todos os dias, com a elevada competência e o máximo envolvimento cívico que todos eles depositam na condução técnica do processo legislativo no Senado Federal. Eventual mérito desta dissertação encontrará, no convívio com eles, parte significativa de sua causa.

Não é diferente o sentimento que dirijo aos sócios e colegas de escritório de advocacia, aqui representados por Carlos Ayres Britto e Marcelo Montalvão Machado. Com eles, aprendi a “fazer do direito, mais do que um meio de vida, uma ótima razão de viver”. E nutri amizades raras, fundadas em sintonia, respeito e admiração.

À minha família, a gratidão de toda uma vida. São muitos, e todos, sem exceção, impulsionam-me e me fazem melhor, tomando parte decisiva em minhas conquistas. Não posso, porém, deixar de nominar alguns deles, a começar por Adalberto Moura, meu avô, meu céu, meu chão. Minha mãe, Ana Luzia, que sempre depositou em mim uma confiança fundamental para que eu pudesse ir atrás dos meus sonhos e objetivos – e não foi diferente no mestrado. Meu pai, José Roberto, pelo amor devotado. Minha irmã, Roberta, parceira em tudo e para tudo. Betânia, meu amor, cujo apoio e incentivo só não foram maiores, nesse processo, do que a leveza e a compreensão com que esteve ao meu lado. E a Inácio, meu filho, esse brilho maior de vida, amor e significância, que há oito meses me realiza, me encanta e me faz tirar o melhor de cada experiência vivida, inclusive desta.

RESUMO

O objetivo último desta dissertação é investigar, a partir de uma ótica dogmática, a eficácia dos precedentes formados em questões de ordem e outras decisões procedimentais tomadas pela Presidência e pelo Plenário do Senado Federal. Noutras palavras, trata-se de investigar se há algum papel dogmático para os precedentes que se formam pela aplicação desse mecanismo de controle parlamentar da juridicidade do processo legislativo (e da atividade parlamentar como um todo), que são, por excelência, as questões de ordem. Parte-se, para tanto, do traçado normativo e, notadamente, principiológico do processo legislativo brasileiro. Saber quais os princípios jurídicos que estruturam a prática processual-legislativa é algo que se torna, nesse contexto, uma tarefa fundamental, pois situa juridicamente o principal objeto de controle das questões de ordem e das decisões nelas proferidas, delimitando o espaço legítimo de autonomia procedimental do Poder Legislativo. A justificação normativa e as diretrizes interpretativas do processo legislativo constituem o fio condutor da elaboração normativa – e, por conseguinte, deste trabalho. Feita uma revisão sobre a natureza jurídica das normas regimentais das Casas legislativas, é a partir dessa arquitetura principiológica brasileira, e da compreensão da representação política como vínculo substantivo e permanente, que se examina a atividade de interpretação e aplicação das normas regimentais do Senado Federal. Antes, porém, é apresentado o conceito e a razão de ser da figura dos precedentes em geral. Cruzando-se, então os referenciais teóricos do processo legislativo e dos precedentes, afunila-se o trabalho para a análise do alcance e da vinculatividade (branda) dos precedentes no contexto parlamentar. Ao final, a prática decisória do Senado Federal, em matéria de procedimental, é ilustrada com a abordagem de casos ocorridos na 54ª e na 55ª Legislaturas.

Palavras-chave: Processo Legislativo; Precedentes; Questão de Ordem; Senado Federal

ABSTRACT

The ultimate objective of this dissertation is to investigate, from a dogmatic perspective, the legal effect of precedents in questions of order and other procedural decisions made by Brazilian Federal Senate's Presidency and Plenary. In other words, it is about investigating if there is a dogmatic role of precedents that are formed by the application of parliamentary control mechanisms of legal control in the legislative process (and in the parliamentary activity as a whole), which are, by excellence, the questions of order. Therefore, this work starts from the normative framework of the Brazilian legislative process. Knowing which legal principles structure the procedural-legislative practice is something that becomes, in this context, a fundamental task, on account of legally establishing the main object of control in questions of order and the decisions rendered therein, delimiting the legitimate space of Legislative Power's procedural autonomy. The normative justification and the interpretative directives of law-making process form the conducting wire of normative elaboration – and, consequently, of this dissertation. After reviewing the legal nature of regimental norms, this dissertation focus on the interpretative activity and the application of Senate's regimental norms, according to the constitutional principles of legislative process and to the comprehension of political representation as a substantive and permanent bond. Before, however, the concept of precedents in general is presented. Then, by crossing the theoretical references of legislative process and of precedents, the dissertation comes to an analysis of the reach and (soft) binding effect of precedents in the context of parliamentary practice. At the end, the decision-making practices of the Brazilian Senate, in procedural matters, is illustrated by the approach of concrete cases, occurred in its 54th and 55th Legislatures.

Keywords: Legislative Process; Precedents; Issues of Order; Brazilian Federal Senate

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACOES

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADPF – Arguição de Preceito Fundamental
- CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
- MS – Mandado de Segurança
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PEC – Proposta de Emenda  Constituição
- QO/SF – Questão de Ordem do Senado Federal
- RE – Recurso Extraordinário
- RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados
- RISF – Regimento Interno do Senado Federal
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO: TEORIA DOGMÁTICA, PERFIL NORMATIVO E ELEMENTOS PRINCIPOLÓGICOS.....	21
1.1. A elaboração legislativa como prática institucional processualizada: contributos e limitações da teoria geral do processo na matéria	21
1.2. O vínculo funcional entre representação política e devido processo legislativo	28
1.3. As três dimensões conceituais de devido processo legislativo	32
1.4. Os princípios constitucionais estruturantes do processo legislativo.....	38
2. A ORDENAÇÃO REGIMENTAL DO PROCESSO LEGISLATIVO.....	50
2.1. Antecedentes históricos: a afirmação jurídico-institucional dos parlamentos e o arcabouço teórico a ela subjacente	50
2.2. Perspectivas teóricas sobre a natureza jurídica das normas regimentais parlamentares.....	57
2.3. As diferentes abordagens jurisprudenciais do tema na Europa Continental: Espanha, Itália, França e Alemanha.....	68
2.4. O atual estado jurisprudencial do controle judicial do processo legislativo no Brasil	75
3. NOTA ADICIONAL SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS ATINENTES AO PROCESSO LEGISLATIVO: PENSAMENTO DE POSSIBILIDADES E A FLEXIBILIDADE NORMATIVA NO PRÓPRIO PLANO CONSTITUCIONAL.....	84
3.1. Contextualização	84
3.2. Os pontos centrais do pensamento de possibilidades	87
3.3. As ADPFs 661 e 663: teleologia e factualidade no centro do debate diretamente constitucional sobre processo legislativo.....	89
3.4. O esforço português para legitimar, inclusive judicialmente, as medidas governamentais de combate à pandemia	96
3.5. Conclusões parciais do Capítulo.....	101
4. PRECEDENTES DECISÓRIOS E SISTEMAS JURÍDICOS	105
4.1. Brevíssima nota sobre a trajetória histórica e institucional dos precedentes nos sistemas jurídicos ocidentais	105
4.2. Conteúdo e funcionalidade jurídicas e justificação normativa dos precedentes.....	112
5. PRECEDENTES, QUESTÕES DE ORDEM E DECISÕES PROCEDIMENTAIS NO SENADO FEDERAL	124
5.1. A vinculação branda a precedentes em questões de ordem e demais decisões procedimentais.....	124
5.2. Precedentes e prática decisória do senado federal: uma ilustração a partir de casos decididos na 54 ^a e na 55 ^a Legislaturas	148

CONSIDERAÇÕES FINAIS	160
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167

INTRODUÇÃO

Estupefação, surpresa, indignação, esses foram alguns dos sentimentos manifestados por senadores assim que o senador Demóstenes Torres, que presidia momentaneamente a sessão do dia 18/05/2005, anunciou o resultado de rejeição do Parecer nº 528/2005, cujo objeto residia na escolha de membro do Conselho Nacional de Justiça (no caso, do Sr. Alexandre de Moraes), nos termos combinados do inciso III do art. 52 e do § 2º do art. 103, ambos da Constituição Federal. Finalizada a votação e *aberto* o painel, a indicação contou com 39 (trinta e nove) votos favoráveis, número inferior à maioria absoluta constitucionalmente exigida. Seguiram-se, então, diversas manifestações “pela ordem”, nas quais se expressaram os sentimentos e as percepções referidas acima. O senador Ney Suassuna, por exemplo, “jurava que a aprovação seria por maioria simples”. O senador José Jorge, mais direta e resolutivamente, indicou que se deveria “suspender a votação”.

Foi quando o senador José Sarney propôs que o Plenário pudesse “repetir a votação, de modo a trazer para o Senado um clima de entendimento”. Argumentou, para tanto, que o Senado é uma Casa política, de modo que “o Regimento, muitas vezes, tem possibilitado que, nesses momentos, a Mesa tome uma decisão, desde que seja aprovada por todos os Líderes”.

O Presidente do Senado à época, Renan Calheiros, reassumindo o seu posto na condução da sessão e perfilando-se à postulação do senador José Sarney, invocou dois casos pretéritos em que teria ocorrido a repetição do processo de votação com a aquiescência da unanimidade dos Líderes: quando da indicação do Embaixador do Brasil na ONU e durante o segundo turno da “Emenda da Saúde, referente à CPMF”. A repetição da votação, nesses casos, teria decorrido da percepção de que “a vontade da Casa, o sentimento da Casa não era o de rejeitar, mas aprovar”.

Houve, entretanto, resistência e oposição a esse encaminhamento decisório. O senador Jefferson Péres foi contundente: “Penso que infringir o Regimento é sempre um mau precedente. Se houve dois ou três precedentes, isso não firma jurisprudência, a meu ver. Os maus precedentes não devem ser repetidos”. O senador Geraldo Mesquita Júnior sacramentou: “Se depender do voto da unanimidade dos senadores, lastimo. (...) vou votar contra”.

O Presidente Renan Calheiros, buscando reduzir a preocupação dos senadores com a possível formação de um precedente no sentido de repetir votações não inquinadas

de vício propriamente jurídico, argumentou que tudo dependeria da unanimidade da Casa: “Com a discordância de um Senador, não será levada adiante”, de modo que “[n]ão gera precedente, pois o precedente esbarrará sempre na unanimidade da Casa”. Nada se decidiu naquele momento, *recolhendo-se* a questão de ordem, o que, no jargão parlamentar, significa que o questionamento deixa de ser respondido de imediato, na própria sessão em que formulado.

Na semana seguinte, porém, o requerimento de repetição da votação (expediente sem base regimental ou constitucional, ao menos expressa) foi apreciado em Plenário, em votação realizada na modalidade simbólica. Registraram-se os votos contrários dos senadores Geraldo Mesquita Júnior, Roberto Saturnino, Alvaro Dias, Augusto Botelho, Jefferson Péres, Tião Viana e da senadora Heloísa Helena.

Não houve, portanto, nem votação nominal, nem aprovação unânime, as exigências expressas do inciso III do art. 412¹ do Regimento Interno do Senado Federal – RISF para que a vontade parlamentar possa prevalecer sobre a textualidade regimental. Ainda assim, refez-se a votação do Parecer nº 528/2005, chegando-se, nessa segunda oportunidade, à aprovação da indicação por 48 (quarenta e oito) votos. E se registrou, como desfecho da questão de ordem, o seguinte enunciado decisório do Presidente do Senado Federal: "com a unanimidade da Casa, entendo que podemos fazer tudo, porque o próprio Regimento existe para organizar os nossos trabalhos, para proteger a vontade da Minoria e para garantir a manifestação da Maioria. Com a unanimidade, podemos fazer tudo(...)"².

Pois bem. Esse episódio evidencia a complexidade que singulariza o processo mistamente jurídico e político de organização institucional e exercício das competências e atribuições do Poder Legislativo. De um lado, estavam o modo preclusivo de ser do processo legislativo, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (na ADI 1.254³, por exemplo), e a literalidade do citado inciso III do art. 412 do RISF. De outro, as demandas decorrentes da politicidade inata à atividade parlamentar, como, no caso, a percepção

¹ 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;

² Questão de Ordem do Senado Federal 2/2005 de 18/05/2005. Atividade Legislativa. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2607>.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1.254/RJ*. Pleno, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 09/12, 2000.

ampla de que a vontade da Casa não se refletiu no resultado da votação, seja por má compreensão das regras aplicáveis à matéria (aprovação por maioria absoluta ou maioria relativa) por alguns dos parlamentares votantes, seja por questões de agenda, pois se tratava de Ordem do Dia repleta de escolhas de autoridades.

Nada obstante no relato acima feito não estivesse em jogo a apreciação de matéria propriamente normativa, mas a escolha de autoridade, trata-se de caso bastante ilustrativo desse modo próprio pelo qual uma Casa parlamentar desenvolve os seus trabalhos e do tensionamento latente entre facticidade e referencial normativo. Uma “tensão entre texto e contexto”⁴, que remarca os desafios envolvidos na consideração do processo legislativo como realidade normatizada e, mais do que isso, os desafios de se fazer, dessa prática institucional, um objeto de teoria jurídica.

O certo, porém, é que o processo legislativo é uma realidade normativa, de expresso e focado tratamento constitucional, e a ela se endereçaram, ainda que mais timidamente do que se deveria⁵, importantes esforços de teorização. Este trabalho, guardadas as suas modestíssimas proporções, insere-se justamente nesse contexto. Deriva de um interesse, mais amplo, sobre a sistematização do que se tem convencionado chamar de direito parlamentar, assim entendido como o conjunto de normas e práticas institucionais ordenantes do funcionamento legislativo do Estado⁶.

Mais especificamente, porém, o centrado objeto desta dissertação reside no exame da interpretação e da concreta aplicação das normas regimentais do Senado Federal, fazendo-o a partir da análise do equacionamento de questões de ordem pela Presidência da Casa e da investigação sobre um possível papel teórico e prático de decisões pretéritas como elemento do direito parlamentar.

Questões de ordem, como se sabe, consistem no instrumento de controle parlamentar sobre a interpretação e a aplicação das normas regimentais (art. 403 do

⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito?* In: MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade [orgs.]. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018, p. 1-30.

⁵ Nesse sentido: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, "O que é pesquisa em direito?", in Marcelo Nobre (org.), "O que é pesquisa em direito?", São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 106.

⁶ “O Direito Parlamentar, embora alicerçado no Direito Constitucional, tem recentemente se consolidado como ramo autônomo, capaz de apresentar balizas para o desenvolvimento de uma teoria que apresente argumentos destinados a rediscutir o papel do parlamento no contexto atual, sobretudo diante da excessiva judicialização de questões que permeiam a atividade parlamentar, de modo a redefinir, também, a relação entre Legislativo e Executivo” (BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Direito Constitucional e Direito Parlamentar*. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim [orgs.]. *Direito Parlamentar: discussões contemporâneas*. Belo Horizonte: Ed. Vorto, 2018, p. 11.

RISF⁷). Sem embargo do uso da palavra pela ordem⁸, é pela formulação das denominadas questões de ordem que os senadores podem arguir a violação a essa ou aquela regra regimental afeita ao processo legislativo, devendo fazê-lo, contudo, de modo especificamente referido a um caso concreto – ou, mais exatamente, à matéria efetivamente tratada na ocasião (art. 404 do RISF⁹).

As questões de ordem, portanto, instauram uma espécie de contencioso parlamentar sobre o processamento das proposições legislativas. Como um processo incidental ao processo legislativo em si, as questões de ordem: **a)** fundam-se na ideia de contraditório, permitindo-se a contradita por outro senador (parágrafo único do art. 403 do RISF)¹⁰; **b)** dotam-se de um regime recursal, cabendo ao Plenário, a requerimento de líder ou por iniciativa do próprio Presidente (instância decisória original), dar a última palavra sobre o tema (art. 405 do RISF¹¹); **c)** possibilitam, em grau recursal, a audiência especializada da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, se a matéria aludir à interpretação de tema constitucional (art. 408 do RISF¹²); **d)** estruturam-se de modo preclusivo, vedando-se a renovação, na mesma sessão, de questão de ordem já resolvida pela Presidência (art. 407 do RISF¹³).

Vê-se, pois, que as questões de ordem suscitam uma atividade decisória, pela qual se afirma, concreta e topicamente, a normatização regimental do processo legislativo. Consistem, nessa medida, em instrumento funcionalmente ordenatório, no sentido de que, por meio dele, imprime-se um ou outro rumo à ação estatal. No caso, as questões de ordem determinam o curso da ação processual-legislativa do Estado, daí por que operam como mecanismos essencialmente normativos, na acepção *kelseniana* de que revelam “o

⁷ Art. 403. Constituirá questão de ordem, suscetível em qualquer fase da sessão, pelo prazo de cinco minutos, qualquer dúvida sobre interpretação ou aplicação deste Regimento.

⁸ Assim disciplinado na alínea ‘a’ do inciso X do art. 14 do Regimento Interno do Senado Federal, segundo o qual é cabível o uso da palavra por senador, em qualquer fase da sessão, por cinco minutos, “pela ordem, para indagação sobre andamento dos trabalhos, reclamação quanto à observância do Regimento, indicação de falha ou equívoco em relação à matéria da Ordem do Dia, vedado, porém, abordar assunto já resolvido pela Presidência;

⁹ Art. 404. A questão de ordem deve ser objetiva, indicar o dispositivo regimental em que se baseia, referir-se a caso concreto relacionado com a matéria tratada na ocasião, não podendo versar sobre tese de natureza doutrinária ou especulativa.

¹⁰ Art. 403. (...) Parágrafo único. Para contraditar questão de ordem é permitido o uso da palavra a um só Senador, por prazo não excedente ao fixado neste artigo.

¹¹ Art. 405. A questão de ordem será decidida pelo Presidente, com recurso para o Plenário, de ofício ou mediante requerimento, que só será aceito se formulado ou apoiado por líder.

¹² Art. 408. Havendo recurso para o Plenário, sobre decisão da Presidência em questão de ordem, é lícito a esta solicitar a audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a matéria, quando se tratar de interpretação de texto constitucional.

¹³ Art. 407. Nenhum Senador poderá falar, na mesma sessão, sobre questão de ordem já resolvida pela Presidência.

sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência”¹⁴.

Com efeito, quórum, interstício, distribuição a comissões, apensamento e tramitação conjunta, deliberação terminativa, regime de urgência, preferência, destaque, prejudicialidade, esses e tantos outros temas e categorias regimentais do processo legislativo são realizados e concretizados cotidianamente, pelo impulso ordinário da atividade parlamentar. O sistema regimental, porém, não ignora a possibilidade, de todo óbvia, de que se instalem crises pontuais na aplicação de regras e preceitos regimentais, por efeito de interpretações distintas sobre os parâmetros que orientam o processamento legislativo. É justamente nesse ponto que *entram em cena* as questões de ordem, pelas quais se atribui, em última análise, uma dimensão propriamente normativa e cogente ao direito parlamentar. Sabido que, em linha com o juízo de Luiz Guilherme Marinoni, a certeza da ação através do direito deriva não exatamente da fórmula inscrita em texto normativo, mas da norma individual, assim concretizada em regra no caso específico¹⁵.

Referindo-se especificamente às questões de ordem, Fernando Sabóia Vieira chama atenção para a centralidade do instituto na conformação do processo legislativo:

As decisões dos presidentes em Questões de Ordem afetam consideravelmente o processo decisório da casa, como demonstrado em outra pesquisa em relação à apreciação das propostas de emenda à Constituição (Vieira, 2009), e são meios comuns de introduzir alterações dos procedimentos, às vezes provisórias e ad hoc, modificadas em seguida, às vezes se firmando de modo mais permanente como uma espécie de jurisprudência e fonte normativa interna¹⁶.

As decisões em questões de ordem, nesse contexto, fazem a mediação entre o texto regimental e a regra de ação efetivamente observada no curso do processo legislativo. O que já significa que o estudo dos juízos decisórios em questões de ordem suscita ao menos duas indagações teóricas: a primeira, concernente à natureza das regras regimentais e, por conseguinte, ao grau de sua cogência e carga normativa; a segunda, para a qual se pretende afunilar mais focadamente este trabalho, alude ao papel das decisões pretéritas em questões de ordem sobre o mesmo tema.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 6.

¹⁶ VIEIRA, Fernando Sabóia. *Regras, instituições e decisões na Câmara dos Deputados do Brasil*. Curitiba: Appris, 1 ed., 2019, p. 96.

Em termos de normatividade estritamente literal, o RISF oferece soluções claras para as duas questões. O *caput* do art. 412 é tão expresso quanto incisivo ao dispor que a “legitimidade na elaboração da norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais”, ao que se acresce, no inciso III, a “impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o quórum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa”.

No plano textual, portanto, o RISF *senta praça* de sua natureza impositiva, indicando tratar-se de um conjunto de normas dotadas dos atributos jurídicos clássicos: generalidade, abstração, cogência e aptidão para funcionar como parâmetro de validade dos atos que visa a disciplinar. Na prática institucional, porém, percebe-se, como visto no relato inicial, que o caráter eminentemente político da atividade parlamentar confere aos acordos (notadamente àqueles celebrados pelos líderes de partidos ou de blocos partidários) um campo muito mais alargado de incidência, se comparado aos estritos limites veiculados no citado inciso III do art. 412 do RISF. Concretamente, portanto, derrogam-se as disposições regimentais muito mais facilmente do que por meio de votação nominal unânime.

Muito já se debateu sobre essa flexibilidade das normas de direito parlamentar e, mais especificamente, das normas regimentais. Nesse sentido, por exemplo, é ilustrativo o *testemunho doutrinário* de Juan Carlos Cervantes Gomez:

La flexibilidad es un rasgo distintivo del Derecho Parlamentario en su parte funcional, pero también en la organizacional. Como ya se ha comentado, el Derecho Parlamentario es flexible y sumamente dinámico; los Parlamentos, a decir de Martínez Elipe no son solamente órganos de preparación de leyes sino, fundamentalmente, de adopción de decisiones políticas; tal es el carácter que se tiene que dar incluso al acto de aprobación de leyes. Decisiones políticas que deben ser normadas en forma suficientemente amplia y flexible para no anclar la decisión política. La racionalización y flexibilidad debe caracterizar al Derecho Parlamentario y específicamente, a los Reglamentos de las asambleas representativas¹⁷.

O mesmo trilha é seguido por Luiz María Cazorla Prieto, para quem as normas de direito parlamentar não devem ser nem amplas quanto aos temas de que pretende tratar,

¹⁷ GÓMEZ, Juan Carlos Cervantes. *Derecho Parlamentario: organización y funcionamiento del Congreso*. Mexico: Cámara de Diputados, CEDIP, 2012, p. 43.

nem detalhadas sobre cada um dos pontos normatizados, a fim de que se reserve espaço à formulação de soluções adequadas à variedade circunstancial da política¹⁸.

Todo e qualquer estudo jurídico sobre a aplicação do Direito parlamentar e de um específico ordenamento regimental não pode, então, prescindir de um ponto de partida sobre a natureza dos dispositivos normativos a serem aplicados. Pretende-se fixar como premissa, após passar em revista algumas formulações teóricas sobre esse ponto, a noção de que o direito parlamentar se forma pela interação dialética entre texto normativo e vontade política, assim expressada pelos acordos entabulados pelos próprios parlamentares. Os padrões de conduta e de organização institucional do processo legislativo, portanto, derivam dessa constante interlocução entre a abstração do regimento e a tópica da negociação parlamentar. Todavia, na perspectiva teórica que será adotada, dar-se-á destaque à funcionalidade normativa do texto regimental e à sua compreensão instrumental enquanto (i) ferramenta própria da capacidade de auto-organização do Poder Legislativo, mas também como (ii) aparato institucional serviente à concretização e à conformação de princípios constitucionais estruturantes do processo legislativo.

Aliás, abordar-se-á a Constituição como esteio normativo em matéria de processo legislativo e as consequências que daí resultam em termos de seu respectivo controle judicial. O foco mais específico do trabalho, contudo, reside nos confins do Poder Legislativo (do Senado Federal, mais especificamente) como instância decisória. Isso, pela razão singela de que, independentemente da natureza do direito parlamentar ou do maior ou menor espaço franqueado ao controle judicial de sua observância, caberá ao Parlamento, em primeiro lugar, afirmar o direito aplicável ao processo legislativo, inclusive no que concerne aos seus contornos constitucionais. É nesse ponto que reside o cerne da dissertação, dedicada aos padrões decisórios das instâncias parlamentares (nomeadamente, Presidente e Plenário do Senado Federal) em matéria de processo legislativo, por efeito da formulação e do equacionamento de questões de ordem.

Mais exatamente, e conforme anunciado, **a questão que se pretende investigar é a seguinte: há, de um ponto de vista dogmático, algum papel teórico para os**

¹⁸ “[L]a norma parlamentaria relativa a la organización y funcionamiento de las Cámaras no debe ser [...] ni larga, porque normalmente conduce a la prolijidad y al excesivo detalle, ni categórica e inflexible, porque impide una solución en función de circunstancias impensables en un momento inicial, ni cerrada en sí misma, ya que impide una opción distinta a la general en el caso especial que lo requiera así” (PRIETO, Luis María Cazorla. *Problemas de la organización y el funcionamiento de los Parlamentos actuales*. In: MORALES, Ángel Garrarena (org.). *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 352).

precedentes em questões de ordem? Ou, dito de outro modo, há, para os precedentes, alguma funcionalidade como elemento do direito parlamentar?

Do ponto de vista textual, o RISF trata da matéria no art. 406, estatuinto que se considera “simples precedente a decisão sobre questão de ordem, só adquirindo força obrigatória quando incorporada ao Regimento”. Não nos parece, entretanto, que o dispositivo encerre o tema, pois, não apenas é preciso examinar o que se deve entender, conceitualmente, como “simples precedente”, mas se considera relevante investigar se, e em que medida, esses tais simples precedentes devem influenciar a tomada de decisão no contencioso parlamentar instaurado por uma questão de ordem.

Ainda que o RISF pré-exclua a emanção de uma ordem vinculante e obrigatória por um precedente em questão de ordem, é de se indagar se não haveria, em tais atos parlamentares, propriedades jurídicas outras, a exemplo de uma vinculatividade em sentido mais brando, entendida como o dever de se levar em consideração o entendimento formado no precedente, nem que seja para a ele se contrapor. É o que Victor Marcel Pinheiro descreve, embora o faça aludindo ao contexto judicial:

Esse ‘dever de consideração’ pode ser desdobrado em dois deveres distintos. O primeiro deles é um dever de diálogo com as razões de decidir de um precedente em sentido fraco. Ele aponta para a necessidade de que o intérprete necessariamente identifique o precedente vinculante em sentido fraco e examine sua fundamentação, ainda que não concorde com a tese ali fixada. (...)

O segundo dever relacionado à vinculação em sentido fraco refere-se à obrigatoriedade de o intérprete conferir carga argumentativa à tese fixada no precedente, independentemente da correção dessa tese. Isso significa que uma decisão judicial, ainda que não apresente vinculatividade em sentido forte de suas razões de decidir, pode, em determinadas situações, ser considerada um precedente obrigatório em sentido fraco, o que gera uma razão de autoridade para que a interpretação jurídica nele fixada seja seguida no futuro¹⁹.

Portanto, no plano dogmático ou propositivo, pretende-se examinar se há, ou não, um espaço reservado aos precedentes em questões de ordem no processo legislativo. Cruzando os referenciais teóricos dos precedentes e do princípio do devido processo legislativo, a intenção é verificar a existência de um eventual ponto de intersecção entre eles, do qual emanaria possível densidade e significância à categoria do “simples

¹⁹ PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões vinculantes do STF: a cultura de precedentes*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021, p. 158-159.

precedente” versado no art. 406. É dizer: busca-se entender em que medida se poderiam tomar os precedentes em questões de ordem como fontes de “expectativas comportamentais generalizadas congruentemente”²⁰.

Ao fim e ao cabo, o interesse é o de incursionar pela racionalidade do direito parlamentar, no sentido weberiano de sua generalidade e sistematicidade²¹. A análise das decisões pretéritas e de sua possível função enquanto elemento conformador de um sistema jurídico-parlamentar inscreve-se, então, no propósito mais amplo de se saber dos espaços de racionalidade jurídica desse domínio, que é sabidamente impregnado pelos ditames da política.

Do ponto de vista formal ou positivo, não é difícil tomar o RISF como um repositório de proposições e institutos jurídicos tão genéricos quanto sistematizados. Nada obstante seja passível de críticas e demande reforma num ou noutro ponto, o processo legislativo positivado no RISF tem começo, meio, fim e coerência abstrata. É, porém, nas práticas institucionais e, notadamente, nas decisões tomadas em questões de ordem (por pressuporem algum grau de desacordo interpretativo entre os parlamentares), que se pode avançar para uma aferição mais acurada do que vem a ser o direito parlamentar, do que constitui o seu *logos*.

A depuração do sentido lógico das normas regimentais, a sua inescapável convivência com juízos puramente políticos e materiais, tudo isso é captado no plano da prática e da decisão institucional. Razão pela qual o trabalho proposto se direciona para o instituto das questões de ordem. Com isso, e ainda que de modo não sistematizado em uma pesquisa rigorosamente empírica, espera-se ilustrar em que medida decisões pretéritas são consideradas (se é que o são) pelos senadores que formulam as questões de ordem e, mais importante do que isso, em que grau são levadas em conta no equacionamento dos temas pelos Presidentes e pelo Plenário.

O interesse que subjaz ao estudo ora proposto é, como não poderia deixar de ser, de natureza acadêmica. As suas raízes, porém, são de ordem profissional. É da vivência como analista de processo legislativo do Senado Federal e de um certo incômodo com a observação, ao longo desses anos, de uma aparente falta de padrão decisório na aplicação

²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

²¹ “A racionalização, definida como manipulação intelectual [*Denkmanipulation*], divide-se em duas direções principais: a generalização e a sistematização. Quanto mais generalizado ou sistematizado, mais racional o direito. Sem prejuízo da redundância, vale dizer: racionalização do direito significa o trabalho de generalização ou sistematização” BARBOSA, Samuel. *Formalismo como conceito sociológico: uma introdução ao conceito weberiano de direito*. In: José Rodrigo Rodriguez; Felipe Gonçalves Silva. (Org.). *Manual de sociologia jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

regimental que se extraem assim a motivação inicial como boa parte das aspirações do estudo que se pretende realizar²².

A observação próxima ao funcionamento das engrenagens do processo legislativo é confirmadora da premissa teórica já anunciada, no sentido do tensionamento dialético que se estabelece, não raramente, entre texto regimental e prática. Sem pretender reduzir o fenômeno processual-legislativo a uma dimensão puramente formal e racionalista, **o objetivo geral do estudo é o de averiguar algum grau de vinculação aos precedentes em decisões tomadas em questões de ordem, ainda que em um sentido vinculativo brando ou fraco, integraria a noção de devido processo legislativo.** Isso na pressuposição de que, ao fim e ao cabo, a premissa básica do processo legislativo está em sua serventia enquanto medida apta a afastar a lei do campo do arbítrio e do mero voluntarismo²³.

Conforme dito, não se tem a intenção de se aprofundar sobre o controle judicial das normas regimentais. O tema será abordado, até pela circunstância de que a natureza das normas regimentais costuma ser tratada nesse contexto de exame de sua controlabilidade judicial, porém o foco analítico do trabalho proposto recai sobre a realidade parlamentar, de modo que se ocupará da interpretação e da aplicação das normas regimentais pelo próprio Senado Federal. O que já suscita um desafio teórico, pois, repita-se, as abordagens jurídico-dogmáticas do devido processo legislativo não raramente deságuam no exame judicial e no caráter tão impositivo quanto externo de suas respectivas decisões. É como afirma Leonardo Barbosa, para quem à jurisdição constitucional incumbe “garantir o processo comunicativo por meio do qual se forma a opinião pública, isto é, assegurar a observância dos direitos fundamentais sem os quais não é possível qualquer democracia”. Razão pela qual advoga que ela, jurisdição

²² “No contexto do agir orientado para o entendimento, ocorre um tal desapontamento logo com o fundamento de uma suposição de racionalidade que devemos fazer, conquanto que nos envolvamos sobretudo no agir comunicativo. Essa suposição diz que um sujeito agindo intencionalmente está em condições, sob circunstâncias apropriadas, de dar um fundamento mais ou menos plausível, *pelo qual* ele se conduziu ou se expressou (ou se deixou reagir) assim e não de outra forma. Afirmações incompreensíveis e estranhas, bizarras e enigmáticas provocam interesse, porque elas implicitamente contrariam uma suposição inevitável no agir comunicativo e, por isso, provocam irritações” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 110-111).

²³ “Conforme se pôde apontar no corpo deste estudo, sempre predominou a ideia de que a lei haveria de, para ser verdadeiramente digna desse nome, refletir o valor da Justiça. Mais, o processo legislativo clássico foi concebido exatamente para que a Justiça, e não a vontade arbitrária do governante, prevalecesse na definição das leis” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 281).

constitucional, deva “impor à atividade institucional do poder legislativo as regras que ele mesmo consagrou para o seu funcionamento”²⁴.

Muito embora não se volte ao controle judicial, o estudo também partirá da noção elementar de que o Estado de Direito consiste no Estado que respeita o Direito por ele mesmo criado – e, com mais razão, o Direito para ele mesmo criado, sabido que a Constituição é fenômeno que antecede a própria estruturação jurídico-política do Estado. Serão consideradas, todavia, as particularidades da instância parlamentar enquanto fonte decisória, de modo que a busca por uma resposta ao problema de pesquisa haverá de considerar os espaços de articulação política inerentes à atividade legislativa. A tensão entre facticidade e validade, portanto, também compõe o pano de fundo do trabalho.

Todavia, considerados os limites próprios de uma dissertação de mestrado e o propósito amplo de examinar tanto a noção de precedentes quanto o tema do processo legislativo, partir-se-á de abordagens essencialmente dogmáticas de tais temáticas. Especificamente quanto ao processo legislativo, e sem prejuízo, claro, do recurso a outras perspectivas teóricas, como o trabalho de inspiração *habermasiana* do já citado Leonardo Barbosa²⁵, adotar-se-á, enquanto marco teórico, a tese recente, porém já central e seminal, de Victor Marcel Pinheiro, intitulada de “*Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*”²⁶. Com essa base, investigar-se-á, teoricamente, em que medida os precedentes devem, ou não, integrar o processo decisório na interpretação e aplicação das normas regimentais do Senado Federal.

Percebe-se, então, que esse objetivo geral traduz a *resultante* de outros objetivos mais específicos, a saber: **a)** revisar os elementos principiológicos que subjazem ao processo legislativo; **b)** discorrer sobre a natureza jurídica das normas regimentais das Casas parlamentares; **c)** apresentar a definição jurídica das questões de ordem no contexto normativo do RISF; **d)** dissertar sobre o conceito e a funcionalidade da figura do precedente.

É com esse itinerário investigativo que se pretende reunir o substrato teórico para o afunilar o trabalho à enunciação de conclusões sobre a correlação (também teórica e

²⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 170.

²⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

²⁶ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

prática) entre devido processo legislativo, precedentes e estabilidade e transparência decisórias no âmbito da interpretação e da aplicação das normas regimentais no Senado Federal.

1. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO: TEORIA DOGMÁTICA, PERFIL NORMATIVO E ELEMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS

1.1. A elaboração legislativa como prática institucional processualizada: contributos e limitações da teoria geral do processo na matéria

O objetivo deste capítulo inicial é o de revisitar propostas doutrinárias sobre o processo legislativo e, mais especificamente, sobre a sua qualificação normativa, aquilo que se convencionou chamar de devido processo legislativo. Isso, como etapa necessária para se avaliarem as questões de ordem enquanto mecanismo de controle parlamentar.

Nesse sentido, uma primeira aproximação dogmática do tema remete à sua estruturação em termos processuais. O enfoque, aqui, está na consideração de que o processo legislativo é, como o nome indica, uma prática institucional processualizada. Algo, portanto, segmentado em fases próprias, mas funcionalmente orientado à produção de um “ato central e conclusivo”²⁷. A patentear, com isso, um tipo de relação entre atos secundários e um ato final e, de certa forma, sinóptico de todos os outros. Aqueles a encadeadamente preceder e assim por encadeamento possibilitar a expedição deste último²⁸. Nesse prisma descritivo, portanto, o processo legislativo se constitui, nas palavras de Canotilho, de uma “sucessão de série de actos necessários para produzir um acto legislativo”²⁹.

O entendimento do processo legislativo passa, então, pela consideração de que se trata de um arranjo institucional voltado a disciplinar e orientar a prolação de um provimento estatal (no caso, de índole legislativa), circunstância que o inscreveria, ao menos em âmbito geral, no mesmo contexto normativo de outras espécies de processo estatal. Nesse sentido, João Trindade Cavalcante Filho:

Assim, os processos podem ser classificados segundo a natureza da norma que se destinam a produzir: o processo *judicial* regula a produção de decisões jurisdicionais; o processo *legislativo* determina a forma de produção e o conteúdo das leis e demais espécies normativas gerais e abstratas; e o processo *administrativo* se destina à

²⁷ Na íntegra: “*Nel concorso, come in qualsiasi procedimento, se ricontra una sequenza di atti preordinati alla formazione de un atto centrale e conclusivo*” (VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo: Amministrazione locale 3*, Quarta edizione riveduta e aggiornata, Giuffrè editore - Milano, p. 199).

²⁸ AYRES BRITTO, Carlos. *O Perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Ed. Znt, 1997.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 871.

produção pela Administração de um ato administrativo (norma concreta), que é o fim último do processo³⁰.

É dizer: por esse ângulo, o processo legislativo consistiria na projeção, no âmbito do Parlamento, de uma técnica faseada de decisão e manifestação estatal. Por essa coincidência estrutural, aliás, é bastante comum que a análise do processo legislativo se desate da teoria geral do processo. Victor Marcel Pinheiro cita um rol notável de autores que apontam para a pertinência da teoria da geral do processo na compreensão do processo legislativo. Figura, entre eles, Cândido Rangel Dinamarco, em passagem na qual deixa clara a ideia de que o direito processual é, acima de tudo, o direito do agir estatal:

Essa colocação metodológica principiou por postular a reunião do direito processual civil e do direito processual penal num só enfoque comum (sempre considerado o processo trabalhista como processo civil lato sensu e, portanto, incluído nesse contexto). Delineou-se desse modo uma teoria geral do processo jurisdicional. Mas apercebeu-se o estudioso de que existe algo mais elevado a considerar, acima dos quadrantes da jurisdição e associando-se ao exercício do poder em geral. Isso propiciou maior amplitude à teoria geral do processo, que hoje vai chegando de modo palpável ao processo administrativo (tributário inclusive) e pode atingir o legislativo. Essa é uma teoria geral do direito estatal. [...] Essa tendência expansiva legitima-se na sólida construção sistemática que ela propicia mediante a revelação de princípios superiores, inclusive em sede constitucional e com a transmigração de conceitos e raciocínios mais desenvolvidos com relação a processo civil. A democratização do processo não-jurisdicional, com a oferta de garantias de ampla defesa, de participação (contraditório) e da observância dos modelos estabelecidos pelo direito (due process of law), é um proveitoso resultado desse trabalho fecundo de generalização (Const., art. 5º, incís. LIV e LV)³¹.

Não há dúvidas, pois, que o processo legislativo é integrado por atos ou fases temporalmente sucedidos e funcionalmente imbricados. É, realmente, o que se extrai da própria Constituição, que nomina os atos principais e traceja, ainda que em linhas gerais, o iter procedimental que os vincula em uma realidade tão processual quanto legiferante: proposta” ou “iniciativa”, “discussão”, “emendas”, “votação”, “aprovação”, retorno “à

³⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Constitucional Legislativo*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 26.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69-70.

Casa iniciadora”, “sanção” (ou “veto”), “promulgação” e “publicação”, cada um desses institutos a designar a prática de atos que traduzem verdadeiras etapas ou momentos da formação do *querer legislativo* do Estado³², conforme se vê na redação dos arts. 60 a 69, em combinação com o inciso VI do art. 84.

Daí, portanto, o juízo consagrado de que as normas constitucionais dedicadas ao processo legislativo se categorizam como normas de caráter formal. Normas que têm como âmbito eficaz ou razão jurídica de ser a conformação do processo de elaboração legislativa dos atos de normatividade primária de que trata o art. 59 da Constituição. Normas constitucionais que, portanto, parametrizam e fundamentam a formação dos atos normativos primários, mas não o próprio teor ou conteúdo ou materialidade normativa deles. É o que, na linguagem de Herbert Hart, ganha o nome de normas secundárias³³, para designar os comandos que, ao disciplinar o processo de produção normativa, incidem e conformam a validade e a eficácia de outras normas.

Logo, se, por um lado, o processo legislativo é fenômeno normatizado, por outro, opera como fundamento de validade da produção normativa do Estado. É, nas palavras de Lenio Streck e Marcelo Cattoni, o segmento do direito que tem a pretensão de ser o fundamento de si mesmo, o que faz pela estruturação de “processos de justificação da sua própria validade, realizando a pretensão de garantir as condições procedimentais de sua própria validade”³⁴. Leonardo de Andrade Barbosa, em linha semelhante, alude “à caracterização do processo legislativo como discurso de justificação das normas jurídicas”³⁵.

Já sobre o objeto do processo legislativo, é bem verdade que vem de longe a discussão sobre a “crise da lei” e de uma suposta “falência” dos parlamentos como instâncias de normatização social. Manoel Gonçalves Ferreira Filho já sentenciava que a multidão de leis “afoga o jurista, esmaga o advogado, estonteia o cidadão, desnorteia o juiz”, de modo que a “segurança das relações sociais, principal mérito do direito escrito,

³² É essa conexão itinerária que leva ao entendimento de ser o processo “uma verdadeira categoria jurídica, caracterizada por seu dinamismo contínuo, até o momento final culminante, que é a fase estática ou de solução” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 356).

³³ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994.

³⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lenio L.. *Comentário ao art. 59*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1119.

³⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 76.

se evapora”³⁶. Sobre a capacidade institucional dos parlamentos, a crítica não era menos contundente: “não conseguem, a tempo e a hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam”³⁷.

O aprofundamento desse tema é tarefa que desborda do objeto deste trabalho, desdobrando-se em questões de máxima relevância em matéria de teoria do estado e da democracia, como, por exemplo, a irrupção e o desenvolvimento do estado administrativo e uma certa tendência tecnicista de se lidar com as complexidades da vida contemporânea³⁸.

Convém registrar, porém, dois pressupostos aqui adotados. O primeiro, de que uma ideia normativa de devido processo legislativo, para além de operar como critério de validade constitucional desse ou daquele processamento legislativo, há de servir justamente para otimizar, potencializar a prática institucional de que trata, ao mesmo tempo em que protege os direitos e interesses nela envolvidos. O segundo, de que a lei, tanto em sua formulação normativa quanto em sua realidade prática no arranjo institucional brasileiro, ainda é a figura central na ordenação social – para além, claro, da Constituição. O inciso II do art. 5º e o *caput* do art. 37 da Constituição Federal explicitam o primado da lei enquanto fonte de referibilidade jurídica, deixando claro que, embora hodiernamente submetida à Constituição, permanece “incólume a ideia de lei como instrumento de garantia de direitos fundamentais e como fundamento, limite e controle democrático de todo o poder no Estado de Direito”³⁹.

Aliás, sobre a vinculação funcional entre lei e direitos fundamentais, Ana Paula de Barcellos, numa perspectiva de aptidão institucional, conclui que:

Executivo e Legislativo são indispensáveis para a existência e execução de políticas públicas capazes de respeitar, proteger e, sobretudo, promover direitos fundamentais, particularmente em relação às camadas mais pobres da população. (...) A capacidade do Legislativo e do Executivo de implementar políticas públicas de respeito, proteção e promoção de direitos fundamentais, tanto em caráter geral quanto com foco nos mais

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 35.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 36.

³⁸ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lenio L.. *Comentário ao art. 59*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1120.

necessitados, é incomparavelmente superior ao que as decisões judiciais podem fazer⁴⁰.

É notadamente por essa razão, aliada à noção histórica de que o “Direito Constitucional sempre se ocupou de forma ampla em ordenar a ação do Estado como um todo e o exercício do poder político pelas instâncias majoritárias”, que Ana Paula de Barcellos sustenta que o “Direito Constitucional deve se ocupar de fomentar a democracia nos espaços majoritários, enfrentando os problemas identificados na dinâmica do funcionamento desses poderes representativos”⁴¹. Donde a relevância do estudo das normas que disciplinam essa estrutura processualizada de atividade legislativa. Uma estrutura processualizada que, na acepção geral de processo subscrita por Aroldo Plínio Gonçalves, singulariza-se pela participação efetiva das partes interessadas no provimento estatal *in fieri*:

O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos⁴².

Mesmo entre aqueles que se dedicam ao estudo focado do processo legislativo, pode-se observar uma tendência de reconduzir a prática processual-legislativa às categorias dogmáticas tradicionais. Leonardo Barbosa, fundado na conceituação de Aroldo Plínio Gonçalves, dedica-se à demonstração de que, dogmaticamente, a prática decisória parlamentar pode ser enquadrada como um processo. Para tanto, toma como premissa a pluralidade de identidades e interesses representados num corpo legislativo para concluir que os arranjos institucionais que estruturam o processo legislativo (organização partidária, debate formalizado, regras procedimentais, critérios de votação) densificam o princípio do contraditório, viabilizando a tomada de decisão, mas garantindo a participação em condições de simétrica paridade.

É de se registrar que o autor reconhece a presença de um vezo de se pensar o contraditório em termos jurisdicionais. Isso, porém, segundo ele, não deve impedir a

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 51.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 52-53.

⁴² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

identificação de “equivalentes funcionais” no ambiente parlamentar, considerada a diferença estrutural entre os discursos jurisdicionais e legislativos. Tomado esse cuidado analítico, a conclusão é de que, em matéria de processo legislativo, “o conceito de contraditório se ajusta perfeitamente às suas características institucionais”⁴³, notadamente em função das três características que Jeremy Waldron identifica nas assembleias legislativas: tamanho, diversidade e divergência.

O estudo do processo legislativo, porém, não há de se limitar à sua recondução à teoria geral do processo, pois, como bem propõe Victor Marcel Pinheiro, “o cerne da dogmática do processo legislativo deve estar centrado na prática social que está em sua base”. E o fato é que:

O processo legislativo não está diretamente relacionado à atividade de resolução de litígios entre partes juridicamente interessadas por meio de um terceiro imparcial (como o processo judicial) ou na criação de regulação jurídica fundamentada na lei em sentido formal, por órgão com capacidade para sua execução, fiscalização e controle, com a tomada de ações coercitivas em casos urgentes e necessários (processo administrativo)⁴⁴.

Portanto, para uma formulação realmente normativa do processo legislativo, não é suficiente tomar como referência, neste trabalho, uma concepção meramente descritiva de seu objeto ou uma análise dogmática de sua compostura processualizada pela ótica tradicional da teoria do processo. Isso, evidentemente, é relevante e demarca um aspecto relevante do perfil institucional da prática de que se cuida, porém a significância jurídica do processo legislativo está, como dito, em sua base social. Noutras palavras, está na função que desempenha na organização social, que não é outra, senão a da legitimação do exercício do poder de produção normativa, assim amparado por laços de representação política. Convém, no ponto, referir-se ao esforço conceitual de Marcelo Cattoni, para quem o processo legislativo pode ser caracterizado como:

(...) uma sequência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais e, realizados discursiva ou ao menos em

⁴³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 83.

⁴⁴ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 80.

termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, nesse caso, de provimentos normativos legislativos, que , sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica ⁴⁵.

Deveras, o processo legislativo, enquanto produção processualizada e democraticamente legitimada do direito, é noção que bem situa o tema, pois, a um só tempo, evidencia a sua forma (processual), o seu substrato social (a representação política) e a sua finalidade (a elaboração democrática dos atos legislativos). As implicações dessa conceituação em termos de qualificação normativa do processo legislativo serão mais amplamente examinadas no item abaixo, porém, já se pode concluir neste ponto que o tema do processo legislativo não pode ser reduzido nem a uma dimensão meramente formal, nem, muito menos, pode ser examinado sob as *lentes emprestadas* do processo jurisdicional.

Oralidade, faseamento entre discussão e votação, contraditório, simetria, bicameralismo, esses e outros conteúdos normativos compõem a realidade jurídica do processo legislativo. Não parecem, todavia, *ancorar* o tema em bases propriamente principiológicas. Não parecem aludir aos vetores normativos que, à luz das circunstâncias, devem ser conciliados e otimizados para orientar e controlar o curso da ação legislativa, para além da mera incidência sucessiva de regras de conduta a serem estanque e topicamente observadas. É como sintetiza Victor Marcelo Pinheiro, ao apresentar o pressuposto do marco teórico que será utilizado neste trabalho:

As regras do processo legislativo não são um amontoado aleatório de formalidades sem coerência entre si, mas normas jurídicas essenciais para reforço dos laços de representação política na democracia representativo-deliberativa brasileira e, conseqüentemente, da institucionalização da produção normativa coletiva por processo contínuo de interação comunicacional entre representantes e representados. Simplesmente entender que “devido processo legislativo” é o próprio conjunto de regras jurídicas que rege a produção legislativa não permite identificar quais os princípios subjacentes a elas que serão utilizados para sua interpretação e aplicação. Há a necessidade de compreender o devido processo legislativo como conjunto de normas jurídicas que também abarca esses princípios constitucionais. Para fins de

⁴⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 141-142.

clareza: o argumento desenvolvido no presente trabalho não é de natureza puramente analítica, como se fosse apenas revelado um conceito descritivamente mais correto da prática jurídica sobre o processo legislativo. O argumento aqui é expressamente normativo: para que haja maior coerência dogmática a compreensão das normas do processo legislativo em uma democracia representativo-deliberativa “faz mais sentido” (na terminologia exposta de MacCormick) caso sejam compreendidas à luz de princípios mais abrangentes⁴⁶.

1.2. O vínculo funcional entre representação política e devido processo legislativo

Com efeito, o objeto delimitado deste trabalho consiste no processo decisório de questões de ordem e na investigação sobre o grau de funcionalidade, nesse contexto, de precedentes e dever de fundamentação. Tratando-se, as questões de ordem, de um mecanismo de controle diretamente parlamentar das regras do processo legislativo, não há como prosseguir sem que esteja delineado o traçado principiológico que deve orientar e conformar a estruturação normativa do processo legislativo e a sua respectiva interpretação e aplicação. O que passa, então, pela enunciação dos princípios do processo legislativo, cuja consideração conjunta compõe, como será adotado neste trabalho, a ideia tradicionalmente referida como devido processo legislativo.

Nesse sentido, é correto dizer que o devido processo legislativo é noção derivada do princípio constitucional expresso do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º), como o faz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, ao concluir que “o processo legislativo, como iter a ser observado pelos parlamentares para produção das leis, resultando de um poder conferido a certas pessoas para tomar decisões relevantes em nome da comunidade, também está sujeito aos ditames do devido processo legal”⁴⁷. Já Bruna Ferreira Rosa concebe a incidência do devido processo legal, no âmbito da produção legislativa, como “um desdobramento da regra de igualdade”, e “para o resguardo da segurança jurídica e de formação da vontade das maiorias e minorias”⁴⁸.

⁴⁶ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 88.

⁴⁷ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Do devido processo legislativo*. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; et al. (org.). *Direito, Instituições e Políticas Públicas*. São Paulo, Quartier Latin, 2017, p. 159.

⁴⁸ FERREIRA ROSA, Bruna Borghetti Camara. *Prerrogativa do parlamentar ao devido processo legislativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 91.

Há, realmente, uma base comum de inspiração com o devido processo legal, pois, com a concepção de um devido processo legislativo, espera-se justamente que a vontade normativa do Estado (assim ampla, geral e abstrata) não decorra do arbítrio dos que detêm o poder, em prejuízo da liberdade, da propriedade e dos direitos fundamentais em geral.

Há mais, porém. Diferentemente da atividade decisória do Poder Judiciário, o processo legislativo mantém um vínculo direto e vital com o fenômeno da representação política, de modo que, conforme já se anotou, a produção legislativa não se amolda a outras manifestações igualmente estatais, como a jurisdicional, que é centrada na adjudicação de bens e direitos pela reconstrução argumentativa do direito posto, à luz de casos concretos e de suas circunstâncias históricas irrepetíveis⁴⁹.

Com isso em mente, adota-se, aqui, a proposta teórico-dogmática de Victor Marcel Pinheiro, que inscreve a produção legislativa no âmbito de um vínculo substantivo de representação política. Essa abordagem, segundo nos parece, tem o mérito analítico de associar o cenário jurídico-positivo instaurado pela Constituição àquilo que Marcelo Cattoni denominou de “fragmentos de uma racionalidade normativa já presentes e vigentes nas próprias realidades sociais e políticas”⁵⁰. Com isso, nem se compraz a uma perspectiva meramente lógico-jurídica e aproximada a outras modalidades processuais, nem se ressentir por um enfoque cético, estritamente objetivo e realista do fenômeno político. Incorpora-se ao exame do tema, isto sim, uma dimensão normativa, nomeadamente pela proposição de princípios, assim tomados na doutrina de Humberto Ávila como estados ideais de coisas, dos quais emanam deveres a serem cumpridos e finalidades a serem perseguidas⁵¹.

Observados os limites próprios de um trabalho dissertativo, pode-se dizer que o ponto de partida da teorização de Victor Marcel Pinheiro está na ideia de que as normas que regem o processo legislativo traduzem parte relevante da institucionalização dos vínculos de representação política. Razão pela qual a sua consideração jurídica, notadamente a partir de uma base principiológica, implica desenvolver um racional

⁴⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lenio L.. Comentário ao art. 59. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1120.

⁵⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito?* In: MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade [orgs.]. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018, p. 1-30.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 112.

orientado à estabilidade, à previsibilidade e ao fortalecimento dos laços representativos⁵². A passagem abaixo evidencia a relevância, para uma teorização dogmática do processo legislativo, de sua conexão normativa com uma estrutura de representação política democrática:

O processo legislativo é marcado por normas, formalidades e praxes específicas para a produção das leis que o afastam da produção do direito pela via judicial ou pelo direito administrativo. Deve haver o olhar para as estruturas internas do processo legislativo, entendidas como as normas que condicionam (ainda que de modo não absoluto) o comportamento dos parlamentares, em termos de iniciativa, emendamento, discussão, participação social, redação dos textos, regras de votação, oferecimento de justificativas, entre outros, à luz dos valores que estão na base da relação de representação política e, portanto, devem ser objeto também de reflexão jurídica. Além disso, abre-se campo para a questão de como deve ser controlado esse fazer específico nas democracias representativas, seja por órgãos internos ao Poder Legislativo, seja por órgãos externos, como o Poder Judiciário⁵³.

A representação política figura, portanto, como ponto de esteio e critério justificador do conjunto de normas que integram o processo legislativo. Mas representação política, aqui, em termos substantivos, a pressupor o estabelecimento de vínculos permanentes entre representantes e representados, mediante um fluxo comunicacional contínuo. Logo, algo que transcende a manifestação episódica da vontade eleitoral para se materializar em termos substantivos, ou seja, como uma atividade, um *facere*, um préstimo não exauriente, pois exercitado em caráter contínuo.

Mais do que um título concessivo ou autorizativo, a representação política em sentido substantivo é tomada como um vínculo comunicacional iterativo, a significar que argumentos, ideias e valores transitam e se intercambiam publicamente para que, numa dinâmica propriamente deliberativa, tome corpo a decisão coletiva⁵⁴. Não por um processo de revelação ou singela declaração da vontade coletiva preexistente, mas pela

⁵² PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 63.

⁵³ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 65.

⁵⁴ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 65.

constituição de preferências públicas a partir do contraste e da consideração recíproca de diferentes cosmovisões.

A representação política, nesse sentido, mais do que um canal ou instrumento de veiculação de uma vontade geral a ser representada, traduz um mecanismo responsivo e permanentemente voltado à formação e à reflexão públicas. É nessa ambiência que se desenvolve, em democracias representativo-deliberativas, a prática social do processo legislativo, “de modo que a sua institucionalização por meio de regras jurídicas permita a produção legislativa de normas em ambiente de igualdade política, com o oferecimento de razões públicas destinadas a resolver problemas de ação política coletiva”⁵⁵.

É certo que o processo legislativo e a dinâmica da deliberação parlamentar não exaurem as instâncias comunicacionais que atuam para prover a necessária integração social e determinar o curso de ação coletiva em sociedades cada vez mais complexas e plurais. Leonardo Barbosa, apoiado em Habermas, refere-se à esfera pública como um mecanismo de intermediação entre o sistema político, os sistemas privados e os sistemas especializados de ação. Haveria, então, uma rede supercomplexa que “articula uma enorme quantidade de espaços, pontos de vista, temas, círculos políticos e assim por diante”, de modo a compor um complexo de “esferas públicas mais ou menos especializadas”⁵⁶.

Portanto, a produção normativa institucionalizada não é, em absoluto, a única estrutura de integração e autodeterminação sociais. Todavia, conforme ressaltam Lenio Streck e Marcelo Cattoni, o referencial normativo em que se traduzem as normas jurídicas tem função essencialmente operacional na sociedade, coordenando e arbitrando os diversos planos de ação dos atores sociais pela estabilização normativa de comportamentos temporais e sociais⁵⁷. Dando-se, portanto, que o processo legislativo parlamentar consubstancia o lócus, por excelência, da deliberação público-coletiva, assumindo, no modelo aqui enfocado, um molde representativo essencial para a sua legitimação.

⁵⁵ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 107.

⁵⁶ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 60.

⁵⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lenio L.. *Comentário ao art. 59*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1119.

1.3. As três dimensões conceituais de devido processo legislativo

Assentada essa premissa, passa-se a examinar o conceito de devido processo legislativo, no pressuposto de sua serventia para o entendimento e o arranjo dogmático das regras e princípios jurídicos que determinam normativamente o procedimento de elaboração legislativa.

Nesse sentido, revisitam-se os diferentes empregos doutrinários e jurisprudenciais da expressão, embora se identifique, como ponto de contato entre eles, uma aproximação à ideia de adequação ou validade normativa ou, ainda noutras palavras, da própria legalidade. Cita-se, nesse sentido, a seguinte definição doutrinária: “o conjunto de regras e princípios constitucionais, legais, regimentais e de resoluções que estabelece um processo legislativo constitucionalmente adequado, com proteção dos direitos de participação dos parlamentares”⁵⁸.

Já com olhos postos na jurisprudência do STF, Victor Marcel Pinheiro categoriza três dimensões para a figura do devido processo legislativo:

- a) Dimensão regulatória-individual: devido processo legislativo como conjunto de regras constitucionais (e eventualmente legais e regimentais) que disciplina o processo legislativo, cujo respectivo direito de proteção é de titularidade individual dos parlamentares;
- b) Dimensão regulatória-difusa: devido processo legislativo como conjunto de regras constitucionais (e eventualmente legais e regimentais) que disciplina o processo legislativo, cujo respectivo direito de proteção é de titularidade difusa;
- c) Dimensão principiológica: devido processo legislativo como conjunto de princípios constitucionais que disciplina o exercício do poder político pelo Poder Legislativo mediante a produção normativa⁵⁹.

⁵⁸ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos 'contrabandos legislativos'*. In: FELLET, A.; NOVELINO, M. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Jus Podium, 2014, p. 247.

⁵⁹ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 83.

Na primeira acepção, a **regulatória-individual**, o devido processo legislativo é considerado como o conjunto, a agregação de regras procedimentais e formais de elaboração normativa parlamentar, cuja tutela jurídica é de interesse exclusivo dos parlamentares. Noutras palavras, toma-se o devido processo legislativo enquanto “conceito-resumo”⁶⁰, uma espécie de título, indicativo topográfico ou sinalização temática de um determinado domínio jurídico (no caso, o do procedimento de produção legislativa).

Foi a partir dessa concepção que se formou a denominada “doutrina brasileira do mandado de segurança”, designativa do uso desse remédio constitucional pelos parlamentares para a proteção jurisdicional da validade aplicativa do processo legislativo e para obstar a tramitação de propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir quaisquer das cláusulas pétreas inscritas no § 4º do art. 60.

O primeiro caso dessa natureza, com referência expressa ao “devido processo legislativo, é o MS 22.503⁶¹, impetrado por deputados federais que impugnavam a inclusão, na Ordem do Dia, da PEC 33/1995. A alegada identidade entre emenda aglutinativa e emenda substitutiva já rejeita pelo Plenário da Casa foi arguida como burla à proibição de reapresentação de emenda constitucional rejeitada, conforme o art. 60, § 5º, da Constituição. Matéria regimental também foi suscitada, porém o STF conheceu apenas da temática diretamente constitucional, nos termos do entendimento jurisprudencial de que a tutela de normas regimentais configuraria matéria *interna corporis*, insindicável pelo Poder Judiciário.

Victor Marcel Pinheiro julga essa abordagem dogmaticamente insuficiente por duas razões: **a)** não se pode entender que apenas os parlamentares sejam titulares de interesses juridicamente protegidos em matéria de processo legislativo, pois se trata de arranjo institucional dedicado ao intercâmbio e à inter-referência pública de argumentos e visões políticas variadas; **b)** o processo legislativo, enquanto prática social institucionalizada, é mais do que uma somatória de regras e fases processuais; é fenômeno

⁶⁰ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 85.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança: MS 22.503/DF*. Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Maurício Corrêa, DJ 08.05.1996.

jurídico e, portanto, demandante de uma justificação normativa que lhe atribua coerência e finalidade, com isso viabilizando o seu respectivo controle⁶².

A dimensão **regulatória-difusa**, a seu turno, diferencia-se da anterior por identificar na sociedade, difusamente, a titularidade do interesse jurídico à proteção do conjunto de normas procedimentais afeitas à produção legislativa. Foi a noção a que o STF recorreu no julgamento da ADI 5.127, quando se decidiu que a inserção de emendas tematicamente dissociadas do texto de medida provisória seria um expediente atentatório ao direito fundamental ao devido processo legislativo, “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”⁶³.

É exatamente essa a dimensão identificada por Leonardo Barbosa ao qualificar o devido processo legislativo como um direito fundamental de titularidade social ou difusa, que se desdobra em direito de defesa e em direito à sua organização procedimental:

O direito ao devido processo legislativo é um exemplo de direito fundamental de titularidade difusa, não um direito subjetivo de um ou outro parlamentar, ao menos no que se refere à regularidade do processo de produção das leis. Esse direito funciona simultaneamente como um direito de defesa e como um direito à organização e ao procedimento. Enquanto direito de defesa, o direito ao devido processo legislativo articula, em princípio, pretensões de abstenção e anulação. As pretensões de abstenção dirigem-se aos órgãos legislativos e exigem que os mesmos se abstenham de exercer sua função em desconformidade com os parâmetros constitucionais e regimentais que a regulam. As pretensões de anulação, por sua vez, são comumente dirigidas ao Poder Judiciário, que delas conhece em sede de controle de constitucionalidade. Enquanto direito à organização e ao procedimento, o direito ao devido processo legislativo consagra uma pretensão de caráter positivo, dirigida ao legislador: os procedimentos relacionados ao exercício da função legislativa devem ser normatizados de acordo com as prescrições constitucionais relevantes. Nenhum órgão colegiado pode funcionar de maneira adequada sem um regimento detalhado, o que é fornecido no caso brasileiro pelos regimentos internos⁶⁴.

⁶² PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 87-88.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5.127/DF*, Relatora: Ministra Rosa Weber. Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin, DJ. 15/10/2015, Voto da Min. Rosa Weber, p. 32 do acórdão.

⁶⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 195-196.

Esse ponto é de máxima relevância e toda pertinência para este trabalho, pois saber da titularidade de um direito fundamental ao devido processo legislativo é matéria que impacta direta e decisivamente na elaboração teórica e dogmática do instituto parlamentar das questões de ordem. Isso porque, embora não se discuta a legitimidade processual exclusivamente parlamentar para a formulação de questões de ordem, parece-nos evidente que o seu perfil normativo, o modo de sua interpretação e aplicação, varia consideravelmente em função da titularidade que se venha a reconhecer para o direito ao devido processo legislativo.

Numa perspectiva individual, o devido processo legislativo operaria como simples prerrogativa parlamentar⁶⁵, assim entendida como categoria que alude, justamente, a uma posição jurídica ativa de alcance antecipadamente restrito a esse ou aquele grupo de sujeitos de direito. Logo, não aberta à investidura por todos aqueles que, dotados de personalidade jurídica, vocacionam-se para a aquisição, o desfrute e o controle de direitos em geral.

Se, noutro giro, o processo legislativo (e o direito à sua plenitude normativa) é entendido como algo além de um “problema dos parlamentares”⁶⁶, como fenômeno cuja funcionalidade jurídica extravasa interesses meramente corporativos, aí a questão de ordem pode também alcançar outra dimensão. Nada obstante os parlamentares atuem na ponta mais operacional do vínculo representativo, ocupando posição privilegiada para o exercício de competências processuais, é certo que a aderência do processo legislativo ao seu figurino normativo, e à base principiológica que lhe subjaz, são temas de interesse geral e central para a legitimidade do ordenamento jurídico e da própria democracia representativa. Torna-se fortemente questionável, sob essa ótica, uma leitura do processo legislativo, e de seus mecanismos de controle, que se compadeça com uma ideia de que as suas regras traduziriam “verdadeiras *ilhas corporativas de discricionariedade*”⁶⁷.

Por fim, apresenta-se a dimensão **principiológica** do devido processo legislativo, elemento central da teoria elaborada por Victor Marcel Pinheiro, para quem o devido

⁶⁵ FERREIRA ROSA, Bruna Borghetti Camara. *Prerrogativa do parlamentar ao devido processo legislativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁶⁶ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 213.

⁶⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito?* In: MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade [orgs.]. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018, p. 1-30.

processo legislativo não se reduz a um conjunto de regras articuladas, “mas [compõe-se] também de princípios que estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado mediante a atividade estatal nos momentos de elaboração normativa legislativa”⁶⁸. Transcende-se, com isso, uma dimensão prescritiva imediata, limitada à descrição objetiva e ao controle das regras de conduta e de faseamento processual que integram a atividade legislativa. E se busca extrair, do conceito de devido processo legislativo e do repositório normativo constitucional, fontes principiológicas de deveres de criação e interpretação dos procedimentos de produção legislativa.

Como exemplo de aplicação decisória dessa ideia, menciona-se o julgamento conjunto da ADI 4.357 e da ADI 4.425 - mais especificamente, os votos vencidos dos ministros Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Decidia-se, na ocasião, sobre a validade do processamento da Emenda Constitucional nº 62/2009, cujos turnos de discussão e votação ocorreram no mesmo dia, *quebrando-se* o interstício regimental de 5 (cinco) dias úteis (art. 362 do RISF).

Ainda que não tenha feito referência expressa a um princípio deliberativo, o ministro Ayres Britto desatou das regras constitucionais do processamento de emendas à Constituição o objetivo de dar “uma espécie de trégua mental ou de intervalada reflexão entre um primeiro e um segundo turno de debate e votação. Com o que se dificulta (sic) levianas ou açodadas alterações no Estatuto Político maior do Estado e da sociedade brasileira”⁶⁹. Entretanto, a maioria, capitaneada pelo ministro Luiz Fux, concluiu que o silêncio textual da Constituição sobre o período exato de intervalo entre primeiro e segundo turnos seria o suficiente para afastar a arguição de inconstitucionalidade, descabendo-se, ainda, a consideração isolada do dispositivo regimental sobre o tema.

Por outro lado, observa Victor Marcel Pinheiro que mesmo os ministros filiados à corrente majoritária teceram juízos sobre a qualidade e a densidade da deliberação empreendida pelo Congresso Nacional no exame da PEC que redundou na Emenda Constitucional nº 62/2009. Fizeram, portanto, considerações qualitativas da deliberação legislativa, para além do momento específico de intervalo entre os turnos de discussão e votação, mas levando em conta “o processo legislativo como um todo”.

⁶⁸ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 4.357/DF*, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux, DJ 14.03.2013, p. 29.

Convém mencionar, ainda, outro julgado paradigmático destacado pelo autor em comentário. Trata-se da já citada ADI 5.127, em cujo desfecho o STF assentou o entendimento de que é inconstitucional a prática do coloquialmente chamado *contrabando legislativo*, pela inserção de emendas tematicamente dissociadas do objeto original de medidas provisórias. O caso é relevante, pois o STF afirmou que essa regra de conduta legislativa (a de guardar a pertinência temática entre emendas e medidas provisórias) decorreria da implicitude constitucional, assim aferida por uma interpretação sistemática e unitária. Ou seja, o STF se valeu de uma abordagem essencialmente principiológica, buscando fundamentos normativos de justificação e coesão prescritivas, que apontam para um “mínimo padrão procedimental constitucional”⁷⁰.

Traçado esse panorama jurisprudencial, Victor Marcel Pinheiro resume da seguinte forma o conceito de devido processo legislativo adotado em seu trabalho:

Neste trabalho, entende-se que o devido processo legislativo é o conjunto articulado de princípios e regras jurídicas que estabelecem diversas exigências para o processo de produção legislativa, no sentido de ser a base normativa para a interpretação de outras normas sobre o tema e para a criação de deveres de proteção e institucionalização especialmente para o Poder Legislativo. O devido processo legislativo, portanto, exige a criação de uma normatização do processo legislativo que respeite as características da prática política de uma democracia representativo-deliberativa, como a brasileira⁷¹.

É a partir dessa dimensão do devido processo legislativo, impregnada de principiológica, que o autor passa a discorrer sobre aqueles que, em sua doutrina, compõem os 5 (cinco) princípios estruturantes do processo de elaboração normativa parlamentar: igualdade política, publicidade, participação, deliberação e eficiência.

Há, evidentemente, outras propostas doutrinárias para o elenco dos princípios regentes do processo legislativo⁷². Como dito, porém, focar-se-á, nesta dissertação, na proposição teórica de Victor Marcel Pinheiro, notadamente pelo apego do autor assim aos

⁷⁰ GARDBAUM, Stephen. apud PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 102.

⁷¹ Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 105.

⁷² Vale mencionar, por ilustração, o rol de “princípios do processo legislativo” apresentado por José Afonso da Silva: “[...] a) o da publicidade, b) o da oralidade, c) o da separação da discussão e votação, d) o da unidade da legislatura, e) o do exame prévio dos projetos por Comissões Parlamentares” (SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 52).

contornos sociais da prática parlamentar como ao perfil normativo da Constituição Federal. Considera-se, por exemplo, que “o processo legislativo, como prática centrada na produção normativa parlamentar, dispõe de recursos escassos de tempo, pessoal, informação, atenção política, entre outros”, mas se afirma que o trabalho “parte da Constituição Federal de 1988 e de suas normas e não de uma teoria da democracia apartada do ordenamento jurídico brasileiro”.

1.4. Os princípios constitucionais estruturantes do processo legislativo

Indo diretamente ao primeiro princípio, o da **igualdade política**, identifica-se como sua base constitucional o art. 5º, *caput* e inciso I, as normas atinentes ao Estado Democrático de Direito, à cidadania e à participação direta e indireta do povo no exercício do poder político, conforme o art. 1º da Constituição. Para além disso, como elementos centrais de uma prática política igualitária, figuram a regra da maioria (art. 47 da Constituição) e os mecanismos de proteção das minorias políticas e parlamentares (art. 58, § 3º, entre eles).

Jeremy Waldron defende e justifica a legitimidade da regra da maioria como forma de respeito às opiniões individuais por permitir que todas as posições sejam apresentadas e devidamente consideradas. É pela regra da maioria que se atribui, para uma tomada de decisão coletiva, o maior peso possível aos entendimentos individuais, que só encontram restrição política na ideia de igualdade das demais opiniões⁷³.

A regra da maioria é, indubitavelmente, *peça-chave* em qualquer modelo democrático de deliberação política. O próprio Waldron reconhece, porém, que a incorporação de uma ideia de igualdade no sistema representativo demanda outras engrenagens institucionais⁷⁴. É preciso examinar a carga de representatividade do pacote institucional como um todo, a fim de que, durante o processo legislativo, sejam considerados e *decantados* todas as visões e todos os interesses socialmente presentes e politicamente representados⁷⁵.

⁷³ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 128.

⁷⁴ “Nós projetamos a estrutura representativa, o sistema de eleições e os procedimentos do legislativo para que, como um pacote, eles satisfaçam a igualdade política. Nem a regra da maioria entre os eleitores nem a regra da maioria entre os legisladores fazem isso sozinhas; é o pacote que funciona”. (WALDRON, Jeremy. *Political Theory*. Oxford: Harvard University, 2016, p. 165).

⁷⁵ “A igualdade, portanto, exige representatividade (em sentido descritivo e substantivo) do arranjo institucional de exercício do poder político como um todo (“pacote”) e, em especial, do processo legislativo,

No caso brasileiro, como visto, a regra majoritária é constitucionalizada para a generalidade das deliberações, ainda que admita exceções importantes em termos de quórum qualificado de votação. Contudo, sem que se desnature esse regra básica, a densificação do princípio da igualdade política também passa decisivamente pela atribuição da máxima relevância possível às posições minoritárias.

Para além dos referidos quóruns qualificados ou regras de supermaioria, que acabam por outorgar às minorias um poder de veto, Victor Marcel Pinheiro chama atenção para a estruturação de regras de submaioria, pelas quais se atribuem “competências para as minorias efetivamente tomarem decisões com efeitos jurídicos relacionados ao procedimento legislativo”⁷⁶. Vermuelle, nesse mesmo trilha, destaca que “as regras de submaioria são mais bem compreendidas em termos processuais, como dispositivos que empoderam as minoriais para forçar a responsabilidade pública e a transparência sobre a maioria”⁷⁷.

Para além dos requerimentos de instalação de comissões parlamentares de inquérito, o exemplo talvez mais evidente de ferramenta procedimental posta à disposição das minorias seja o poder que tem 1/10 (um décimo) dos membros de cada Casa legislativa para, nos termos do inciso I do § 2º do art. 58 da Constituição, endereçar ao Plenário matéria apreciada em caráter terminativo nas Comissões.

No que concerne mais de perto a este trabalho, cabe a reflexão sobre a existência (e a extensão) de um vínculo funcional entre o princípio da igualdade política e o mecanismo das questões de ordem. O tema será mais detidamente elaborado no Capítulo 5, porém convém repisar, desde logo, que a formulação de questões de ordem, enquanto método de controle da ordenação normativa dos trabalhos parlamentares, pode ser manejado, individualmente, por qualquer parlamentar (art. 403 do RISF e art. 95 do RICD). É, portanto, um instrumento que, ao menos em termos de legitimidade, é perfeitamente talhado para que as minorias se oponham, no plano da normatividade, a eventuais supressões de direitos percebidas durante o procedimento legislativo.

de modo que os interesses, posições e argumentos dos representados possam ser levados em consideração no processo de tomada de decisão em ambiente igualitário” (Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 121).

⁷⁶ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 124.

⁷⁷VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutions Design Writ Small*. Oxford: Oxford University, 2007, p. 90.

É bem verdade que, embora a competência decisória recaia inicialmente sobre o Presidente da Casa, a instância recursal (e definitiva) é o Plenário, de modo que, direta ou indiretamente, implícita ou explicitamente, a questão se submete à regra majoritária. Isso, contudo, não nos parece esvaziar a relevância do instituto, por duas razões aqui resumidamente apresentadas: **a)** primeiramente, pela circunstância, destacada há muito por Waldron, de que o critério majoritário governa inclusive as instâncias judiciais colegiadas, de modo que a sua adoção, por si só, não torna menos prestigiosa ou qualificada a decisão⁷⁸; **b)** em segundo lugar, porque a formulação centrada e detida de uma questão de ordem instaura (ou deve instaurar, conforme será aprofundado mais adiante) um momento deliberativo próprio, em apartado, no qual o tema suscitado há de ser problematizado, sob o ângulo aberto do contraditório, com responsividade e efetiva consideração dos argumentos apresentados e o consequente oferecimento das razões decisórias, inclusive por um diálogo impositivo com manifestações precedentes.

Avançando nesse esforço de sumarização dos princípios estruturantes do processo legislativo, tais como concebidos por Victor Marcel Pinheiro, passa-se ao princípio da **participação social**. Do ponto de vista conceitual, a ideia se desata do prisma substantivo e responsivo pelo qual se enxerga, no trabalho, o vínculo de representação política. Em termos de normatividade constitucional, refere-se a:

(...) normas como soberania popular (art. 1º, inciso I, e art. 14, caput), direito de acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXIII), direito de petição (art. 5º, XXXIV), possibilidade de realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, inciso II), direito de qualquer pessoa exigir providências perante o Poder Legislativo (art. 58, § 2º, inciso IV) e formas específicas de participação social em alguns desses ambientes mediante iniciativa legislativa popular, plebiscito e referendo (art. 1º, parágrafo único) e nas atividades da Administração Pública (art. 18, §§ 3º e 4º, art. 37, § 3º, art. 74, § 2º, art. 194, VII, 204, II, art. 206, VI e art. 227, § 7º)⁷⁹.

Desse arcabouço normativo, retira-se a exigência de que sejam estruturados, no processo legislativo, mecanismos institucionalizados de participação social. Isso não obstante, Victor Marcel Pinheiro reforça a premissa de que o processo legislativo é fenômeno diretamente associado à relação de representação política em sentido

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

⁷⁹ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 128.

substantivo. Enfatiza, dessa forma, que, à luz dos contornos próprios da prática social em que se traduz o processo legislativo, percebe-se que os modos mais informais, menos institucionalizados de participação social ocupam espaço relevante na dinâmica representativa. Conversas pessoais não formalizadas, ligações telefônicas, mensagens privadas, tudo isso mantém vivo o fluxo comunicacional entre representados e representantes.

Por outro lado, em prol da institucionalização, argumenta-se que esses canais não formalizados carregam fortes assimetrias informacionais e de capacidade de influência, além de carecerem de publicidade, outro elemento normativo relevante. A consagração institucional tenderia, nesse sentido, a pavimentar, pela redução de custos de participação social, o caminho da interlocução política para outros atores.

Depois de aludir a julgados do STF concernentes a instâncias de participação social no Poder Executivo (ADI-MC 6.121 e ADPF 622) e a experiências internacionais (na África do Sul e na União Europeia), o autor, mais uma vez recorrendo ao pressuposto da natureza material ou substantiva da representação política, não se contenta com as categorias da teoria geral do processo, nomeadamente a do “interesse” e a do “contraditório”, pois impassíveis de alcançar a indeterminação (do ponto de vista discursivo) dos motivos e razões que transitam pelo universo de representados.

Levada ao limite essa aproximação com a teoria processual, a interlocução política ficaria engessada por formalidades e controles próprios de institutos como o da legitimidade, da intimação, entre outros. Daí por que mecanismos importantes como audiências e consultas públicas prescindem desse tipo de controle técnico-normativo quantos à habilitação de seus participantes. Seja como for, é evidente que “haverá limitações decorrentes de outros princípios do devido processo legislativo a esse direito de participação *prima facie*, em razão das demandas de igualdade política e de outras como a publicidade, o caráter deliberativo e a eficiência do processo legislativo”⁸⁰.

Próxima da participação social está a ideia-força da **publicidade**, o terceiro dos princípios estruturantes do processo legislativo. Partindo-se sempre do *regação* normativo-constitucional, Victor Marcel Pinheiro faz referência ao princípio explícito da publicidade, nos termos do art. 37, *caput*, à previsão geral do direito de obter informações dos órgãos públicos e, *a contrario sensu*, como forma de evidenciar a regulação

⁸⁰ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 135.

diretamente constitucional da publicidade nos trabalhos parlamentares, às hipóteses de votação secreta no Senado Federal (incisos III, IV e XI do art. 52 da Constituição Federal).

A propósito, a historiografia do entendimento do STF sobre a publicidade do voto parlamentar conduz a duas observações importantes: **a)** a primeira, de que “todos os julgados que tratam do tema da publicidade dos trabalhos parlamentares dizem respeito a votações não legislativas, ou seja, decisões sobre atos concretos relacionados a determinadas situações ou pessoas específicas”⁸¹; **b)** a segunda, atinente ao fato de que “a discussão até então travada sobre o princípio da publicidade aos trabalhos parlamentares ainda é restrita ao elemento da votação e não recai sobre diversos outros momentos do processo legislativo em que pode haver a sua incidência”⁸².

Na tese, apresenta-se uma rica pesquisa sobre a jurisprudência europeia no tema e as potencialidades já reconhecidas para o princípio da publicidade, à qual se endereça o leitor, dados os limites desta dissertação. Mais substantivamente, mencionam-se Jeremy Bentham e a sua defesa da publicização prévia de razões como critério legitimador do exercício do poder político (inclusive parlamentar), por tratar os homens como seres racionais. Isso, naturalmente, imbrica-se com a temática das questões de ordem, pois o oferecimento claro e preciso de razões decisórias há de ser tido como fator de legitimação do provimento. O que exige neste trabalho uma abordagem mais detida, e será relançado no Capítulo 5, é a eventual correlação entre publicidade, transparência e a consideração de decisões pretéritas no enfrentamento de temas iguais ou similares. Uma cultura de justificação, que deve circundar toda e qualquer imposição normativa, parece ser uma chave analítica importante nesse ponto.

Como princípio jurídico que é, porém, há de se admitir que o princípio da publicidade, embora aponte para um estado ideal de coisas, é concretizado contingencialmente, a depender de critérios como o conteúdo da informação, o público, o tempo e o suporte em que se materializa. Isso, claro, pelo influxo concorrente de princípios outros como o da deliberação e o da eficiência.

⁸¹ São elas: “julgamento de crime de responsabilidade pelo chefe do Poder Executivo, cassação de mandato parlamentar, eleição indireta no caso de dupla vacância para mandatários do Poder Executivo ou eleição das Mesas das Casas Legislativas” (PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 138-139).

⁸² PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 139.

Chega-se, com isso, ao princípio que talvez seja o *núcleo duro ou contracto* do processo legislativo, que é o princípio da **deliberação**. Afinal, o processamento e a tomada de decisão legislativa compõem, como já tantas vezes dito aqui, projeção elementar de um regime democrático de tipo representativo-deliberativo, estruturado com vínculo substantivo permanente entre representantes e representados. Donde a necessidade de se vitalizar e potencializar a prática deliberativa, que tem, como pano de fundo jurídico-positivo, dispositivos constitucionais que tratam da discussão de proposições legislativas: art. 58, § 2º, inciso I; art. 60, § 2º; art. 64, caput; art. 65, caput; e art. 11, parágrafo único, do ADCT.

Conceitualmente, Bächtiger apresenta uma definição minimalista de deliberação, tida como a “comunicação mútua que envolve ponderação e reflexão sobre preferências, valores e interesses em matérias de interesse comum”⁸³. Oferecimento e discussão formal de razões estão, portanto, na base elementar da dinâmica deliberativa. O que não significa que isso se limite à fase processual intitulada de “discussão”, centrada nos debates orais em sessões de Plenário ou reuniões de comissões. Da justificação da proposição aos pareceres, passando pelos requerimentos incidentais, tudo expressa o processo de consideração e reflexão entre as diversas óticas e posições sobre o tema.

Um ponto relevante, nesse tema, reside na crítica que se faz a uma dimensão deliberativa essencialmente externa ou artificializada nos Parlamentos. É a ideia de que *tudo não passa de faz de conta* ou de que os políticos, em larga medida, *representam que representam o povo*. Sobre isso, convém citar a passagem abaixo:

Para além disso, a deliberação pode gerar benefícios positivos em termos epistêmicos, de reforço de valores comunitários, do sentimento de respeito às posições divergentes e de educar os participantes da prática deliberativa sobre o conteúdo em debate e das habilidades necessárias para deliberação (MENDES, 2013, p. 22-23). No que se refere ao potencial epistêmico da deliberação como troca pública de argumentos, ela permite a identificação de novas informações relevantes para a questão a ser decidida, demarcando posições e colaborando com a construção de preferências dentro e fora do Parlamento. Mesmo o discurso político estratégico e autointeressado faz parte do processo de aprendizado e formação de preferências (ALMEIDA, 2018, p. 11). Isso significa que há um potencial epistêmico na deliberação que não pode ser rejeitado de

⁸³ BÄCHTIGER, Andre et al. *Deliberative Democracy: an Introduction*. In: BÄCHTIGER, Andre et al. *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University, 2018, *apud* PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 150.

plano. Desde a metáfora de Aristóteles de que o “banquete em que muitos contribuem é melhor do que um organizado apenas por uma pessoa”, há a percepção de que a troca de argumentos pode enriquecer a tomada de decisão revelando informações desconhecidas para alguns de seus participantes (ESTLUND; LANDEMORE, 2018, p. 120-121). Embora o debate sobre o valor epistêmico da deliberação continue em andamento e já conte com algumas pesquisas empíricas que examinam em que situações ele é mais presente, é suficiente aqui apontar seu potencial, de modo que deve ser considerado um dos fatores relevantes a justificar a importância do princípio da deliberação como um dos estruturantes do devido processo legislativo⁸⁴.

Independentemente do grau de aderência entre a motivação interna e a vocalização dos argumentos, tema a ser objeto de estudo minudenciado pela ciência política, pode-se reconhecer que o potencial epistêmico da deliberação se manifesta, notadamente em termos normativos, por aquilo que vem à tona, ou seja, naquilo que se expõe ao *sol a pino* das instituições democráticas. São essas razões públicas objetivas ou, quando menos, formalizadas, que passam a ditar o diapasão do discurso político, e também jurídico, das instituições. E, por isso mesmo, para além de uma legitimação decorrente da mencionada “cultura de justificação”, são essas razões que abrem ensejo para que atores políticos, constituídos ou não, possam dialogar com elas, dotados assim de um referencial. Sem falar, ainda, no acúmulo temporal dessas razões enquanto modo de maturação e estabilização institucional, pois é de se intuir que oscilações e inconsistências costumam politicamente menos diante de processos decisórios com uma carga deliberativa menor⁸⁵. Ou, a *contrario sensu*, é de se pressupor que a prática deliberativa, com a declinação pública de razões, dificulta (embora não impeça absolutamente) “a escolha de alternativas que sejam fruto exclusivamente de preferências particularistas e injustificadas (*naked preferences*)”⁸⁶.

Isso é particularmente importante na formulação e, mais ainda, no equacionamento de questões de ordem, instituto de conteúdo essencialmente normativo e afinado com um discurso de cariz jurídico. Não à toa que o art. 404 expressamente exige

⁸⁴ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 153-154.

⁸⁵ “Essa prática também gera um ônus de consistência argumentativa em casos futuros em situações semelhantes, de modo que a tomada de uma decisão política com base em um argumento no presente cria a expectativa de que ele seja novamente adotado no futuro em situação semelhante” (p. 155).

⁸⁶ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 154.

que a questão de ordem seja acompanhada da indicação do dispositivo regimental que lhe serve de base.

Outro aspecto desenvolvido no trabalho em comento, e que vale ser destacado aqui, concerne à certa permissividade ou maleabilidade conteudística do discurso político. O ponto pode ser resumido no seguinte trecho:

Considerando que o processo deliberativo de tomada de decisão em arenas legislativas é marcado por discursos de diversas naturezas, inclusive ideológicos, não se deve partir de um pressuposto de que haveria uma suposta imparcialidade ou postura científica que possa guiar a tomada de decisão política apenas por critérios técnicos ou objetivos. Pelo contrário, o discurso legislativo é flexível e permeável o suficiente para permitir que diferentes visões de mundo possam ser justificadas à luz de diferentes valores, narrativas e ideologias. Isso significa afastar qualquer pretensão substantiva de um ideal de racionalidade como uma suposta faculdade humana de compreender o mundo ou identificar ações moralmente corretas de modo isolado ou independente da interação com outros seres humanos⁸⁷.

Nesse tópico, aliás, abre-se um diálogo interessante com a formulação de Ana Paula de Barcellos, no sentido de um “direito fundamental a um devido procedimento na elaboração normativa”, impositivo de um “dever de o proponente da norma apresentar, de forma pública, as razões pelas quais considera que tal norma deve ser editada e as informações que as fundamentam”⁸⁸. Há elementos teóricos importantes nessa discussão, porém não perfeitamente pertinentes ao tema das questões de ordem, já sabido que se tratam, elas, de um procedimento incidental ao processo legislativo e acentuadamente regido por um discurso de tipo jurídico⁸⁹. Ou, noutras palavras, as questões de ordem suscitam discursos jurídicos aplicativos, e não afeitos à “elaboração normativa”, o que nos parece exigir cargas *fundamentativas* diversas. O ponto será retomado mais adiante,

⁸⁷ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 158.

⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 74.

⁸⁹ “Diante disso, é importante registrar que não é possível exigir o mesmo grau de “racionalidade” da lei e dos atos administrativos, judiciais ou atos privados. Isso porque o processo de elaboração legislativa é marcado por forte limitação cognitiva, de tempo, recursos e atenção dos Parlamentos (“racionalidade limitada” do legislador, como acima exposto) e, além disso, o discurso legitimamente admitido nessa prática é muito mais plural e diversificado do que o discurso jurídico de concretização ou aplicação de normas jurídicas (ainda que normas constitucionais)” (PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 162).

no Capítulo 5, porém vale ilustrá-lo com os seguintes juízos de inspiração teórico-discursiva:

O conceito de racionalidade comunicativa apela à racionalidade inerente aos procedimentos discursivos que tematizam pretensões de validade tornadas problemáticas. O que garante a aceitabilidade racional das conclusões obtidas por meio da argumentação são as condições epistêmicas do procedimento discursivo. Tais condições devem reproduzir de maneira suficientemente aproximada (de acordo com a percepção dos participantes do discurso) as características inerentes à comunicação orientada ao entendimento (situação ideal de fala), permitindo uma troca de razões livre e aberta entre os sujeitos que interagem⁹⁰.

(..)

De acordo com Klaus Günther, é por meio dessa atividade de justificação que as normas jurídicas ganham validade. Dizer, entretanto, que uma norma é válida não esgota o problema de sua aplicação a um caso concreto. O discurso de justificação, desenvolvido no processo legislativo, deve ser complementado por um discurso de aplicação, que avalia se uma norma é adequada ou não para regular determinado caso concreto⁹¹.

A dimensão discursiva dos precedentes, nesse contexto específico das questões de ordem e de sua embocadura jurídico-aplicativa, bem como a correlação entre eles, precedentes, com o princípio deliberativo, tudo isso será objeto de consideração mais adiante. Tarefa, essa, que se torna peculiarmente desafiadora pelo perfil jurisdicional de um processo (o de apreciação de questões de ordem) que é incidental ao processo legislativo, prática social essa que, é o que se vem de expor, tem contornos próprios e não equiparáveis à atividade jurisdicional. O trabalho, portanto, lida com uma certa *cacofonia* entre os discursos que permeiam a apresentação e a apreciação de questões de ordem, como se percebe no relato do caso que abre esta dissertação. A idealização, ainda que em linhas introdutórias e aproximativas, de uma forma de acomodação do instituto dos precedentes nessa *linha por vezes cruzada* é o que figura como ponto de afunilamento deste estudo.

⁹⁰ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 114.

⁹¹ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 76.

Antes de chegar a ele, porém, é preciso dar conta de outras premissas teóricas que nos parecem de todo oportunas. E a próxima delas é o último dos 5 (cinco) princípios estruturantes desenvolvidos por Victor Marcel Pinheiro: o **princípio da eficiência**.

A base normativa, na falta de um dispositivo especificamente referido ao processo legislativo, é identificada no *caput* do art. 37 da Constituição, inclusive pelo STF, como no julgamento da ADI 1.635. Discutia-se, na ocasião, a constitucionalidade da limitação instituída pelo § 4º do art. 35 do RICD ao número de comissões parlamentares de inquérito em funcionamento concomitante, considerado o silêncio constitucional sobre o tema. O ministro relator, Maurício Corrêa, assim decidiu, em clara alusão à ideia de eficiência, embora não a tenha citado nominalmente:

O ideal seria que as CPIs pudessem funcionar organizando-se ilimitadamente, porque quanto mais fiscalização das ações governamentais, tanto melhor para um País que ainda caminha na busca da consolidação da cidadania. Porém, Democracia exige disciplina, disciplina que há que coexistir com as garantias constitucionais já assentadas em nosso ordenamento maior a fim de que deixem elas de ser meramente visões programáticas para que convertêrem em institutos permanentes. [...] Ademais, como ficou explicitado, o limite de cinco comissões parlamentares de inquérito tem como primordial objetivo evitar que não se esvazie a função essencial do Poder Legislativo, que é a elaboração das leis. Além disso, o número excessivo de comissões seria prejudicial a seu próprio funcionamento, visto que não haveria condições de tempo, de espaço, de material nem de pessoal, para se montar uma infraestrutura adequada aos objetivos colimados. Enfim, o dispositivo em apreço, ao invés de contrariar a Carta Fundamental, cria mecanismos para viabilizar o funcionamento das comissões parlamentares de inquérito⁹².

O conceito de eficiência que se vai aqui subscrever aponta para a necessidade ideal de que o devido processo legislativo incorpore a mobilização de recursos escassos para a tomada de decisão⁹³. Nesse sentido, ganha relevância o que talvez seja o mais escasso deles: o tempo. Mecanismos de abreviação procedimental, como os requerimentos de urgência e de encerramento de discussão, e noções processuais clássicas, como o já

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1.635/DF*. Relator: Min. Maurício Corrêa, DJ 19.10.2000, p. 11-12.

⁹³ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 165.

aludido instituto da preclusão, podem, a depender da conjuntura concreta em que utilizados, servir a um imperativo de eficiência na produção legislativa.

Outra base própria de incidência do princípio da eficiência nos assuntos legislativos consiste no próprio produto normativo a ser elaborado. Fala-se, nesse aspecto, na concepção e utilização de métricas de resultado da concretização normativa, de modo a orientar a elaboração legislativa à máxima eficiência aplicativa e no que condiz com seus impactos efetivos, notadamente na proteção e na promoção de direitos fundamentais. Ana Paula de Barcellos chama atenção para o ponto, sustentando a necessidade de se apresentarem dados concretos mensuráveis já existentes sobre o tema a ser disciplinado, mas também os dados esperados com a implementação da medida legislativa proposta⁹⁴.

Para o que mais de perto interessa neste trabalho, contudo, as repercussões procedimentais da eficiência ganham especial relevância, pois são justamente elas que infletem sobre as questões de ordem, *pressionando-as* a uma resolução célere e, muitas vezes, puramente oral e extremamente sucinta.

Sobre a oralidade, em si, não há nada de intrinsecamente errado com ela. As atividades parlamentares se desenvolvem, significativamente, por esse modo e essa é uma realidade inexorável. Aliás, José Afonso da Silva chega a elencar a oralidade como um dos princípios do processo legislativo, ao passo que Marcelo Cattoni se refere, também como base principiológica do tema, à “economia procedimental”⁹⁵. Nesse ponto, Victor Marcel Pinheiro, ainda que não correlacione explicitamente a natureza das regras regimentais com uma abordagem mais tradicionalmente processual, acaba recorrendo a uma categoria própria da teoria geral do processo como chave regulatória dessa necessidade de conciliar eficiência com a variabilidade ínsita aos trabalhos parlamentares. Refere-se, ele, ao:

“princípio da instrumentalidade das formas como exigência do princípio da eficiência, no sentido de que especialmente as regras regimentais devem ser compreendidas como mecanismos de se chegar a uma solução política viável e em tempo hábil, que

⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 176.

⁹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado democrático e direito? Uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo - 19 anos depois*. In: BAHIA, A. G. M. F. de M. et al. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo: história e teoria constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018, p. 8.

possa contar com o apoio da maioria em determinado momento, sem, entretanto, descurar dos demais princípios estruturantes do devido processo legislativo”⁹⁶.

Pois bem. *Passado em revista* o marco teórico adotado neste trabalho para o princípio do devido processo legislativo, e já suscitadas algumas questões atinentes à sua correlação com o instituto das questões de ordem, não há como prosseguir sem revisar a natureza e a conseqüente funcionalidade jurídica do que se põe como objeto imediato delas, questões de ordem, que são justamente as normas regimentais parlamentares. É o que se passa a fazer no próximo capítulo.

⁹⁶ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 168.

2. A ORDENAÇÃO REGIMENTAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

2.1. Antecedentes históricos: a afirmação jurídico-institucional dos parlamentos e o arcabouço teórico a ela subjacente

O contexto histórico que subjaz ao debate sobre a natureza jurídica das normas regimentais dos Parlamentos é um *filão* temático amplo e profundo, capaz de justificar, ao longo do tempo, a produção de uma multiplicidade de trabalhos acadêmicos. Há, em termos de ciência e filosofia políticas, e também de direito constitucional, um campo historiográfico rico de pesquisa. Neste trabalho dissertativo, todavia, parece-nos suficiente e devidamente fundada a assunção da premissa de que há dois elementos centrais no ponto de partida desse debate: a ascensão e a constitucionalização do Estado liberal e o correlato princípio da separação dos poderes. Isso, porque é nesse *capítulo histórico* que efetivamente se delineiam os primeiros traços de institucionalidade legislativa. O que se dá como fenômeno reativo ao absolutismo europeu, sabido que a ascensão parlamentar traduz um movimento político de contenção do poder real⁹⁷, o qual, pela percepção da época, notadamente na França, contava com o Poder Judiciário enquanto espécie de *linha de defesa*⁹⁸.

O Parlamento, nessa ambiência, empodera-se e se afirma institucionalmente, fazendo-o, entretanto, pelo recurso a uma categoria própria do regime que visava a superar: a ideia de soberania. É na Inglaterra, de modo pioneiro e mais acentuado, que se erige essa noção, com o advento da *Bill of Rights*, de 1689, cujo art. 9º dispõe em termos peremptórios que: “a liberdade de discurso e debates ou procedimentos no Parlamento não será impugnada ou questionada em nenhuma corte ou instituição fora do Parlamento”. Ana Maria D’Ávila Lopes e José Antonio Tirado resumem a quadra histórica por que passava a Inglaterra no fim do século XVII:

⁹⁷ “Em realidade, reagiam os homens da revolução no século dito das Luzes, entre outras coisas, contra o absolutismo monárquico, o qual tinha como um dos seus pontos salientes a absorção pelo monarca do Poder Legislativo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 74).

⁹⁸ “Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia isenção para ‘julgar’”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, v. 172, jun. 2009, p. 175-232).

Os reis Carlos I y Jacob II haviam tentado implantar um modelo político fundado no direito divino dos monarcas, a semelhança do que acontecia na Europa continental. Entretanto, as câmaras parlamentares conseguiram evitá-lo ao movimentar exércitos e lutar contra essas pretensões. Assim, em 1688, conseguiram derrotar definitivamente esses esforços monárquicos, impondo uma monarquia hereditária submetida às limitações inicialmente estabelecidas no Bill of Rights de 1689 e, depois, na Establishment Act de 1714.³ O Parlamento começava a adotar um lento e progressivo papel protagônico na vida política inglesa, o que se traduziu na teoria da soberania parlamentar⁴ e na consagração da proibição do conhecimento judicial dos internal proceedings prevista no Bill of Rights. Proibição que pode ser entendida como a natural reação de um Parlamento que tinha sido objeto de perseguições e que, a partir da sua vitória política, pretendia evitar, no futuro, qualquer tipo de intromissão da monarquia no seu funcionamento⁹⁹.

O Poder Legislativo passa a ser encarado, então, como *senhor de si*, espécie de instituição plenipotenciária no que concerne à organização e ao disciplinamento de seus próprios cometimentos. Já mais tarde, a influência inglesa aporta na França¹⁰⁰, no contexto revolucionário, resultando em sua positivação na Constituição de 1791. Ao Parlamento se reconhecem mecanismos institucionais de proteção, afirmação e prevalência, num desenho institucional que é fundado na ideia substantiva de que o dinamismo assemblear produziria o exercício racional do poder, em contraposição à noção absolutista do poder real e das próprias decisões judiciais de então. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, recorrendo a Georges Burdeau, investiga o imaginário da Revolução francesa e conclui que “o primado da lei que a Constituição de 1791 proclama é o primado da razão”¹⁰¹.

Há, portanto, uma imbricação entre o modelo institucional de proeminência parlamentar, que na Inglaterra chegou às raias de uma proclamada soberania legislativa, e a ideia (um tanto quanto fantasiosa, hoje se pode dizer) de que o Poder Legislativo instrumentalizaria e vocalizaria, de modo límpido e puro, o próprio poder social, pela

⁹⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A imunidade dos parlamentares na Espanha*. Revista de direito constitucional e internacional: vol. 10, n. 40 (jul./set. 2002).

¹⁰⁰ “(...) se há señalado que fue la doctrina inglesa la que acuñó el concepto de independencia o soberania del Parlamento, em cuya virtude se excluía cualquier forma de control sobre los actos internos del Parlamento que no se ejercitase por sus próprios órganos, de tal forma que se incluyó em el concepto de autonomía parlamentaria la autonomía jurisdiccional e, consecuentemente, la inenjuiciabilidad de los actos parlamentarios” (MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 24).

¹⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 105.

expressão da tão conhecida “vontade geral” da nação. Noutras palavras, na raiz da concepção formal e institucional do Parlamento enquanto instância protegida de injunções estatais reside uma compreensão filosófica da própria atividade parlamentar. Uma compreensão que Manoel Gonçalves Ferreira Filho qualifica de “eminentemente apolítica”, pois calcada na presunção de que “a lei passa através do cadinho político e não conserva deste nenhuma impureza”¹⁰².

É importante registar, todavia, a observação do autor em referência no sentido de que a supremacia inconstitucional da vontade do legislador, assim resultante das instituições engendradas na ascensão liberal, teria decorrido não de uma intenção teórica pronta e acabada, mas da circunstância de que os constituintes da época não se atentaram para as consequências últimas do sistema que estabeleciam:

Como tantas vezes sucede, a lógica interna de certas medidas leva-as muito além do pretendido por seus autores. Sobretudo quando estes confiam demais na própria sabedoria e de menos nas lições do passado, agindo, então, como o aprendiz de feiticeiro do conto infantil¹⁰³.

Seja como for, de modo intencional ou como resultado da *vida própria* que anima as instituições em funcionamento (a “lógica interna” de que falou Manoel Gonçalves Ferreira Filho), o certo é que se criaram à época, também na França, as condições para a edificação de um aparato teórico capaz de sustentar, por longo tempo, a noção de que o Poder Legislativo é, senão soberano, uma instância pública especialmente protegida de ingerências externas. E a teoria da separação dos poderes exerceu, nesse ponto, uma função extremamente relevante, como sintetiza Tomás Vidal Marín:

Em estos primeros momentos de consagración constitucional del principio de autonomía parlamentária, el mismo encontrará su apoyo teórico em la clásica teoría liberal de la división de poderes; separación de poderes que constituyó uno de los elementos clave de ese primer Estado liberal en tanto que Estado de Derecho. Como han puesto Nadal Tarrega y Soriano Hernandez, como consecuencia de la teoría de la división de poderes, la autonomía reglamentária alcanzó una cobertura teórica¹⁰⁴.

¹⁰² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 76.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 77-78.

¹⁰⁴ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 23.

É clara, nesse sentido, a imbricação entre a autonomia parlamentar e um arcabouço teórico pautado na limitação do poder - na limitação dos outros poderes, ao menos, em proteção do Legislativo. Como, historicamente, os Parlamentos ascenderam para fazer frente ao poder real, a autonomia parlamentar passa a operar como instrumento de garantia da liberdade e da independência do Poder Legislativo, assim apto a livrar as decisões parlamentares da ingerência dos demais poderes políticos¹⁰⁵. A atribuição de poder e autonomia aos Parlamentos foi o modelo encontrado para fazer frente e conter as estruturas políticas anteriores, com a formulação do célebre mecanismo de freios e contrapesos: “Para que não se possa abusar do poder, afirma o antigo Presidente do Parlamento de Bordéus, é preciso que, por disposição das coisas, o poder detenha o poder”¹⁰⁶.

Foi também por essa contextualização histórica que o princípio da separação dos poderes, assim repaginado mais modernamente¹⁰⁷, trouxe consigo a citada ideia de supremacia do Poder Legislativo, à qual expressamente aludiu John Locke: “Num estado bem construído, que subsiste por si mesmo e age de acordo com sua natureza, isto é, para a salvaguarda da comunidade, só há certamente um poder supremo – o poder legislativo”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, todavia, tempera a contundência dessa afirmação ao lembrar que, para o próprio Locke, o Poder Federativo seria mais difícil de regulamentar, pelo estabelecimento prévio de leis positivas. E, já com as palavras de Montesquieu acerca da Constituição inglesa, registrou que: “Se não há qualquer coisa para deter os empreendimentos do corpo legislativo, este será despótico”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ “O surgimento histórico das prerrogativas parlamentares, na sua versão mais moderna, foi consequência da necessidade da criação de mecanismos de defesa do Parlamento contra o poder absoluto do soberano. Assim, as diversas prerrogativas, que foram atribuídas aos parlamentares, estavam destinadas a preservar a instituição ante os ataques que o monarca absolutista podia efetuar contra eles. Tais prerrogativas decorriam da incipiente consolidação do princípio democrático que, como princípio legitimador do exercício do poder, atribuía ao Parlamento a titularidade da soberania nacional pelo mecanismo da representação política e direta do povo.” (LOPES, Ana Maria D’Ávila. *A imunidade dos parlamentares na Espanha*. Revista de direito constitucional e internacional: vol. 10, n. 40 (jul./set. 2002)).

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p. 131.

¹⁰⁷ Sergio Antônio Ferreira Victor lembra que “um dos primeiros a formular um estudo de morfologia política foi certamente Platão”, seguido por Aristóteles e Políbio, a evidenciar que o tema do arranjo e da distribuição institucional do poder político remonta ao menos à Antiguidade. (VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 24).

¹⁰⁸ Montesquieu *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012, p.141.

Ainda que tenha sido criticada pelo próprio Montesquieu, o fato é que a prática institucional inglesa alçou o Parlamento a um nível de proeminência institucional cujos limites residiriam apenas no encargo confiado pela sociedade (algo já próximo da ideia de representação política) e na lei de Deus e da natureza. Mais do que isso, a experiência institucional anglo-saxã e seus lineamentos teóricos atravessaram séculos e redundaram na conhecida doutrina dos atos *interna corporis*.

Rudolf von Gneist, profundo estudioso da tradição inglesa, foi quem, na Alemanha do século XIX, deu a roupagem doutrinária à concepção que, no Parlamento inglês, conhecia-se como *exclusive cognizance of internal proceedings*¹⁰⁹. Tomás Vidal Marín relata a ambiência institucional alemã da época e pontua que o ensejo para o trabalho de Gneist consistiu num debate sobre a possibilidade, ou não, de os juízes controlarem a validade formal das leis.

Aliás, até hoje, o debate sobre a natureza jurídicas das normas regimentais do Poder Legislativo mantém um vínculo direto com o tema do controle judicial de sua constitucionalidade. Essa matéria será abordada no item a seguir, entretanto, o foco analítico deste trabalho é outro e está centrado no estudo dogmático da atividade decisória do próprio Parlamento (mais especificamente, do Senado Federal). Isso, repita-se, porque, independentemente da maior ou menor exposição das normas regimentais e das decisões procedimentais do Poder Legislativo ao controle do Poder Judiciário, o certo é que as decisões parlamentares tomadas em questão de ordem traduzem, de imediato e por si mesmas, o exercício do poder estatal.

As decisões processuais parlamentares compõem, nessa medida, um espaço próprio de consideração teórica e normativa, tanto quanto as decisões judiciais se submetem à análise crítica e propositiva da teoria jurídica, de modo que decisões judiciais tomadas em contrariedade com o que predomina no espaço teórico e dogmático não infirmam a serventia e a pertinência de seu estudo. Noutras palavras, seja como instância meramente inaugural e suscetível de revisão judicial, seja como instância decisória definitiva e infensa ao controle do Poder Judiciário, o certo é que as decisões em questões de ordem são manifestações estatais, cujos limites, possibilidades e justificações hão de ser examinadas teoricamente.

Pois bem. Fechados esses parênteses, torna-se à origem da doutrina dos *interna corporis acta*. Indagado sobre o possível avanço judicial no processo de elaboração

¹⁰⁹ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 25.

legislativa, e influenciado por um sistema constitucional ainda dominado pelo princípio monárquico, Gneist propugnou a imunidade das fases procedimentais internas aos Parlamentos, como instrumento protetivo da independência e da integridade das funções legislativas¹¹⁰.

Albert Dicey, a seu turno, na Inglaterra, dava contornos teóricos à soberania do Parlamento, à época já com quase duzentos anos de prática, e confluía para a noção de que as decisões parlamentares constituiriam redutos fora do alcance do Poder Judiciário (e do próprio monarca). Victor Aguiar Jardim de Amorim apresenta os três traços distintivos de um parlamento soberano para Albert Dicey: “a) poder de modificar livremente qualquer ato normativo, fundamental ou não; b) ausência de distinção entre leis constitucionais e ordinárias; c) inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo e inconstitucional”¹¹¹.

Já no Brasil, a doutrina é recebida e, em alguma medida, propagada por figuras como Ruy Barbosa, Amphilophio de Carvalho e Francisco Campos, conforme pesquisa elaborada por Derly Barreto Silva e Filho. Para Francisco Campos, os atos *interna corporis* se originam no âmbito legislativo e a ele se confinam, sendo o Parlamento, ao mesmo tempo, destinatário e juiz das questões a eles atinentes. Logo, para Francisco Campos, ressalvado o exame direto de constitucionalidade, o escrutínio judicial das questões procedimentais internas do Poder Legislativo seria medida atentatória à autonomia institucional do Parlamento e, por isso mesmo, violadora do princípio da separação de poderes¹¹².

Mais recentemente, e numa perspectiva apenas descritiva, Cíntia Garabini Lages, em alusão a José Adércio de Leite Sampaio, atribui o timbre de *interna corporis* aos:

atos e atividades realizados no interior das Casas Legislativas e dizem respeito à garantia da liberdade de expressão dos parlamentares, à definição de uma agenda deliberativa, à competência para a adoção de regulamentos definidores de procedimentos legislativos, e, sobretudo, diz respeito à liberdade para modificá-lo e

¹¹⁰ “La finalidad última defendida por Gneist, liberal convencido, era sin duda defender (en un sistema constitucional dominado por el principio monárquico, de suerte que el único poder independiente de la Corona era el Parlamento) la independencia e integridad de atribuciones de la institución parlamentaria”. (TORRES MURO, Ignacio. *Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984*. Revista Española de Derecho Constitucional. n.11. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984, p.163-161).

¹¹¹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *As lideranças parlamentares no processo legislativo brasileiro*. Dissertação de mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015, p. 72.

¹¹² CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 105-130.

interpretá-lo. Definem um amplo espaço de liberdade para a atuação das casas legislativas, englobando, inclusive, a possibilidade de fazer cumprir, ou não, os regulamentos que, livremente, adota e interpreta, além de representar a expressão máxima de atuação independente do Parlamento contra toda forma de ingerência de qualquer outra instância de poder, administrativa ou jurisdicional¹¹³.

Muito embora a doutrina dos atos *interna corporis* se desate de um contexto político bem delimitado, o qual, torna-se a dizer, caracterizava-se pela necessidade e pelo ímpeto de consolidação jurídico-institucional do Parlamento, que à época era constantemente ameaçado pelas demais instâncias de poder, é inquestionável que a sua influência transcendeu, e muito, as contingências históricas que a forjaram. Muito da prática parlamentar e dos arranjos interinstitucionais presentes ainda se vinculam em alguma medida, ainda que significativamente mitigada, à proposição de um espaço privilegiado de autonomia legislativa.

Embora seja cada vez mais raro, como se irá abordar no tópico entrante, certo é que, até mesmo no campo doutrinário, ainda há quem sustente a proeminência e a associação entre Parlamento e soberania. Fernando Santaolalla, por exemplo, metaforicamente diz que as decisões parlamentares são *reis*, vinculando todos os órgãos do Estado e todos os indivíduos. Concomitantemente, o autor reconhece a supremacia constitucional e a proeminência do Parlamento no âmbito da organização do Estado, notadamente em função da competência e da legitimidade que tem para criar, modificar e derrogar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional¹¹⁴. Não por acaso, então, é que Pablo Lucas Murillo de La Cueva chama atenção para o fato de que, mesmo sob a vigência atual do paradigma de supremacia formal e material da Constituição, certos *fantasmas do passado* recorrentemente se apresentam para fundamentar uma demanda congressional por espaços de livre decisão:

A estas alturas no es preciso insistir en la supremacía formal y material de la Constitución. No obstante, conviene recordarla pues, aunque cada vez en menor medida, todavía no se han abandonado totalmente algunas ideas y postulados procedentes de otros tiempos en los que ni se había afianzado la noción de la Constitución como norma jurídica vinculante para todos, ni el parlamento se hallaba por ese y otros motivos plenamente sometido a ella como ocurre en la actualidad. En

¹¹³ LAGES, Cintia Garabini. *Interna Corporis Acta e os limites do controle judicial dos atos legislativos*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 6, n° 2, 2016, p.84.

¹¹⁴ LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *Derecho Parlamentario Español*. Madrid: Dykinson, 2013, p.30.

efecto, algunos fantasmas del pasado, en su tiempo útiles para consolidar la posición de las cámaras, aparecen de vez en cuando para reivindicar espacios de libre decisión, no vinculada, para ciertos acuerdos parlamentarios. Me refiero al viejo dogma de la soberanía parlamentaria, a las reivindicaciones enfáticas de la independencia de las Cámaras, en cuanto postulado derivado del principio de la división de poderes, o a la doctrina de los *interna corporis acta*. En efecto, si en otros tiempos se esgrimieron para rechazar toda fiscalización externa sobre los actos parlamentarios – legislativos o no legislativos –, todavía se puede caer en la tentación de recurrir a ellos en demanda de espacios exentos de control para las asambleas legislativas¹¹⁵.

Seja como for, presentemente, com o advento do Estado constitucional, já não predomina a noção de soberania parlamentar. Reconhece-se, isto sim, um espaço de autonomia legislativa, até por derivação do princípio da separação dos poderes, ainda hoje operante, e com toda centralidade, na estruturação jurídica e funcional do poder estatal. Autonomia, essa, que deve ser interpretada à luz daquilo que tem conduzido este trabalho: os contornos da prática social em que se traduz atualmente o processo legislativo (conforme exposto por Victor Marcel Pinheiro) e a realidade normativa vigente. É esse também o prisma de análise que será adotado para o exame da natureza jurídica das normas regimentais das Casas legislativas, para onde se encaminha o próximo tópico.

2.2. Perspectivas teóricas sobre a natureza jurídica das normas regimentais parlamentares

De saída, o que se percebe é que o debate sobre a natureza jurídica dos regimentos parlamentares costuma associar-se à discussão sobre o seu controle judicial¹¹⁶. O caráter normativo, e jurídico, das prescrições regimentais é considerado como decorrência da possibilidade de sua apreciação e garantia judiciais. Prevalece, no ponto, a ideia *kelseniana* de que o Direito é uma “técnica social, específica de um ordenamento coativo”¹¹⁷. Descaberia, aqui, enveredar-se de forma mais aprofundada pela teoria da

¹¹⁵ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. El Estatuto de los parlamentarios. Problemas Generales. In: Parlamento y Derecho. FIGUEROA, Alberto; SILVA, Juan Carlos da (Coord.). Vitoria, 1991, p.59-60.

¹¹⁶ “La cuestión acerca de la naturaleza jurídica de los Reglamentos Parlamentarios no es, desde luego, una cuestión baladí. Y ello porque la naturaleza jurídica de esta figura normativa es un tema que está directamente imbricado com otros temas, tales como su susceptibilidad de estar sujetos a control de constitucionalidad e incluso su susceptibilidad para ser considerados parámetros de la constitucionalidad de las Leyes” (MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 53).

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. De Eduardo Garcia Maynez, México, 1958, p. 22.

norma, porém, dada a imbricação, acima referida, entre os temas da natureza da norma regimental e de seu controle judicial, convém aludir à proposição conceitual de Kelsen, para quem o Direito (e a normatividade de que se compõe) é “técnica social que consiste em provocar a conduta socialmente desejada mediante a ameaça de medida coercitiva que deve ser aplicada em caso de comportamento contrário”¹¹⁸.

A sanção, portanto, ocupa posição central na teoria da norma para Kelsen, a ponto de ajuizar que o ato ilícito não é a negação do Direito, mas o seu pressuposto, justamente por suscitar a aplicação de uma sanção. Coercitividade, imperatividade e, por isso mesmo, controlabilidade tornam-se conceitos-chave para a compreensão da natureza e da estrutura do Direito e das normas de que ele se constitui. E o certo é que, já há muito, os estados constitucionais (e bem assim é o caso brasileiro) reservam ao Poder Judiciário a tarefa de solucionar conflitos e aplicar, em último e impositivo grau, as normas jurídicas. É como dispõe o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que endereça ao Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito.

Por tudo isso, então, é que o tema da natureza jurídica das normas regimentais traz consigo a questão concernente ao seu controle judicial. Embora, como já registrado, o trabalho apenas rodeie esse tema, é no contexto de seu enfrentamento que usualmente se travam as discussões teóricas sobre as propriedades jurídicas das normas regimentais. Discussões, essas, que levam a dois pontos opostos, extremos e geradores de perplexidades distintas, mas igualmente pertinentes.

De um lado, afirma-se a cogência normativa das disposições regimentais, pois, do contrário, não passariam elas de *proclamações retóricas*, *bolhas normativas* ou uma espécie de *fórmulas prescritivas ocas*. É o que Derly Barreto e Silva Filho chama de “meras recomendações” ou “peças alegóricas ou ornamentais”¹¹⁹. Constituir-se-iam, nesse caso, redutos de absoluta discricionariedade, justamente no campo atinente à produção do Direito, com todas as consequências deletérias daí advindas em termos de legitimação da ordem jurídica vigente.

De outro lado, ao defender-se, se não a insidicabilidade das normas regimentais, mas a preservação de algum espaço de autonomia parlamentar decisória, manifesta-se o

¹¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. De Eduardo Garcia Mynez, México, 1958, p. 22.

¹¹⁹ SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77.

receito pertinente de que, do contrário, ter-se-ia a *intimidade estrutural e funcional* do Poder Legislativo submetida aos ditames de um outro Poder, o Judiciário.

No limite, concebida a prática processual-legislativa em termos estritamente normativos, tal como se concebem as exigências de regularidade e legalidade de uma portaria ministerial e de um ato administrativo em geral, o Poder Judiciário passaria a se debruçar, dia após dia, sobre temas como a tempestividade de requerimentos de urgência, destaques de emendas para votação em separado, horário de funcionamento de comissões, regras de uso da palavra, regras de tramitação conjunta e de desapensamento de proposições, audiência de comissão sobre determinadas matérias, consideradas as competências regimentais, entre tantos outros pontos afeitos à realidade cotidiana parlamentar.

Portanto, entre o risco de anomia e arbítrio, de um lado, e, do outro, o receio de se esvaziar o modelo de separação funcional do poder, é que se situa a questão concernente à natureza jurídica das normas regimentais parlamentares - o que não é diferente no Brasil.

Antes, porém, de se focar especificamente o caso brasileiro, far-se-á referência, aqui, ao esforço de catalogação teórica empreendido por Tomás Vidal Marín, dada a abrangência do trabalho e da experiência espanhola com o tema, objeto que vem sendo de ampla e detida consideração jurisprudencial e doutrinária nesse país.

Não se vai aqui, em absoluto, cobrir todas as referências autorais, nem todas as múltiplas angulações doutrinárias. Valendo-se das correntes teóricas delimitadas por Vidal Marín, o propósito é o de realçar os prismas jurídicos e também sociais já lançados sobre o objeto de reflexão deste capítulo. Com isso, espera-se produzir uma espécie de depuração analítica do tema, pela consideração, reformulação ou mesmo descarte dessa ou daquela forma de concebê-lo ao longo do tempo.

Pois bem. A primeira das correntes teóricas dignas de nota e classificação é a patrocinada por Alzaga¹²⁰. Com uma perspectiva historicista, o autor procura extrair a *ratio legis* dos regimentos parlamentares para tratar de sua natureza jurídica. E, ao fazê-lo, sustenta que a razão de ser da autonomia parlamentar é a garantia da soberania do Parlamento em face das demais instituições estatais, como resultado das revoluções liberais. A normação da atividade legislativa, pelas próprias Casas, traduziria, portanto, **resíduos de soberania parlamentar**. Assim, normas regimentais seriam produzidas e

¹²⁰ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 87 e ss.

aplicadas como instrumentos de afirmação e defesa das instituições legislativas de interferências externas.

Já no sentido de negar qualidade jurídica à organização dos trabalhos parlamentares, menciona-se a **teoria do jurista alemão Hatscheck**, para quem as normas regimentais têm **natureza prática e consuetudinária**¹²¹. O autor afirma, no essencial, que as normas internas aos Parlamentos se afirmam pela facticidade empírica, de acordo com as circunstâncias e os rumos de um caso ou de outro. É parcialmente coincidente a posição de Maurice Hariou, para quem os regimentos expressariam acordos parlamentares e práticas políticas, administráveis pelos seus próprios autores ou protagonistas (os parlamentares) e impassíveis de controle judicial¹²².

Embora se trate de posição extremada e superada por boa parte dos textos constitucionais e das concepções teóricas atualmente dominantes, ainda assim é válida a referência, pois: **a)** destaca-se, nela, a origem de parte relevante das normas e práticas parlamentares, que é o costume, a sua prática reiterada; **b)** nada obstante a consequência radical que se extrai da teoria, chama-se atenção para o dinamismo inerente à prática parlamentar, eminentemente responsiva às circunstâncias cambiantes da política, a ponto de Hatscheck afirmar que a *viva vox* da deliberação pressupõe a *viva lex* em sua conformação; **c)** por contraste, evidencia-se a imprecisão de se tomarem as normas regimentais como enunciados limitados material e subjetivamente ao âmbito das Casas legislativas e de seus integrantes.

Noutra categoria, embora próxima à anterior, estão para Vidal Marín aqueles que tomam as disposições regimentais como **expressão por excelência da autonomia parlamentar**. Aqui, e Perez Serrano é um dos autores que também caminham por essa linha, remanescem concepções afeitas à garantia da independência e da afirmação institucional do Poder Legislativo, considerados os riscos históricos de ingerências externas. Seriam, no dizer de Torres del Moral, **estatutos de autonomia institucional**, cujas limitações, reconhecidas por Santaolalla por exemplo, estariam reduzidas às de ordem constitucional. Tudo o mais residiria no decantado âmbito *interna corporis*¹²³, submetido a mecanismos de controle exclusivamente internos.

¹²¹ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 55.

¹²² MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 57.

¹²³ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 61.

Trata-se, todavia, de visão limitadamente corporativista do fenômeno processual-legislativo, que desconsidera a transcendência social de seu alcance, tanto material quanto subjetivamente. Afinal, o direito parlamentar não pode ser tido como um domínio jurídico afeito unicamente aos mandatários. Bem distintamente, é ramo normativo ampara e vitaliza o vínculo substantivo de representação política que une o Poder legislativo à sociedade.

E, avançando justamente em termos de substância jurídica, referencia-se a **corrente teórica que aproxima as normas regimentais das leis em sentido material**, pelas propriedades que detêm, como abstração, racionalidade, generalidade (pois não circunscritas aos atores parlamentares) e vinculatividade. O equivalente, no caso brasileiro, estaria na proposição de que a distinção entre normas regimentais e leis formais não seria propriamente hierárquica ou funcional, mas decorrente de distintos âmbitos materiais de incidência¹²⁴.

Em todo caso, Vidal Marín desenvolve uma crítica conceitual e histórica à figura da lei em sentido material. Isso, porque a ideia de lei material foi construída num contexto histórico de prevalência do absolutismo, em que ainda não estavam consolidadas as bases de um estado constitucional e, por conseqüente, ainda não despontava a noção de submissão da lei à Constituição. Foi, portanto, por essa contingência histórica que tomou corpo a distinção material da lei, enquanto modo de conter e limitar o alcance do exercício do Poder Legislativo. Não havendo parametrização constitucional, entendeu-se necessário recorrer a um expediente teórico para se concluir que nem todo o produto da deliberação legislativa seria materialmente uma lei. Determinados atributos, uma certa substância jurídica, seria exigida para tanto.

Ademais, como segundo ponto de crítica, censura-se essa identificação entre regimento e lei material, pois cada um deles decorreria de uma capacidade jurídico-institucional distinta do Poder Legislativo: os regimentos, de sua aptidão autonormativa; as leis, aí sim, de sua competência propriamente legislativa.

Como quarto grupo teórico, apresenta-se a **teoria institucional de Santi Romano**¹²⁵. Num primeiro momento, o autor italiano negou caráter normativo aos regimentos internos, fundados que estariam numa relação de supremacia especial, e não

¹²⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 174.

¹²⁵ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 72.

na soberania própria dos atos estatais gerais e abstratos, como as leis. Posteriormente, contudo, Santi Romano evoluiu para a perspectiva institucionalista que o notabilizou. Nesse sentido, partiu do conceito de instituição enquanto ente ou corpo social dotado de existência objetiva e concreta e de individualidade imaterial. A unidade, a permanência e o caráter sistêmico da instituição se associam, como premissa teórica, à proposição de que o Direito é o princípio vital de toda instituição, ao passo que toda instituição é, reversamente, um regime jurídico. Com isso, Santi Romano passa a considerar as Casas legislativas como instituições próprias, individualizadas perante a instituição maior que é o Estado. E, sendo manifestações institucionais, os regimentos parlamentares traduziriam um ordenamento jurídico em si.

A crítica a essa posição é ilustrada pela manifestação de Martinez-Elipe, que recupera aquilo a que já se referiu na introdução deste trabalho: a maleabilidade própria do direito parlamentar. Diz-se que a identificação dele, direito parlamentar, com um ordenamento estritamente jurídico imporia àquele uma rigidez tal que infirmaria a sua construção histórica como uma realidade institucional flexível.

A próxima referência teórica parece avançar justamente por esse traço de flexibilidade que peculiariza a atividade legislativa. Trata-se de **teorias que identificam diferentes tipos de normas parlamentares, cada qual com natureza jurídica própria**¹²⁶. Como emblema dessa linha doutrinária, Jellinek reconhece natureza jurídica a certas disposições regimentais parlamentares, deixando de fazê-lo para outras.

As primeiras, atinentes à organização essencial do Poder legislativo estatal (como são as normas de votação, por exemplo), o autor as qualifica como normas jurídicas de ordenação do Estado, e não exatamente normas atributivas de direitos subjetivos. Ainda assim, normas dotadas de imperatividade, em linha com as prescrições que ordenam o processo judicial. Quanto à segunda categoria de normas regimentais, todavia, Jellinek as entende carecedoras de natureza jurídica, pois não disciplinariam relações jurídicas recíprocas, mas apenas proveriam o modelo organizacional mais conveniente, nessa ou naquela conjuntura, para o desempenho da atividade legislativa. Seria o caso, exemplificativamente, da disciplina de certos requerimentos e da ordem de oradores.

Ainda nessa mesma *pegada* teórica, porém de modo mais sistematizado, resume-se a posição de Martines, para quem as disposições regimentais se dividem em três grandes grupos: **a)** normas de referência direta à Constituição; **b)** normas versantes sobre

¹²⁶ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 76.

as relações da Casa legislativa com seus membros e com qualquer sujeito de Direito que venha a se relacionar com ela, em bases de supremacia especial; c) normas de organização interna da Casa. Para o autor italiano, faltaria a nota de juridicidade às normas de funcionamento orgânico das Casas e às normas de supremacia especial que tratem do poder de polícia interna. Incidiriam, tais normas, apenas no interior do órgão legislativo, sem aptidão para suscitar controle judicial.

Com efeito, a dicotomia entre normas internas e normas externas pautava uma parcela significativa das produções teóricas sobre o tema. Bon Valsassina é outro a adotar essa mesma perspectiva para apartar as normas regimentais de caráter interno do ordenamento jurídico como um todo, o que resolve, ao menos teoricamente, a questão de sua juridicidade e sindicabilidade pelo Poder Judiciário. Mais analítica, contudo, é a teorização de Longi, fundada na relação entre as normas regimentais e as prescrições constitucionais sobre a atividade legislativa. São quatro os grupos de prescrições regimentais por ele identificados a partir desse *corte teórico*: **a)** disposições regimentais que apenas reproduzem normas constitucionais; **b)** normas regimentais que interpretam princípios constitucionais sobre a estrutura e as funções das Casas legislativas; **c)** normas regimentais que tratam da organização interna das Casas, em aspectos não versados constitucionalmente; **d)** normas regimentais que densificam, operacionalizam e sequenciam, do ponto de vista eficaz, comandos constitucionais. Essas últimas seriam, para o autor, as normas regimentais plenamente dotadas de vida jurídica própria.

A todas essas formulações, Vidal Marín dirige a seguinte crítica: a juridicidade de uma norma tem que ver com a aptidão para criar direitos e deveres aos sujeitos por ela alcançados. Conceituação, essa, que *esfumaria* a distinção entre normas de organização interna e normas de alcance externo. Pois, indaga retoricamente o autor espanhol: não haveria no Direito Administrativo normas puramente internas, de caráter organizativo da Administração Pública, às quais jamais se negou a índole jurídica? Sim, é a resposta, concluindo-se que, em sua concepção, as normas regimentais têm uma só compleição jurídica.

Por fim, o próximo grupo teórico alcança, segundo Vidal Marín, as **proposições que tratam os regimentos parlamentares como instâncias normativas de execução constitucional**¹²⁷ e, por isso mesmo, dotadas de pleno valor jurídico. O argumento central é exposto por Balladore Pallieri: em muitos ordenamentos jurídicos, como no

¹²⁷ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 82 e ss.

italiano (e no brasileiro também, acrescenta-se), os regimentos têm previsão constitucional, de modo que seria um contrassenso negar compostura jurídica a prescrições que são editadas em observância a disposições constitucionais. Mais do que isso, são normas editadas em execução da própria Constituição, até por terem as Casas legislativas a missão de cumprir finalidades elementarmente estatais e desideratos diretamente constitucionais. Razão pela qual as disposições normativas que minudenciam o seu regime jurídico jamais poderiam limitar-se a atos *interna corporis*.

Essa é, de certa forma, a posição de Leonardo de Andrade Barbosa, para quem:

(...) violações regimentais podem resultar em afronta à própria supremacia constitucional, suscitando uma tese pouco debatida no direito constitucional brasileiro: pela sua estreita conexão com a função da constituição de norma primária sobre a produção jurídica, os regimentos gozariam de uma posição diferenciada no ordenamento jurídico. Sua violação, em determinadas circunstâncias, poderia significar a violação da própria Constituição¹²⁸.

Para sedimentar a posição teórica em comento, procura-se ler a autonomia parlamentar com as lentes da Constituição. É dizer: nada obstante os regimentos sejam expressão inegável da autonomia parlamentar, esta deriva da própria Constituição, operando como instrumento de concretização e dinamização do arranjo constitucional do Poder legislativo. E, por isso mesmo, a autonomia parlamentar é *moeda jurídica* que exhibe, na outra face, um mandamento de autolimitação, pela necessária vinculação que a Constituição impõe às Casas legislativas às normas por elas mesmas produzidas. Normas que são, em última análise, vinculadas a finalidades de Estado e, fundamentalmente por isso, normas de caráter impositivo.

O comentário de Vidal Marín sobre esse entendimento chega a ser tão singelo quanto, ao que nos parece, bastante preciso: a concepção das normas regimentais como provimentos de execução constitucional é parcial e insuficiente, pois a Constituição não esgota a matéria parlamentar, havendo espaço para temas matricialmente regimentais.

¹²⁸ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 179.

Percorrido todo esse campo teórico, e constatadas as deficiências e incompletudes de cada uma das linhas abordadas, Vidal Marín julga mais apropriado examinar a natureza jurídica das normas regimentais à luz de uma determinada realidade jurídico-constitucional – no caso, a espanhola. Convém, então, apresentar alguns dos pontos por ele abordados, na medida em que guardam algum contato com a ordenação constitucional brasileira.

Sem rodeios, o autor afirma a natureza jurídico-normativa das disposições regimentais, pois é a Constituição espanhola que, em seu art. 72, atribui às Câmaras legislativas o poder-dever de elaborar os seus próprios regimentos, enquanto manifestação essencialmente normativa. O que se confirma pela asserção, substantiva, de que os regimentos são integrados por normas que veiculam direitos e deveres em caráter geral e abstrato, aplicáveis a quem venha a se enquadrar em suas hipóteses de incidência. Mais até, fazendo-o com pretensão de estabilidade e permanência da ordenação parlamentar¹²⁹.

Elencando passagens constitucionais que, no contexto da disciplina do processo legislativo, requestam o aporte prescritivo das normas regimentais, Vidal Marín conclui que a ordenação parlamentar é normativamente vinculada e logicamente derivada da Constituição, que a fundamenta e a condiciona. Dando-se, pois, que os regimentos internos das Casas legislativas, na Espanha, integram o ordenamento jurídico-estatal, figurando como fontes de direito objetivo, figurando, inclusive, como objeto de controle de jurisdicional de constitucionalidade, nos termos do art. 27.2. da Lei do Tribunal Constitucional.

O mesmo sucede com a Constituição brasileira, que, nos arts. 51, inciso III, 52, inciso XII, prescreve a competência normativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para elaborar os seus regimentos internos e, no art. 58, *caput*, remete o sequenciamento normativo do tema das comissões parlamentares ao âmbito regimental.

No Brasil, em matéria de controle jurisdicional da observância das disposições regimentais, o STF pretendeu, recentemente, dar contornos mais estáveis ao tema, decidindo-o sob a sistemática da Repercussão Geral, no Tema 1120, embora o tenha feito de modo não exatamente criterioso, e um tanto sincrético. Isso, porque decidiu a matéria de modo ainda apegado, ao menos terminologicamente, à teoria dos atos *interna corporis*,

¹²⁹ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 92.

porém deixando *abierta a porta* para um juízo de correlação entre normas regimentais e regras e princípios constitucionais.

Voltando à realidade espanhola, Vidal Marín prossegue, dando conta da inegável eficácia externa, *ad extra*, dos regimentos parlamentares, assim evidenciada por tratarem do exercício de competências parlamentares afeitas a outros órgãos e instituições do Estado, bem como à sociedade em geral. É bem verdade que há normas de alcance restrito à *intimidade estrutural* das Casas legislativas, porém, defende Vidal Marín, disso não decorre uma distinção quanto à natureza jurídica das normas e ao seu controle jurisdicional. Para o autor, independentemente do alcance eficaz subjetivo, as normas regimentais, todas elas, têm a mesma estrutura normativa e a mesma vocação à permanência e à estabilidade, gerando consequentes normativos sempre que materializado o antecedente nelas inscritos.

Há, ainda, duas notas que merecem registro sobre o exame que Vidal Marín faz da posição normativa dos regimentos legislativos na ordem jurídica espanhola. São características que o autor extrai das normas regimentais e que, mais uma vez, têm nítidos pontos de contato com o cenário constitucional brasileiro. A primeira reside na conceituação dos comandos regimentais como **atos normativos primários**, pois estão “directamente vinculados a la Constitución, estando subordinados únicamente a ésta, es decir, no hay ninguna norma legal interpuesta entre la Constitución y los Reglamentos Parlamentários”¹³⁰. E, segundo pensa o autor, a justificação jurídica para tanto está na função de representação puramente política que detêm os Parlamentos.

No Brasil, os regimentos internos são instrumentalizados por resoluções, assim presentes no rol de atos normativos primários de que trata o art. 59 da Constituição. Atos de normatividade primária, na linha mais uma vez *kelseniana* de uma ordem jurídica hierarquizada. Ordem escalonada em níveis de “infra-supra-ordenação”¹³¹, no amplamente conhecido sentido de que uma norma jurídica sempre retira o seu fundamento de validade de outra norma igualmente jurídica e que lhe seja hierarquicamente superior. Sendo a Constituição a primeira e mais alta norma dessa ortodoxa estrutura hierarquizada que o direito positivo brasileiro exhibe. Mas a primeira e mais alta norma jurídica porque instauradora ou fundadora ou inaugural dele, direito positivo brasileiro, mantendo-o, além do mais, sob o seu permanente controle. Donde se

¹³⁰ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 100.

¹³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-263.

dizer que a normatividade constitucional não é exatamente primária; é mais do que isso, pois fundante ou inaugural da ordem jurídica.

Porém, a Constituição, ela mesma, *aplana o terreno* de sua própria completude eficaz, cuidando do desenvolvimento normativo dos temas de que trata. E o faz pela indicação (e disciplinamento) dos atos normativos situados abaixo de si, a começar pelos de aplicabilidade primeira ou primária, que são justamente as espécies legislativas ditadas no art. 59 – as resoluções legislativas entre elas. Bem por isso se pode dizer, com toda tranquilidade propositiva, que à centralidade direta ou primária ou ainda primeira dos regimentos parlamentares corresponde a adequação fidedigna aos desígnios formais e materiais da Constituição.

O segundo dos caracteres referidos por Vidal Marín é a **necessidade ou a presença normativa obrigatória das disposições regimentais**. Isso, pela razão básica de que constituem o elemento jurídico necessário para que as Casas legislativas entrem em funcionamento, o que é confirmado por normas constitucionais que remetem a disciplina de certos temas legislativos ao nível regimental – o que, mais uma vez se diz, encontra-se também no Brasil, no *caput* do art. 58 da Constituição.

Como ponto de arremate, Vidal Marín sumariza da seguinte forma os traços identitários que enxerga nas normas regimentais parlamentares:

(...) los Reglamentos de las Asambleas Legislativas constituyen auténticas normas jurídicas pertenecientes al ordenamiento jurídico general del Estado. Se trata de verdaderas fuentes de Derecho objetivo y consecuentemente, a pesar de estar destinadas a disciplinar la organización y funcionamiento interno de aquéllas, su eficacia no se agota en el interior de las mismas, sino que en numerosas ocasiones trasciende hacia el exterior, adquiriendo, por tanto, relevancia externa. Normas jurídicas éstas que aparecen caracterizadas por la nota de primariedad, habida cuenta de su vinculación directa y su inmediata subordinación a la Constitución y por ser normas de elaboración y aprobación necesaria, puesto que sin las mismas sería harto improbable que el Parlamento llevase a cabo las funciones que constitucionalmente tiene encomendadas¹³².

¹³² MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 102.

Antes de passar ao exame mais do tema mais focadamente no Brasil, é ainda conveniente referir-se, em perspectiva comparada, e sucinta e diretamente, ao tema da controlabilidade judicial das normas regimentais de processo legislativo, assunto do segmento entrante de ideias.

2.3. As diferentes abordagens jurisprudenciais do tema na Europa Continental: Espanha, Itália, França e Alemanha

Permanecendo na **Espanha**, nota-se, no plano doutrinário, a prevalência do entendimento no sentido de que as normas regimentais sobre o processo legislativo compõem um bloco de constitucionalidade, funcionando como parâmetros de controle judicial da validade formal da produção legislativa¹³³. A ideia ressoa no âmbito jurisprudencial ao menos desde a prolação, pelo Tribunal Constitucional, da Sentença 99/1987, oportunidade em que a Corte chancelou, com toda explicitude, o que já deixara implícito na Sentença 89/1984, no sentido de que as normas procedimentais regimentais configuram parâmetro de validade constitucional, e nomeadamente formal, das leis. Registrou o Tribunal espanhol¹³⁴:

Embora o art. 28.1 da nossa Lei Orgânica não mencione os Regimentos Parlamentares entre aquelas normas cuja violação pode levar à inconstitucionalidade da Lei, não há dúvida de que, tanto pela invulnerabilidade de tais normas processuais contra a ação do legislador e, sobretudo, pelo carácter instrumental que estas normas têm no que diz respeito a um dos valores superiores do nosso ordenamento jurídico, o do pluralismo político (art. 1.1 da Constituição), a inobservância dos preceitos que regulam o processo legislativo pode viciar a lei da inconstitucionalidade quando tal inobservância altera de forma

¹³³ “Por otra parte, y como ya hemos mencionado, la mayoría de la doctrina e ha inclinado por considerar que los Reglamentos Parlamentarios forman parte del bloque de la constitucionalidade em lo que a los vicios del procedimiento de formación de la Ley se refiere”. (MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 141).

¹³⁴ ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 99/1987*, de 11 de junio. BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/831>. Acesso em 10 ago. 2023.

substancial o processo de constituição da vontade no seio das Câmaras.
(...)

No es dudoso que tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podrían viciar de inconstitucionalidad la Ley.

Daqui se percebe que, muito embora a normatividade regimental espanhola sirva de parâmetro para a aferição de constitucionalidade formal de uma lei, o próprio Tribunal Constitucional ibérico, desde o precedente de 1987, alude a um critério substantivo para levar a efeito, ou não, coercitivamente, as normas regimentais, que é a aferição da ocorrência de alteração substancial do processo de constituição da vontade no seio das Câmaras. **Estabelece-se uma relação instrumental e uma vinculação funcional estrita entre as normas regimentais e os princípios estruturantes da democracia representativa, de modo que se exige não apenas uma atividade de subsunção entre o molde regimental e o itinerário formativo da lei no Parlamento, mas se entende necessária uma avaliação em termos de coesão e sistematicidade constitucionais. A infringência regimental é tomada como ponto de partida do exame de validade e higidez processual da lei, mas o ponto conclusivo já reside na principiologia constitucional atinente à representação política e atividade estatal legiferante, pelo abalo que a violação regimental possa ter suscitado nesse domínio.** São os vícios relevantes, na linguagem de Vidal Marín¹³⁵, ou os vícios essenciais, por oposição óbvia aos vícios não essenciais, conforme classificação já proposta por Kelsen:

Dada la importancia extrema que tiene la anulación de una norma general y en particular de una Ley, cabe preguntarse si no sería oportuno autorizar al Tribunal Constitucional a anular un acto por vicio de forma,

¹³⁵ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 153.

es decir, por irregularidad en el procedimiento, únicamente si este vicio es particularmente importante, esencial¹³⁶.

Para além da separação dos poderes e da autonomia parlamentar, é importante referir, como um dos fundamentos desse modo de conceber o controle judicial do processo legislativo, o princípio da economia legislativa, cujo equivalente, na realidade brasileira, bem pode ser apontado como o princípio da eficiência. Há, além disso, uma certa deferência à ideia doutrinariamente sedimentada, de que a atividade legislativa é impulsionada e conformada, também, por necessidades tão dinâmicas quanto políticas, demandantes de uma constante adaptação dos trabalhos parlamentares¹³⁷.

Já quanto ao critério distintivo entre vícios essenciais e vícios não essenciais, aludiu-se à repercussão que a infração regimental venha a ter sobre a finalidade e os princípios constitucionais subjacentes ao processo legislativo. Estes, a seu turno, servientes à formação da vontade político-parlamentar, com destaque para o respeito e a vitalização do pluralismo político, inscrito no art. 1.1 da Constituição espanhola como valor superior desse ordenamento.

Vê-se, portanto, que a Espanha parece ter chegado a uma fórmula de conciliação otimizada entre o cânone da autonomia parlamentar (como esteio da separação funcional do poder) e a necessidade jurídica de submeter todos os poderes e finalidades estatais ao império da Constituição.

A **Itália**, a seu turno, adotou (ao menos até o momento) outro modelo de controle da regularidade do processo legislativo. Em linha com as proposições teóricas que circunscrevem o escrutínio judicial à dimensão constitucional do processo legislativo, a Corte Constitucional italiana se vale, como *chave decisória* na matéria, justamente do perfil constitucional do processo de formação das leis. Havendo violação a uma regra ou princípio diretamente constitucional, a Corte é autorizada a agir, invalidando o diploma. Não sendo esse o caso, ou seja, se a desconformidade em discussão se limitar aos preceitos singelamente regimentais, a Corte Constitucional italiana reconhece uma espécie de reserva parlamentar na matéria.

¹³⁶ KELSEN apud MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 153.

¹³⁷ VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho Parlamentario*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 82-83.

Segundo afirma Guastini, a Corte considera que o Parlamento é a única instituição dotada de aptidão para interpretar e efetivamente aplicar as disposições regimentais que organizam o trabalho legislativo para além dos ditames constitucionais. Toma-se, por princípio, a autonomia legislativa, com o qual se demarca um campo além do qual não avança a Corte Constitucional¹³⁸. A ideia central que sustenta essa formulação é de ordem político-institucional, calcada nas preocupações históricas com o funcionamento desembaraçado do Poder legislativo. Ao que se agrega um fundamento na linha do *quem pode o mais, pode o menos*, no sentido de que é a própria Constituição que empodera as Casas legislativas quanto à organização de seus trabalhos, o que traria consigo uma prerrogativa não apenas normativa, mas essencialmente aplicativa. A Constituição a gerar, portanto, eficácia essencialmente negativa na matéria, traçando as balizas nas quais há de se desenvolver a atividade legislativa, com toda a dinâmica e a vivacidade que a peculiarizam¹³⁹.

Há inúmeras vezes doutrinárias que se lançam contra esse entendimento, arguindo que as normas regimentais, na medida em que têm a sua produção autorizada e imposta pela Constituição, traduzem normas interpostas ou compõem um só bloco de normatividade constitucional¹⁴⁰. Outras, porém, observam que, ao fim e ao cabo, haveria uma proximidade entre o critério italiano e o modelo espanhol, pois ambos buscariam evitar que leis sejam anuladas por desconformidades regimentais de baixa relevância, considerados os valores constitucionais mais relevantes na matéria, quais sejam, o caráter democrático e plural do processo político, com respeito aos direitos das minorias¹⁴¹. Apenas teria, a Corte italiana, buscado associar os vícios graves ou essenciais àqueles que tocam mais diretamente a normatividade constitucional.

Convém deixar aqui, ainda, o registro que Vidal Marín faz da experiência francesa, a partir do Conselho Constitucional:

“Y si en Italia la Corte Costituzionale há negado a los Reglamentos Parlamentarios la condición de parâmetro en el juicio de la

¹³⁸ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffrè, Milano, 1993, p. 250.

¹³⁹ MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005, p. 135.

¹⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffrè, Milano, 1993, p. 250; MODUGNO, F. *In tema di regolamentari parlamentari e di controllo sugli interna corporis acta delle Camere en Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. II. Giuffrè: Milano, 1970, p. 1349.

¹⁴¹ CUEVA, Lucas Murillo de la. *El examen de la constitucionalidade de las Leyes y la soberanía parlamentaria*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 216.

constitucionalidad formal de las Leys, outro tanto ha sucedido en nuestro país vecino, Francia, donde el Consejo Constitucional ha considerado que tales normas dictadas por las Cámaras Legislativas en virtud de sua autonomía normativa no forman parte del *bloc de constitutionnalité* oponible al legislador. En este sentido, pueden verse sus decisiones de 23 de julio de 1975 (caso *Taxe professionnelle*) y de 27 de julio de 1978 (caso *Réforme de la procédure pénale*). (...)

La jurisprudencia elaborada por el Consejo Constitucional francés en torno a este tema no termina de convencer a la mejor doctrina francesa, la cual, aparte de formular objeciones a la misma, se muestra partidaria de considerar a los Reglamentos de las Asambleas Legislativas como instrumentos que han de servir al Consejo para controlar la corrección del procedimiento de elaboración y aprobación de una Ley a los efectos de juzgar sobre la legitimidad constitucional de la misma¹⁴².

Na **França**, portanto, ainda prepondera, em larga extensão, o dogma da autonomia parlamentar, lá invocado a fim de pré-excluir o exame judicial da interpretação e aplicação de normas regimentais.

Por fim, na **Alemanha**, as disposições regimentais atinentes ao processo legislativo são tidas mais comumente como diretrizes do que propriamente normas dotadas de coercibilidade¹⁴³:

The Basic Law does not govern the draftin process, which often takes place inside the executive prior to the bill's submission to the legislature. Nevertheless, the internal order of the federal ministries give some guidance on the drafting procedure. Among other things, the order requires an impact assessment, participation of the affected federal ministries, the Ministry of Justice, and “the Länder, national associations of local authorities and representatives of the Länder to the Federation”, as well as of the “central and umbrella associations na of

¹⁴² Nota de rodapé, na p. 137-138.

¹⁴³ “Procedural provisions in German law are often more hortatory recommendations than mandates”. ROSE-ACKERMAN, Susan.; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: the United States, South Africa, Germany and the European Union*. Cambridge: Cambridge University, 2015.p. 161.

the expert Community at the federal level”. These are internal guidelines enacted for organizational purposes, not to legally enforceable requirements. They do not create rights for those outside of the state organs that are subject to them. Hence, a violation of an internal order, such as a failure to carry out an impact assessment or to consult with an association, does not make the enacted statute invalid, unless there is a violation of constitutionally guaranteed principles. Likewise, the Basic Law does not contain explicit rules covering the internal decision-making processes inside the Bundestag and Bundesrat after they receive a draft. However, the Constitutional Court has derived certain formal rules of debate, voting procedures, and committee work from the principles of democracy, but it has left the actual decision-making procedures to the discretion of the legislature. Additionally, the Bundestag and Bundesrat have enacted internal orders governing their procedures. (...) However, these internal orders lack external effect, and thus outsiders cannot enforce them¹⁴⁴.

Do trecho acima, deduz-se que vigora na Alemanha, de modo geral, o mesmo corte interpretativo feito na Itália, no sentido de limitar a cognição e o controle judicial aos aspectos diretamente constitucionais do processo legislativo. Em termos de normatividade regimental, porém, o entendimento é de que o seu circuito jurídico se perfaz apenas internamente às Casas legislativas. Há, todavia, uma tendência alemã de extrair *standards*, deveres jurídicos e exigências procedimentais de princípios mais amplos, como o próprio princípio democrático. Valendo-se de seu consagrado ferramental jurídico, notadamente o postulado da proporcionalidade, a Corte Constitucional alemã já proferiu decisões de impacto direto e decisivo na conformação do processo legislativo, sempre buscando reforçar a conexão entre legislatura e cidadania¹⁴⁵. Eis alguns exemplos reunidos por Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy e James Fowkes:

¹⁴⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan.; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: the United States, South Africa, Germany and the European Union*. Cambridge: Cambridge University, 2015, p. 172-173.

¹⁴⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan.; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: the United States, South Africa, Germany and the European Union*. Cambridge: Cambridge University, 2015, p. 175.

The Court has, for example, ruled that the allocation of seats in parliamentary committees must be in proportion (a ‘mirror image’) of the party distribution in the parliament as a whole. The Court has also oversseen the procedural aspects of Calling a conference committee (*Vermittlungsausschuss*) in case the Bundestag and Bundesrat cannot agree on a legislative text. Another ruling concerned the voting process in the Bundesrat. The Basic Law demands that each state delegation vote as a bloc. The Court overturned a statute because the Bundesrat used a voting procedure Where one state’s delegation cast a split vote. Futhermore, under article 38(1) Basic Law, each member of parliament is an elected representative of the German people. The Court interpreted that clause to require rules of debate in the plenum that ensure each representative’s right to speak, question, and ask for information. All these decisions focus on ‘disputes concerning the extent of the rights and duties of supreme federal body or of other parties vested with rights of their own by this Basic Law or by the rules of procedure of a supreme federal body’ (article 93(1) no. 1 Basic Law). Such cases, which concern the internal affairs of the national parliament, can only be brought to the Court by the Bundesrat, party factions, ou member of parliament¹⁴⁶.

Percebe-se, então, que, nada obstante a Corte alemã não investigue a violação de normas regimentais, limitando-se ao plano constitucional em matéria de processo legislativo, o Tribunal, por outro lado, adota uma postura interpretativa propensa a estabelecer conexões normativas entre princípios constitucionais e temas como esse, o processo de formação de leis. Com isso, embora sigam caminhos metodológicos e hermenêuticos distintos, de certa forma, não parecem tão distantes as Cortes espanhola e alemã. A primeira, como se viu, condiciona o exame de normas regimentais à gravidade e à essencialidade do vício apontado. Gravidade ou essencialidade aferidas, a seu turno, pelo abalo que o vício possa causar em princípios elementares e estruturantes do processo

¹⁴⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan.; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: the United States, South Africa, Germany and the European Union*. Cambridge: Cambridge University, 2015, p. 173-174.

legislativo e da representação política em si. Já na Alemanha, embora o Tribunal não se refira a normas regimentais, acaba, em determinados casos, por reconduzir a questão processual-legislativa que não tem previsão específica em regras constitucionais a esse mesmo referencial normativo, que são os princípios elementares e de maior compleição sistêmica no modelo jurídico-político do país.

2.4. O atual estado jurisprudencial do controle judicial do processo legislativo no Brasil

Chega-se, então, ao caso brasileiro. O retrospecto do tratamento do tema pelo STF já foi feito, em boa medida, no item 2.3., quando foram expostas as três dimensões do devido processo legislativo, assim identificadas por Victor Marcel Pinheiro na *literatura jurisprudencial* da Corte. Aqui, pretende-se focar o quadro atual, ilustrado pela decisão tomada pelo Tribunal no Tema 1120 de Repercussão Geral, resultante na seguinte tese:

Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das casas legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*.

Numa primeira análise, a decisão parece se alinhar ao que já se anotou sobre a experiência italiana, no sentido de que o controle judicial do processo legislativo apenas é admitido no Brasil em função de suas linhas constitucionais. Mais exatamente, em função de suas regras constitucionais, como, por exemplo, aquelas inscritas entre os arts. 59 e 69. Toda a estruturação regimental do processo legislativo estaria infensa ao exame judicial, constituindo, como expressamente registrado no enunciado decisório, matéria de ordem *interna corporis*.

O alcance da tese, porém, não é exatamente claro assim. É que a referência ao “desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo”, como *chave decisória* para se legitimar o controle judicial, abre um *terreno interpretativo* amplo e variável em função da extensão que se venha a dar à normatividade constitucional sobre o tema do processo legislativo. É aí que ganha corpo e toda relevância a delimitação dogmática do princípio do devido processo legislativo, conforme aludido no Capítulo 1.

A depender do alcance que se atribua a essa categoria normativa (e aqui se perfilha à tese multicitada de Victor Marcel Pinheiro), a decisão do Tema 1120 deixa de ser lida como uma tese defensiva, de autocontenção, e pode abrir caminho para uma solução jurisdicional equilibrada e passível de evitar:

(...) dois extremos de que: a) ou as normas regimentais são irrelevantes para fins de identificação de possível inconstitucionalidade; ou b) o de que as normas regimentais teriam status normativo próximo ao das normas formalmente constitucionais, cuja violação leva necessariamente a uma inconstitucionalidade¹⁴⁷.

Com efeito, Ana Paula de Barcellos destaca a relevância de se investigarem os fundamentos decisórios do STF, em matéria de processo legislativo, por ao menos três razões: **a)** porque se trata de tema que tensiona a separação dos poderes, a exigir critérios claros, consistentes e previsíveis; **b)** para garantir integridade e coerência ao próprio Poder Judiciário, seja no tocante às decisões monocráticas dos ministros do STF, seja em relação aos demais tribunais do país; **c)** para potencializar a adequação do cumprimento, pelo Poder Legislativo, das exigências constitucionais identificadas pelo STF¹⁴⁸. E conclui, então, a partir do exame do quanto decidido no **MS 22.503** (versante sobre a irrepetibilidade de proposição rejeitada na mesma sessão legislativa, na **ADI 3.146** (sobre o critério deflagrador do trancamento de pauta por medidas provisórias, se o recebimento da proposição ou a sua leitura em Plenário), na **ADI 5.127** (sobre o *contrabando legislativo* em medidas provisórias) e no **MS 27.931** (sobre o alcance limitado do trancamento de pauta por medidas provisórias), que:

(...) não é correta a afirmação de que a jurisprudência predominante do STF qualifica como questões *interna corporis* – para o fim de concluir que não lhe cabe conhecer da matéria – casos que envolvam a interpretação de normas regimentais ou, de forma mais geral, normas

¹⁴⁷ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 319.

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 435-456, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.80693.

internas das Casas Legislativas. Embora alguns casos sejam solucionados dessa forma e a assertiva teórica seja utilizada pela Corte, diversos outros casos, de grande repercussão inclusive, não utilizam essa espécie de critério decisório¹⁴⁹.

Mais do que isso, entende-se que, em rigor, o STF não se recusa a incluir normas regimentais em seu exame jurisdicional se chega a concluir que há normas constitucionais, mesmo implícitas, em jogo. Há, portanto, casos em que o Tribunal não se limita a examinar regras constitucionais sobre fases ou etapas procedimentais, por exemplo, mas leva em consideração uma dimensão substantiva do processo legislativo, correlacionando-o com o efetivo cumprimento de seus finalidades constitucionais. Foi, torne-se a dizer, o que fez a Corte ao julgar a ADI 5.127, quando, à míngua de regra constitucional expressa, julgou inválidos os chamados *jabutis*.

A propósito, nesse caso, perfez-se aquilo que Victor Marcel Pinheiro identifica como a “criação de novas regras baseada em princípios constitucionais”¹⁵⁰. Da abstração principiológica, o Tribunal extraiu, interpretativamente, uma regra da ação que, doravante, passou a ser aplicada como são as regras constitucionais expressas em matéria de processo legislativo: por um modo binário, ou na base do *tudo ou nada*, sem a aludida aferição do nível de gravidade sistêmica de sua infringência. A principiologia opera no âmbito interpretativo e, mais até, de construção judicial da regra. Já no plano aplicativo, tudo se dá em termos de subsunção – ainda que não seja exatamente fácil determinar, por exemplo, se essa ou aquela emenda tem, ou não, pertinência temática com o objeto de uma medida provisória.

Outra vertente de atuação também delimitada pelo autor consiste na “avaliação do processo legislativo ‘como um todo’”¹⁵¹. Na ADI 4.425, que teve por objeto a possível violação aos prazos regimentais de interstício entre os turnos de votação de proposta de emenda à Constituição, não esteve em jogo, decisivamente, a cognoscibilidade, ou não, da regra regimental em si. Para se saber da validade da votação sucessiva em dois turnos,

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 435-456, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.80693.

¹⁵⁰ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 327.

¹⁵¹ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 335.

no mesmo dia, e quase instantaneamente, foi avaliado o processo legislativo efetivamente havido no caso concreto, à luz de um juízo de suficiência *in concreto* do grau de discussão e deliberação da proposição. Aqui, o sentido decisório é inverso ao que foi adotado na ADI 5.127: enquanto lá se transita do abstrato para a construção e aplicação à hipótese de uma regra mais bem delimitada, no caso da ADI 4.425, toma-se como premissa a realidade do caso concreto e o submete diretamente a um determinado conteúdo principiológico. Sem, portanto, a mediação de uma nova regra de ação inferida por construção hermenêutica. *In casu*, submeteu-se o processo legislativo da Emenda Constitucional nº 62/2009 ao “sentido de um verdadeiro processo deliberativo”, nas palavras do ministro Dias Toffoli¹⁵².

Victor Marcel Pinheiro ainda faz menção a um controle dos argumentos apresentados durante o processo legislativo, calcado no princípio da proporcionalidade e na revisão de fatos e prognoses legislativos. Foi, de certo modo, o que levou o ministro Roberto Barroso a suspender, liminarmente, a Lei nº 14.434/2022, instituidora do *piso nacional da enfermagem*. Na decisão monocrática proferida na ADI 7.222, o ministro entendeu que o processo legislativo não atestava ter havido, por parte do Congresso Nacional, uma avaliação prévia adequada em termos “(a) do impacto financeiro e orçamentário sobre Estados e Municípios e os riscos para sua solvabilidade (CF, art. 169, § 1º, I); (b) do impacto sobre a empregabilidade no setor, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa trazidas aos autos (CF, art. 170, VIII); e (c) do impacto sobre a prestação dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de hospitais e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos (CF, art. 196)”. Por isso, suspendeu os efeitos da lei:

(...) até que sejam esclarecidos os seus impactos sobre: (i) a situação financeira de Estados e Municípios, em razão dos riscos para a sua solvabilidade. Intimem-se, para tal fim, o Ministério da Economia; os vinte e seis Estados-membros e o Distrito Federal; e a Confederação Nacional de Municípios (CNM); (ii) a empregabilidade, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa. Intimem-se, para tal fim, o Ministério do Trabalho e Previdência e a Confederação Nacional

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 4.357/DF*, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux, DJ 14.03.2013, Voto do Min. Dias Toffoli, p. 143.

dos Trabalhadores na Saúde (CNTS); (iii) a qualidade dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de leitos e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos.

Faz-se a anotação dessa tipologia mais recente de controle judicial do processo legislativo, porém, considerada a perspectiva mais procedimental adotada neste trabalho, não se vai prosseguir na análise do tema. O foco está na natureza jurídica das normas regimentais e no papel que exercem no modelo de aferição da validade igualmente jurídica do processo legislativo.

Não se ignoram os tantos posicionamentos de relevo no sentido de se considerarem as normas regimentais como prescrições iguais aos demais atos normativos primários, dotados de coercitividade e exigíveis judicialmente nos termos de seus próprios comandos. É a posição de Cintia Garabini Lages, para quem: **a)** os regimentos parlamentares são normas jurídicas, assim abstratas, gerais, obrigatórias e inovadoras; **b)** consistem em espécie legislativa própria, qualificadas pela Constituição como atos normativos primários, nos termos do inciso VII do art. 59; **c)** submetem-se, portanto, ao controle judicial¹⁵³.

Leonardo Andrade Barbosa é também categórico nesse sentido: “As normas regimentais são princípios e regras jurídicas de direito público, cuja observância por parte das Casas Legislativas é obrigatória e indisponível”¹⁵⁴. Mesmo assim, o autor não deixa de reconhecer que “a dinâmica complexa do processo legislativo tem que ser levada em consideração”. É que, afirma, nenhuma “construção teórica ou solução legislativa resolverá de antemão o problema sobre os limites e os fundamentos do poder de controlar a regularidade do processo legislativo”¹⁵⁵. Cristiane Branco acaba seguindo caminho semelhante, pois, embora sentencie peremptoriamente que “as regras de direito referentes ao processo legislativo são obrigatórias, assim como as normas do direito parlamentar editadas com fundamento no poder autonormativo do Parlamento”, mais adiante, conclui:

¹⁵³ LAGES, Cintia Garabini. *Interna Corporis Acta e os limites do controle judicial dos atos legislativos*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 6, n° 2, 2016.

¹⁵⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 191.

¹⁵⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 189.

o juízo acerca das consequências decorrentes da inobservância das regras de direito parlamentar referentes ao processo legislativo deve aquilatar a gravidade da desconformidade em função da sua vinculação e essencialidade, sopesando o impacto da irregularidade no processo decisório e de formação da vontade política livre, democrática e pluralista da Assembleia, e, por essa avaliação, permitir-se reconhecer, quando for o caso, validade às hipóteses de aquiescência, saneamento e mesmo de convalidação dos vícios ocorrentes no processo legiferante¹⁵⁶.

Ao fim e ao cabo, aproxima-se do critério espanhol, acima exposto, de vícios essenciais e vícios não essenciais, distinguidos em função do abalo que provoquem na formação da vontade parlamentar. Neste trabalho, em linha com essas experiências internacionais já referidas, porém observado o perfil normativo brasileiro, entende-se adequada a posição intermediária entre a insindicabilidade de violações regimentais e, de outro lado, a consideração das normas regimentais como parâmetros jurídicos tão rígidos e coercitivos quanto as regras constitucionais sobre as etapas e fases do processo legislativo:

No caso brasileiro, essa posição intermediária é justificada pelo reconhecimento de que a Constituição Federal de 1988, especialmente mediante o princípio da separação de poderes e seu art. 51, inciso III, e art. 52, inciso XII, reconhece ao Poder Legislativo não “soberania”, mas maior autonomia para definir seus ritos procedimentais. Isso implica: a) autonomia procedimental para definir as normas que regem suas atividades; e b) um grau considerável de discricionariedade procedimental, para definir quais ritos e procedimentos irá utilizar, até eventualmente afastando de modo pontual algumas regras regimentais, desde que isso não distorça significativamente o papel do Parlamento como o principal lócus institucionalizado do processo de tomada de

¹⁵⁶ MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 221.

decisões políticas vinculantes em uma democracia representativa e deliberativa¹⁵⁷.

É nesse ponto, então, que *sobem à ribalta* os princípios estruturantes do processo legislativo, conducentes à compreensão do fenômeno como uma prática institucionalizada e pautada na igualdade de condições dos parlamentares, com efetiva e otimizada participação social, de modo público, com densidade deliberativa e eficiência procedimental. Desde que, na consideração do procedimento como um todo, não se extravase essa *moldura principiológica* e constitutiva do processo legislativo enquanto figura jurídico-normativa, desvios e imprecisões regimentais podem (e devem) ser tolerados pelo Poder Judiciário. Assim, entende-se, compatibiliza-se prática política e normatividade jurídica.

É claro que não há como se determinarem, antecipadamente, as *coordenadas prescritivas* de todo esse conteúdo principiológico. Assim como não é exatamente clara a correlação entre uma infringência regimental e o seu impacto constitucional. Aliás, curiosamente, no *leading case* do Tema 1120, o STF entendeu não lhe competir o exame da questão processual legislativa, dado seu caráter regimental. Todavia, e conforme assinalado pelo Procurador-Geral da República no parecer que apresentou no caso¹⁵⁸, as normas regimentais em debate estavam proximamente ligadas a uma regra constitucional. No caso, a regra inscrita no inciso I do § 2º do art. 58, assecuratória da prerrogativa que tem um décimo dos membros da Casa legislativa de endereçar a deliberação de uma matéria legislativa ao Plenário, evitando a sua tramitação terminativa em comissões.

É que, na hipótese, houve uma alteração relevante entre o texto de projeto de lei aprovado terminativamente na CCJ do Senado e o texto publicado no Diário Oficial do Senado Federal. Na publicação, não se incluiu um artigo revocatório do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, que fora aprovado na comissão.

O argumento, então, foi o de que essa dissintonia afetou significativamente o exercício da prerrogativa parlamentar de recorrer da decisão da CCJ e submeter a matéria

¹⁵⁷ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 320.

¹⁵⁸ “É passível de controle jurisdicional a violação ao princípio da publicidade na tramitação de projeto de lei quando inviabilizar o exercício de prerrogativa constitucionalmente assegurada aos parlamentares, a exemplo do direito a recurso previsto no art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário: RE 1297884/DF*, Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. DJ 14.06.2021).

à apreciação do Plenário. Publicado o texto equivocadamente, sem um de seus mais destacados conteúdos, afetou-se grave e decisivamente a regularidade deliberativa do Senado Federal. Porém, o ministro Dias Toffoli, relator, situou a questão em termos meramente regimentais, referindo-se ao art. 91¹⁵⁹ do RISF:

Não há dúvidas, portanto, de que a matéria vertida nos autos é constitucional e se apresenta à Corte de forma contrária a sua jurisprudência consagrada. Isso porque no aresto recorrido, ao se declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 4º da Lei 13.654/18, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, o julgamento se restringiu à interpretação do art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal, não tendo sido caracterizado, contudo, desrespeito às normas pertinentes ao processo legislativo previstas nos arts. 59 a 69 da Constituição Federal¹⁶⁰.

Vê-se que o ministro nem sequer fez menção ao inciso I do § 2º do art. 58, apenas afirmando, de forma axiomática, que não teria havido desrespeito ao Capítulo constitucional versante sobre processo legislativo.

Há, portanto, um longo caminho teórico e de aprimoramento institucional a se seguir na matéria. Entre tantos pontos a serem abordados e aprofundados, indaga-se se os precedentes em questões de ordem (e, mais exatamente, a forma como são considerados) mantêm vínculos funcionais com os princípios constitucionais estruturantes do processo legislativo, servindo, entre outras coisas, para aprimorar o necessário diálogo institucional que se estabelece sempre que uma questão processual legislativa é endereçada à apreciação judicial. Razões claras, distinções entre hipóteses, esclarecimentos fáticos, técnicos e procedimentais podem cumprir funções relevantes para a investigação concreta sobre os eventuais pontos de conexão normativa entre um ou outro domínio regimental e a principiologia constitucional.

¹⁵⁹ Art. 91. Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição, discutir e votar: (...)

§ 2º Encerrada a apreciação terminativa a que se refere este artigo, a decisão da comissão será comunicada ao Presidente do Senado Federal para ciência do Plenário e publicação no Diário do Senado Federal.

§ 3º No prazo de cinco dias úteis, contado a partir da publicação da comunicação referida no § 2º no avulso eletrônico da Ordem do Dia da sessão seguinte, poderá ser interposto recurso para apreciação da matéria pelo Plenário do Senado.

¹⁶⁰ STF, RE 1297884, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2021.

Em rigor, essa compostura identitária essencialmente política do processo legislativo faz com que a participação substantiva e técnica do Poder Legislativo em questões judiciais sobre o tema possa ser decisiva mesmo quando o debate remanesce em nível puramente constitucional, como será abordado no próximo capítulo.

3. NOTA ADICIONAL SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS ATINENTES AO PROCESSO LEGISLATIVO: PENSAMENTO DE POSSIBILIDADES E A FLEXIBILIDADE NORMATIVA NO PRÓPRIO PLANO CONSTITUCIONAL

3.1. Contextualização

Como se vê, até os tempos atuais, a conformação normativa dos trabalhos legislativos é fortemente influenciada por considerações atinentes à autonomia institucional do Parlamento e pelo reconhecimento de uma certa necessidade prática de responsividade à formação essencialmente fluida e não linear da vontade política. O Tema 1120 de Repercussão Geral segue esse caminho, deixando claro que a normatividade constitucional representa o reduto intangível em termos de controle judicial e injunção coercitiva do processo legislativo. Numa perspectiva inversa, reconhece-se uma margem de conformação institucional da atividade legislativa, desde que o produto normativo e aplicativo da atuação do Parlamento possa ser reconduzido aos lineamentos constitucionais do processo legislativo - ou, como se subscreve aqui, desde que respeitado o seu núcleo principiológico.

Para além das dificuldades aplicativas desse entendimento, evidenciadas na avaliação que se fez do equacionamento (aqui tido como inadequado) do próprio *leading case* do Tema 1120, o STF se deparou, também recentemente, com uma situação capaz de levar ao limite a referida “tensão entre texto e contexto”, comumente estabelecida em matéria de processo legislativo. Situação-limite, disse-se, pois situada no próprio plano constitucional.

Refere-se, aqui, à pandemia e à necessidade de adaptações procedimentais imposta ao Congresso Nacional, notadamente no julgamento das ADPFs 661 e 663, sobre a tramitação de medidas provisórias. O objetivo da referência a esses casos - e àquilo que se propõe, aqui, como amparo teórico de sua fundamentação - está na aptidão que têm para evidenciar a dinâmica ínsita à atividade legislativa e a correlata maleabilidade de estruturas normativas. Maleabilidade aceitável desde que tais estruturas de normatividade remanesçam capazes de serem reconduzidas ao núcleo duro da prática social em que se traduz o processo legislativo e, notadamente, de suas fundamentos ou princípios constitucionais. Foi exatamente o que se submeteu ao exame decisório do STF nos casos acima citados.

Com efeito, se houve uma conjuntura desafiadora ao Direito, essa foi a conjuntura ditada pela pandemia do novo coronavírus. Arranjos institucionais, atividade administrativa, relações jurídicas privadas, métodos interpretativos, atos processuais, enfim, toda e qualquer manifestação de normatividade jurídica foi posta à prova em face das limitações impostas pela Covid-19. E o fato é que, de um jeito ou de outro, de forma mais ou menos satisfatória, as instituições produziram respostas normativas e administrativas à crise pandêmica. De emendas constitucionais a alterações regimentais, passando por um *sem número* de medidas provisórias e leis ordinárias, o Estado buscou se dotar de um instrumental jurídico que lhe permitisse amparar e balizar as medidas necessárias ao enfrentamento do período crítico.

É bem verdade que, na crise, a institucionalidade, esse signo de maturidade civilizatória de qualquer comunidade política, encontra o seu mais decisivo teste de resistência. Como já se pôde afirmar:

Abaladas as condições ordinárias de vida, alterados os problemas cotidianos e o receituário conhecido de suas soluções, a prevalência dos arranjos institucionais passa a conviver com a incerteza do novo cenário e, não raro, com a presença proativa - e até bem intencionada, muitas vezes - de agentes e instâncias políticas ávidos por entregar alguma resposta (qualquer que seja ela) ao período crítico que se esteja a enfrentar¹⁶¹.

Nesse encontro desafiador entre necessidade e incerteza, uma premissa que me parece inafastável para o enfrentamento da pandemia de Covid-19 e de situações afins é a de que:

Iniciativas formais, boas intenções e proatividade não são um problema em si. Muito pelo contrário. Envolvimento e presteza são o que se espera de instituições públicas em momentos delicados. Validade e legitimidade, entretanto, são o que lhes ampara a existência no Estado

¹⁶¹ MAIA NETO, Orlando; SANTOS COSTA, Leonardo P. *A inconstitucionalidade das leis estaduais sobre fornecimento de energia durante a pandemia*. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/329140/a-inconstitucionalidade-das-leis-estaduais-sobre-fornecimento-de-energia-durante-a-pandemia>. Acesso em 10 ago. 2023

de Direito. Fora da crise e, nela, com redobrado vigor. De modo que ao Direito e à institucionalidade, o que cabe, notadamente nas situações críticas, é submeter as iniciativas políticas ao mais apurado filtro de validade, a fim de que a crise não se converta em caos, que boas intenções não resultem em gravosas (e inesperadas) consequências ao que se pretende proteger e que ambientes temporários não produzam rupturas permanentes¹⁶².

Por vezes, todavia, situações-limite se apresentam e são submetidas ao escrutínio jurídico. São contextos em que o atendimento de necessidades coletivas prementes pode não encontrar, no arranjo jurídico e institucional vigente, um canal adequado e eficiente de processamento. São, noutras palavras, situações em que o quadro normativo, se aplicado por um modo estrito ou ordinário, irá operar apenas como um instrumento negativo, como um mecanismo de bloqueio ou veto ou censura ou impedimento às mais diversas propostas de atendimento às finalidades e aos deveres estatais que se acentuam. Isso, porque a factualidade da crise pode, em determinadas circunstâncias, reduzir a zero a capacidade prescritiva das normas jurídicas, notadamente daquelas de matriz constitucional. O descompasso entre a ambiência fática, concreta, e a realidade normativa, abstrata, pode resultar, portanto, numa *situação de soma-zero*, em que o caminho idealizado normativamente já não reúne condições fáticas de aplicabilidade, ao passo que as respostas e soluções construídas para o cenário concreto em que se vive não encontram um tipo mais aparente de lastro normativo.

Pois bem. Configurado o impasse, ameaçada a *guerra fratricida* entre norma e realidade, o que fazer? Ora, dar uma conformação jurídica à saída do impasse. No Estado de Direito, não há outra possibilidade. Donde a necessidade de a comunidade jurídica dotar-se de algum referencial teórico e hermenêutico que possibilite a confluência entre normatividade e vida prática. E é justamente esse o pano do fundo deste tópico: o chamado **pensamento do possível**, enquanto perspectiva teórica que permite fazer, da Constituição e do Estado de Direito, um ambiente propício para a resolução e o

¹⁶² MAIA NETO, Orlando; SANTOS COSTA, Leonardo P. *A inconstitucionalidade das leis estaduais sobre fornecimento de energia durante a pandemia*. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/329140/a-inconstitucionalidade-das-leis-estaduais-sobre-fornecimento-de-energia-durante-a-pandemia>. Acesso em 10 ago. 2023.

enfrentamento de crises, bem como a introdução de uma possível *âncora de legitimidade* para esse recurso hermenêutico.

Considerados os limites próprios de um trabalho como este, o que se propõe é apenas a introdução do pensamento do possível, tal como apresentado por Gilmar Ferreira Mendes. A partir daí é que serão apresentadas breves notas sobre dois casos que, de alguma maneira, se relacionam com a temática. Refere-se, aqui: **a)** ao julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 661 e 663, pelo Supremo Tribunal Federal; **b)** à apreciação do processo 088/20.8BALSB, julgado pelo Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, em 10/09/2020. É o que se passa a fazer.

3.2. Os pontos centrais do pensamento de possibilidades

Já há algum tempo, Gilmar Ferreira Mendes tem difundido, no Brasil, a noção de um pensamento constitucional de possibilidades. Pela clareza e pelo didatismo, convém, de saída, referir-se ao testemunho doutrinário de Peter Häberle sobre a temática, usualmente citado por Gilmar Mendes, seja em artigos, seja em seus próprios votos no STF¹⁶³:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade," - porque também ele fala num pensamento de necessidade - "sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para novas realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor. (HÄBERLE, P. Demokratische

¹⁶³ HÄBERLE, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken *apud* MENDES, Gilmar F. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 10 ago. 2023.

Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS, 1980. p. 3).

O que se defende, portanto, é uma postura hermenêutica aberta, pluralista e integrada com a realidade social e econômica vivenciada. Logo, um itinerário interpretativo que, partindo de um entendimento holístico das bases ou fundamentos do projeto constitucional, esteja endereçado à busca de alternativas concretas e efetivamente aptas para a sua respectiva realização (dele, projeto constitucional). Com uma inspiração marcadamente finalística ou teleológica, o que se busca evitar, muito resumidamente, é que o comprometimento circunstancial de uma ou de outra *peça da engrenagem constitucional* possa ocasionar, a um só tempo, o agravamento da crise de realidade que se esteja a enfrentar e, por conseguinte, a derrocada geral do próprio modelo jurídico-político instituído pela Constituição. Ou, nas palavras de Konrad Hesse, atua-se para impedir “uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos”¹⁶⁴. Evita-se, assim, que se privilegie a parte em detrimento do todo, em situações tão concretas quanto circunstanciais e ainda severas, nas quais essa ou aquela prescrição normativa se revele contraproducente ou impeditiva daquilo que ela mesma buscava possibilitar. De sua *ratio essendi*, pois.

Numa alusão à ideia de concordância prática, Gustavo Zagrebelsky (também oportunamente citado por Gilmar Mendes) sustenta que o modo de sua realização não está na “simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”¹⁶⁵. Poder-se-ia dizer, então, que a complexidade da vida contemporânea, aliada às mais altas pretensões do constitucionalismo atual, exige que o trabalho interpretativo estabeleça uma relação dialética entre realidade (e as necessidades que ela possa impor) e normatividade. Ou, como dito por Peter Häberle, no excerto já transcrito acima: “Na *res publica* existe um *ethos jurídico* específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas”.

¹⁶⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 32.

¹⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia apud MENDES, Gilmar F. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 10 ago. 2023.

Sem atribuir-se a palavra final, despoticamente, a *Sua Excelência, Os Fatos*, o que se propugna é permear a hermenêutica constitucional com as condições de sua própria possibilidade, sob pena de se aplicarem mecanismos de defesa constitucional em detrimento dela mesma, Constituição. Trata-se, pois, de salvar a Constituição dela mesma, de sua própria *esclerose* (diga-se coloquialmente), nas hipóteses em que a factualidade se ponha além das possibilidades prescritivas de alguma de suas passagens textuais.

Com essa explícita base de inspiração, aliás, o Ministro Gilmar Mendes votou, no Referendo na Medida Cautelar na ADI 6.363, pela chancela das medidas trabalhistas emergenciais e transitórias instituídas na Medida Provisória nº 936/2020. Validou, desse modo, a possibilidade de acordo individual entre empregado e empregador para dispor sobre as medidas de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho. Mas isso como medida “para tentar minimizar os impactos socioeconômicos da atual pandemia, sempre com vistas à manutenção do emprego”¹⁶⁶. O que, a seu turno, passou pelo entendimento de que “o Direito Constitucional de crise não pode negar validade a essa norma, sob pena de, querendo proteger, acabarmos matando os doentes. E os doentes aqui são muitos, são as empresas, os trabalhadores e o sistema econômico em si”.

Esse, porém, não foi o único caso que, levado ao conhecimento do STF durante a pandemia, ensejou o exame de alguma dissintonia entre o texto constitucional e o rol disponível de possibilidades fáticas. Tratando de matéria central para o arranjo institucional e para o modelo de separação de poderes inscritos na Constituição, as ADPFs 661 e 663 versam o rito das medidas provisórias durante a pandemia.

3.3. As ADPFs 661 e 663: teleologia e factualidade no centro do debate diretamente constitucional sobre processo legislativo

Endereçadas ao mesmo relator, o Ministro Alexandre de Moraes, as ADPFs 661¹⁶⁷ e 663¹⁶⁸ foram propostas, respectivamente, pelo Partido Progressistas e pelo Presidente da República. Sustentando a violação a preceitos fundamentais atinentes ao devido

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 6.363/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 23.11.2020.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 661/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 15.09.2021.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 15.09.2021.

processo legislativo e à separação dos poderes, na ADPF 661, o Partido Progressistas requereu, como medida cautelar, a “paralisação da contagem regressiva à perda da eficácia das Medidas Provisórias que não versem sobre a pandemia de COVID-19, a contar do dia 17 de março de 2020, quando foram publicadas as normas já citadas das Casas do Congresso Nacional”. Isso porque, nos termos de atos das Mesas Diretoras do Senado Federal (Ato da Comissão Diretora nº 7/2020) e da Câmara dos Deputados (Resolução nº 14/2020), as deliberações das comissões legislativas (inclusive as comissões mistas dedicadas a medidas provisórias) ficam suspensas quando acionado o Sistema de Deliberação Remota – SDR. Este, a seu turno, caracteriza-se como “solução tecnológica que viabilize a discussão e votação de matérias, a ser usado exclusivamente em situações de guerra, convulsão social, calamidade pública, pandemia, emergência epidemiológica, colapso do sistema de transportes ou situações de força maior que impeçam ou inviabilizem a reunião presencial dos Senadores no edifício do Congresso Nacional ou em outro local físico” (art. 1º, parágrafo único, do Ato nº 7/2020, da Comissão Diretora do Senado Federal).

Já o Presidente da República, na ADPF 663, à luz desse mesmo contexto normativo de funcionamento remoto das Casas do Congresso Nacional, defendeu que “o prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, para apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional deve ser suspenso durante recesso parlamentar, bem assim, em período de excepcionalidade que, na prática, implique como que um recesso parlamentar, até a retomada das condições para obtenção normal do quórum de deliberação previsto no artigo 47 da Lei Maior (maioria absoluta)”. Invocou, para tanto, como preceitos fundamentais violados, o devido processo legislativo, o poder de agenda do Congresso Nacional, a soberania popular e a segurança jurídica – nos termos dos arts. 1º, I, 5º, XXXVI e LIV, e 62, §§ 3º e 6º, todos da Constituição Federal.

Do ponto de vista processual, um dado inusitado, em ambas as ações, foi a espécie, heterodoxa, de *pedido contraposto* formulado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, nas informações que prestaram conjuntamente. Além de rechaçarem a suspensão do prazo de tramitação das medidas provisórias, apresentaram, na ocasião, uma minuta de Ato Conjunto, a ser editado com o beneplácito do STF para versar o regime de tramitação de medidas provisórias durante a pandemia. No que mais importa a este trabalho, a normatização proposta pelas Casas do Congresso Nacional possibilita a instrução das medidas provisórias perante os Plenários da Câmara dos Deputados e do

Senado Federal e a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas, designado como relator na forma regimental.

Vê-se, portanto, que ambas as ações giram em torno da aplicabilidade de normas constitucionais expressas, nomeadamente os parágrafos 3º e 4º (por ensejo dos pedidos principais) e o parágrafo 9º (por efeito do pedido contraposto) do art. 62. Mais do que isso, são normas constitucionais de inequívoca centralidade em matéria de arranjo institucional e separação de poderes, pois alusivas à conformação da principal competência normativa do Poder Executivo e do respectivo controle exercido pelo Poder Legislativo.

Monocraticamente, o Ministro Alexandre de Moraes rejeitou os pedidos principais, de suspensão dos prazos de vigência das medidas provisórias, mas deferiu medida cautelar, nas duas ações, para autorizar, conforme pretendido pelas Mesas das Casas Legislativas, “que, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental; bem como, que, em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa; sem prejuízo da possibilidade das Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental”.

Considerando-se, como dito, que ambas as pretensões envolvem o afastamento circunstancial da aplicação de normas constitucionais expressas, é de suma importância entender o que teria levado ao acolhimento de um dos pedidos e à rejeição do outro. É preciso conhecer, portanto, a maneira pela qual a consideração das limitações fáticas decorrentes da pandemia e o juízo de adequabilidade das medidas discutidas nas ações com o modelo constitucional, como um todo, resultou na elisão, momentânea, do parágrafo 9º do art. 62, mas na reafirmação dos parágrafos 3º e 4º do mesmo dispositivo constitucional.

Em sua decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes firma, como premissa teórica e base normativa da discussão, as ideias de que: **a)** a Constituição Federal repartiu as funções estatais entre Poderes independentes e harmônicos entre si, a fim de

evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem; **b)** há um mecanismo complexo de controles recíprocos entre os três poderes, em linha com a teoria dos freios e contrapesos; **c)** quanto, especificamente, à relação entre Poder Executivo e Poder Legislativo, a Constituição disciplina a atuação do Presidente da República em face do Congresso Nacional, seja com a reserva de iniciativa para determinados temas legislativos, seja com a prerrogativa do veto presidencial, seja pela competência excepcional para editar leis delegadas e medidas provisórias.

Sobre as medidas provisórias, mais especificamente, o Ministro Alexandre de Moraes, depois de aludir aos *decreti-lege* italianos como respectiva base de inspiração, traça uma distinção relevante entre as duas figuras: enquanto a edição dos *decreti-legi* pressupõe o controle político do Chefe do Executivo pelo Parlamento (dado o sistema parlamentarista que vigora na Itália), esse instrumento inexistente no modelo presidencialista brasileiro. Precisamente por isso, então, é que a Constituição teria estabelecido “rigoroso procedimento para sua validade e eficácia, prevendo requisitos formais e materiais para sua edição e aprovação, entre eles a expressa determinação de rejeição tácita da medida provisória não deliberada no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias pelo Congresso Nacional, correspondente a edição por 60 (sessenta) dias e reedição por mais 60 (sessenta dias) da medida caso não analisada”¹⁶⁹.

Esse tipo de limitação, somado à impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória rejeitada, inscreve-se, para o Ministro relator, no encarecido *circuito constitucional* dos freios e contrapesos institucionais. Daí figurar, a limitação temporal das medidas provisórias, como elemento essencial à conformação da competência legislativa do Poder Executivo, à relação entre esse poder e o Legislativo e, por isso mesmo, ao equilíbrio entre eles. Donde o Ministro ressaltar que a Constituição “estabeleceu uma única hipótese excepcional de suspensão do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, que ocorre durante o recesso do Congresso Nacional (CF, § 4º, art. 62)”¹⁷⁰. Regra, essa, que não se flexibiliza nem mesmo “nas mais graves hipóteses constitucionais de defesa do Estado e das Instituições Democráticas – Estado de Defesa (CF, art. 136) e Estado de Sítio (CF, art. 137)”¹⁷¹.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 31.03.2020, p. 11.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 31.03.2020, p. 12.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 31.03.2020, p. 12.

Diante desse cenário normativo, de inegável centralidade da norma constitucional que restringe, no tempo, os efeitos da intervenção normativa autônoma do Presidente da República, a negativa da cautelar pleiteada pelos autores, de suspensão dos prazos de vigência das medidas provisórias, fundamentou-se na constatação de que a hipótese dos autos não é de recesso parlamentar, pois, bem ao contrário, o Congresso Nacional continua a exercer suas competências constitucionais.

Diferente, como antecipado, foi o exame da proposta de substituição, excepcional e temporária, da regra inserta no §9º do art. 62 pela possibilidade de instrução das medidas provisórias diretamente nos Plenários das Casas Legislativas, mediante parecer emitido por parlamentar, individualmente. A sua validação, pelo Ministro relator, decorreu de um juízo de razoabilidade da medida, pois, de uma forma ou de outra, ficam preservadas assim a competência do chefe do Poder Executivo para editar as medidas provisórias como a competência do Congresso Nacional para analisá-las. Em essência, trata-se de uma fórmula que não deixa de vitalizar a harmonia entre os Poderes, tal como estabelecida no art. 2º do texto constitucional. Com o que se privilegiam a cooperação e a lealdade institucionais, ao tempo em que se afastam “práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos; principalmente, em momentos de grave crise”¹⁷².

Para além disso, fez-se referência ao **princípio da eficiência** como vetor impositivo do exercício do poder por um modo imparcial, neutro, transparente, participativo, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, além de primado pela adoção dos critérios constitucionais, legais e morais necessários para a maior rentabilidade social. Nesse exato sentido, o Ministro relator reforça a ideia de que a norma excepcional e temporária em causa, embora se contraponha a um dispositivo constitucional em específico, atende a reclamos gerais do *projeto constitucional* em vigor, pois, atendendo ao citado princípio da eficiência, dirige-se “para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos e sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum”¹⁷³.

Já no dia 22/04/2020, deu-se início ao julgamento do referendo à medida cautelar que o Ministro relator proferira. Este, aliás, reafirmou as suas razões de decidir, que

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 31.03.2020, p. 18-19.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 31.03.2020, p. 16-17.

contaram com a subscrição, no mérito, dos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Já os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, além de não conhecerem das ADPFs (no que foram acompanhados pela Ministra Rosa Weber), negaram-lhes provimento. A medida cautelar monocrática, além de referendada colegiadamente, foi depois confirmada em julgamento definitivo.

Houve, no julgamento, questões processuais interessantes quanto à jurisdição constitucional. O conhecimento da própria ADPF, o cabimento de um pedido contraposto na peça informativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o exame de um ato normativo ainda não editado (ao menos na época do ajuizamento da ação), tudo isso perpassou o exame do caso e resultou em debates de alta relevância para o modelo brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade. Para os propósitos desta dissertação, porém, o foco recai sobre a questão substantiva que reside no afastamento provisório da incidência do §9º do art. 62 da Constituição.

É de se destacar, nesse sentido, que o Ministro Alexandre de Moraes, ao sustentar a ratificação de sua decisão liminar, tenha chamado atenção para o fato de que a solução congressional traduz um oportuno *caminho do meio*, pois preserva, a um só tempo, a possibilidade de edição de medidas provisórias e sua respectiva apreciação parlamentar. O que já não sucederia com a proposta de, simplesmente, suspender-se a fluência dos prazos de vigência das medidas provisórias. Daí por que, numa leitura teleológica dos arts. 2º e 62 da Constituição, deva prevalecer a medida adotada pelo Congresso Nacional, e não o pleito formulado pelos autores das ADPFs. De um lado, mantém-se hígido o principal mecanismo de limitação ao poder normativo do Executivo, que é a limitação temporal das medidas provisórias; de outro, apresenta-se uma alternativa a um estado intransponível de coisas, que seria o de exigir-se reunião das comissões mistas nesse período pandêmico. Mais do que isso, encontra-se uma **alternativa que preserva o núcleo essencial da participação parlamentar**, consubstanciado na possibilidade de apresentação de emendas e na deliberação colegiada, em si.

Tirante, por óbvio, os divergentes, todos os demais Ministros seguiram o mesmo trilho de fundamentação. Afirmaram, como a Ministra Rosa Weber, que se tratava de um estado de crise sanitária e epidemiológica, a exigir a tomada ágil e célere de decisões, na construção das políticas públicas necessárias e efetivas ao enfrentamento da pandemia. Mas, isso, sem que os Poderes públicos deixem de atuar dentro dos limites da ordem normativa constitucional. Pois devem observar os desenhos institucionais e os

procedimentos decisórios delineados na *arquitetura constitucional*, em sistemas conformados como democracias constitucionais, que têm, como premissa, a sujeição de todos os poderes ao direito, tanto na perspectiva procedimental como sob a ótica material de seus atos. E, por essa razão, rejeitaram o alongamento do prazo de vigência das medidas provisórias.

De outro modo, os ministros afirmaram que a vivência desse momento excepcional, e um eventual excesso de ritualismo, poderia esvaziar o instituto das medidas provisórias. Daí por que, na linha do Ministro Luiz Fux, defenderam que o Parlamento fosse o “artesão da solução no caso concreto”. Uma solução que seja capaz de resolver, efetivamente, o problema ocasionado pelo atual estado de emergência. Uma solução “sob medida”, é como sintetiza o Ministro Luiz Fux, destacando, além do mais, que a possibilidade institucional em causa, gestada pelo Parlamento, veio a substituir um rito pré-concebido pela Constituição em favor dele mesmo, Parlamento. De modo que o equilíbrio entre os Poderes estaria preservado, dentro daquilo que a Ministra Cármen Lúcio denominou de “respostas possíveis de acontecer”.

Votaram em sentido oposto, já se disse, os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio Mello. Este último se ateu à literalidade e à força normativa do texto constitucional, rechaçando a possibilidade de o STF “reescrever a própria Constituição”. O Ministro Edson Fachin, a seu turno, embora também tenha partido da premissa de que não há lugar para decisão judicial que venha a emendar o texto ou o sentido da Constituição, elaborou um pouco mais a linha de fundamentação para sustentar que esse pressuposto hermenêutico se acentua, no caso, porque a atuação legislativa do Poder Executivo é, no Estado de Direito, uma medida atípica e, portanto, excepcional. Com o que se tornam imprescindíveis as regras instituídas pelo Poder Constituinte para conformar o seu exercício.

O Ministro Edson Fachin chegou, ainda, ao âmago da questão concernente ao pensamento de possibilidades, que não é outro senão o da construção de alternativas jurídicas a situações de excepcionalidade, nas quais venha a se estabelecer um conflito entre normatividade e factualidade. Nesse sentido, afirmou o Ministro que é, justamente, nos momentos excepcionais que a supremacia da Constituição deve preponderar. Mas não foi só. No tocante, especificamente, ao §9º do art. 62, o Ministro concluiu que o argumento consequencialista, nesse caso, não parece procedente, uma vez que os próprios Plenários das Casas estavam se reunindo remotamente. O que levaria a supor a possibilidade de se viabilizar o mesmo sistema para o ambiente das Comissões Mistas,

de modo que não haveria justificativa apta a simplesmente elidir-se essa etapa essencial do rito das medidas provisórias, justamente pela sua dimensão dialógica, democrática e aberta.

3.4. O esforço português para legitimar, inclusive judicialmente, as medidas governamentais de combate à pandemia

Não foi apenas no Brasil, porém, que a pandemia de Covid-19 testou a capacidade operativa dos arranjos institucionais e normativos, sejam eles regulares ou excepcionais. Em Portugal, por exemplo, a primeira reação à crise foi veiculada pelo Decreto-lei n.º 10-A/2020, instrumento normativo de competência do Governo (do Poder Executivo, portanto), a partir da figura da Presidência do Conselho de Ministros. À guisa de isolamento social, aprovou-se a suspensão de atividades escolares e foram antecipadas futuras restrições parciais ou totais de acesso a restaurantes e bares. Obrigou-se, ainda, a adoção do trabalho remoto, sempre que compatível com as funções exercidas e, já no campo do direito administrativo, instituiu-se um regime excecional e rápido de contratação pública para os hospitais e os serviços de saúde pública.

Embora se tenha arguido que determinadas leis ordinárias serviriam como base habilitante para o Decreto-lei n.º 10-A/2020, gerou-se o questionamento, fundado, quanto à validade do ato normativo. Conforme explicam Rui Lanceiro e Teresa Violante: “uma vez que a competência para as restrições dos direitos fundamentais pertence à Assembleia da República, salvo autorização legislativa, por força do artigo 165.º, n.º 1, alínea “b”, da Constituição, este ato legislativo governamental suscita alguma preocupação, uma vez que foi emitido ao abrigo da competência legislativa genérica do Governo, e os diplomas supra referidos não parecem fornecer uma base jurídica adequada para a sua adoção”¹⁷⁴.

Confirmando-se a suspeição que pairava sobre a opção normativa pelo Decreto-lei, as suas disposições foram “ratificadas” pela Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, que se

¹⁷⁴ LANCEIRO, Rui; VIOLANTE, Teresa. *A resposta à Covid-19 em Portugal: da normalidade constitucional ao estado de emergência*. Observatório Almedina. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/08/a-resposta-a-covid-19-em-portugal-da-normalidade-constitucional-ao-estado-de-emergencia/>. Acesso em 10 ago. 2023.

dotou de efeitos retroativos expressos. Sobre o ponto, convém recorrer, ainda uma vez, a Rui Lanceiro e Teresa Violante¹⁷⁵:

Ora, a figura da ratificação parlamentar de atos do executivo já esteve presente na história constitucional portuguesa, quer mais longínqua, no caso das “bills de indemnidade” – figura existente no constitucionalismo liberal, em que as Cortes ratificavam atos do executivo –, quer mais recente, durante o Estado Novo e durante a vigência da Constituição de 1976, até à revisão constitucional em 1997, que substituiu o instituto da “ratificação dos decretos-lei”, pelo regime da “apreciação parlamentar de atos legislativos” (cfr. atual artigo 169.º). Contudo, um mecanismo como a ratificação parlamentar não tem qualquer previsão no atual texto constitucional. De todo o modo, qualquer ato da Assembleia ao abrigo de uma das figuras descritas produziria efeitos (quaisquer que eles fossem) apenas para o futuro. Para além disso, uma vez que a Constituição proíbe restrições retroativas aos direitos fundamentais (n.º 3 do artigo 18.º), a referida produção de efeitos, no que toca à sua retroatividade, traz desafios acrescidos à aceitação da constitucionalidade de tal “ratificação”. Se entendermos que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não restringe direitos, liberdades ou garantias, então não faz sentido a ratificação parlamentar posterior. Caso se aceite estar no âmbito da reserva de competência da Assembleia da República por essa via, então nunca poderia tal lei (i.e., tal “ratificação”) ter eficácia retroativa.

A dificuldade de coordenar a reação pública com a figurino institucional ainda se patenteou em outro esforço de normatização; qual seja, a ratificação promovida no art. 7º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, pelo qual se estabeleceu, formal e juridicamente, o estado de emergência em Portugal. Mais uma vez, evidenciou-se uma

¹⁷⁵ LANCEIRO, Rui; VIOLANTE, Teresa. *A resposta à Covid-19 em Portugal: da normalidade constitucional ao estado de emergência*. Observatório Almedina. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/08/a-resposta-a-covid-19-em-portugal-da-normalidade-constitucional-ao-estado-de-emergencia/>. Acesso em 10 ago. 2023.

preocupação de se atribuir o devido lastro normativo a medidas que já vinham sendo tomadas, concretamente, por iniciativa governamental.

Em adição a tudo isso, e provavelmente por se temer o impacto simbólico de um estado de emergência sobre o desempenho turístico de Portugal durante o verão europeu¹⁷⁶, pouco mais de um mês depois de sua decretação, encerrou-se, formalmente, o estado de emergência. Remanesceu, entretanto, a necessidade de medidas restritivas de direitos para o combate à pandemia. E qual foi, então, a solução encontrada? O recurso à figura normativa da resolução do Conselho de Ministros. Por meio desse instrumento de menor hierarquia normativa, muitas das medidas que haviam sido determinadas sob a égide do estado de emergência seguiram sendo impostas à população portuguesa – cogitando-se, mais uma vez, da suficiência das leis ordinárias como fundamento de validade.

Percebe-se, então, que a pandemia evidenciou a dificuldade de se pôr em funcionamento o intrincado mecanismo de cooperação interinstitucional engendrado, pela Constituição portuguesa, para o tratamento da crise. Nas palavras dos já citados Rui Lanceiro e Teresa Violante¹⁷⁷:

A conceção constitucional do estado de emergência português exige coordenação e acordo entre o Presidente, a Assembleia da República e o Governo na declaração inicial e nas sucessivas prorrogações. Implica também limites materiais para assegurar que o Estado de direito e os direitos fundamentais não sejam afetados, preservando assim a integridade constitucional a longo prazo. No entanto, a crise da Covid-19 apresenta riscos que não foram previstos pelos constituintes nem pelos legisladores de revisões constitucionais. As condições em que o Parlamento está a trabalhar conduzem a um controlo enfraquecido do poder executivo. Além disso, a redução dos contactos sociais impede a realização de controlos efetivos por parte da sociedade civil, tais como

¹⁷⁶ Essa cogitação foi explicitada, entre outros, pelo Professor Pedro Sánchez, no painel dedicado ao tema da “Governabilidade: disfunções nos sistemas de governo na atualidade”, durante o VIII Fórum Jurídico de Lisboa, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KsNA2jsOmbk>.

¹⁷⁷ LANCEIRO, Rui; VIOLANTE, Teresa. *A resposta à Covid-19 em Portugal: da normalidade constitucional ao estado de emergência*. Observatório Almedina. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/08/a-resposta-a-covid-19-em-portugal-da-normalidade-constitucional-ao-estado-de-emergencia/>. Acesso em 10 ago. 2023.

manifestações, protestos e outros atos de resistência coletiva. Deveriam ser equacionados novos instrumentos de controlo e equilíbrio de poderes e, agora mais do que nunca a imaginação institucional é uma prioridade.

Com efeito, (i) a premência de respostas governamentais ágeis e concretas (com a iniciativa primeira da Presidência do Conselho de Ministros), (ii) a preocupação com a preservação do sistema normativo (demonstrada pelos atos de ratificação) e (iii) a necessidade de compatibilizar os efeitos, inclusive simbólicos, desse regime normativo com as demandas da realidade econômica (evidenciada pelo fim do estado de emergência, de um lado, e a manutenção de medidas restritivas a direitos fundamentais, de outro), tudo isso, pode-se dizer, traduz a prática de um pensamento possibilista, que passa, inegavelmente, pelo exercício de um certo tipo (ainda que limitado e tópico) de imaginação institucional. E essa conjuntura, no caso português, também não passou ao largo dos tribunais.

No processo 088/20.8BALS, julgado pelo Supremo Tribunal Administrativo em 10/09/2020, estava em jogo a constitucionalidade de normas proibitivas de reunião, tal como extraídas da conjugação dos pontos 1, 2 e 8 da Resolução do Conselho de Ministros nº 55-A/2020. O argumento central era o de que limitações a direitos fundamentais estão sujeitas a reserva de lei formal, nos termos do já referido artigo 165.º, nº 1, alínea “b”, da Constituição de Portugal.

A decisão, entretanto, foi de validar as disposições das normas impugnadas, em fundamentação assim resumida:

III - A pandemia da COVID19 tem-se caracterizado, juridicamente, pelo surgimento de um Estado de Direito da emergência sanitária, no qual a “limitação” de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação tem de ser avaliada com base nos seguintes pressupostos: i) na excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas; ii) na existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática que as suporta; e iii) na respectiva legitimação por via da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência entre as medidas adoptadas pelos diversos Estados e Administrações.

IV - As medidas administrativas de gestão da pandemia reconduzem-se, também, a um direito administrativo do risco, no âmbito do qual a gestão do risco é prosseguida através da adopção de medidas que se inscrevem no núcleo da função administrativa e cuja proporcionalidade o tribunal sindicou sem pôr em causa o núcleo da separação dos poderes.

Muito resumidamente, portanto, o Tribunal português superou a literalidade da Constituição – e as limitações por ela trazidas: **a)** pelo carácter excepcional e temporário das medidas de enfrentamento da crise; **b)** pela existência de algum grau de legitimação democrática, a evidenciar-se pelo encadeamento de atos normativos que, mais abstrata ou concretamente, habilitem o agir governamental; **c)** pela legitimação substantiva que deriva do que se chamou de internormatividade técnica internacional.

Para levar em conta a excepcionalidade e a temporariedade das medidas restritivas ao direito de reunião, o Supremo Tribunal Administrativo invocou a conhecida *jurisprudência da crise*, cunhada pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 396/11, 353/12, 187/2013.

Quanto à aferição do grau de legitimação democrática das medidas em causa, julgaram-se suficientes, como sucedâneo episódico da exigência constitucional por lei formal, as disposições habilitantes da lei parlamentar que institui o sistema de vigilância em saúde pública (Lei n.º 81/2009), bem como a existência de uma “cadeia ininterrupta de legitimação, os quais, de resto, estão expressamente enunciados no preâmbulo das Resoluções do Conselho de Ministros. Referimo-nos, para além do já mencionado artigo 17.º da Lei n.º 81/2009, também i) aos artigos 8.º e ss da Lei n.º 27/2006 (Lei de Bases da Protecção Civil), que disciplinam as situações de declaração de estados de alerta, contingência e calamidade; ii) a Base 34 da Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro, que confere poderes à autoridade de saúde e ao membro do Governo pela área da saúde para a adopção, respectivamente, de medidas de vigilância da saúde e de medidas de excepção em situações de emergência de saúde pública; e iii) a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março (Actualizada já em sete ocasiões, por último, em 28 de Julho, pela Lei n.º 28/2020.), relativa às medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, que ratificou o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março (Actualizado por 18 vezes, por último, pelo Decreto-Lei n.º 58-B/2020, de 14 de Agosto.), e que serve (tem servido) de lei habilitante

às medidas legislativas (e subsequentes medidas regulamentares) adoptadas pelo Governo no âmbito da crise sanitária”.

Por fim, numa dimensão substantiva ou contedística, aludiu-se à força dos consensos técnicos internacionais em matéria de legitimação e densificação jusconstitucional. Razão pela qual as medidas de isolamento e restrição ao direito de reunião, na medida em que canceladas pela Organização Mundial da Saúde, dotar-se-iam de pertinência jurídica, mormente “num mundo globalizado e onde existe uma rápida e ampla mobilidade de pessoas, impor a adopção de medidas ágeis por todos os Estados-membros e em ‘quase simultaneidade’, exigências para as quais apenas o direito administrativo se revela um (o único) instrumento apto”.

3.5. Conclusões parciais do Capítulo

Vê-se, do que se expôs, que a crise e a realidade impõem desafios severos às mais diversas configurações normativas, inclusive às de matriz diretamente constitucional. Seja num regime presidencialista e federativo, como no Brasil, seja num sistema semipresidencialista e unitário, como em Portugal, é limitada a capacidade apriorística dos modelos institucionais de absorverem, em todas as suas passagens e engrenagens, os reclamos que a vida prática suscita. Por vezes, é preciso abrir o *leque de possibilidades* e levar em conta, numa dimensão mais ampliada, a finalidade e a essência do projeto constitucional ou do programa normativo. Pode-se, a partir daí, articular as devidas razões constitucionais para justificar, concreta e especificamente, esse ou aquele proceder estatal.

No caso brasileiro, das ADPFs 661 e 663, o resultado indica que, entre um arranjo normativo provisório que rima com a harmonia entre os Poderes, com o princípio da eficiência e com o devido processo legislativo, e uma alternativa que traria, para o centro da vida institucional, as consequências deletérias da alegada impossibilidade física e fática de funcionamento das comissões mistas, decidiu-se pela prevalência da primeira.

Se há, porém, uma nota a ser feita sobre o julgamento, ela está no fato de que a observação do ministro Edson Fachin quanto à hipótese de funcionamento igualmente remoto das Comissões Mistas não foi objeto de maiores considerações pelos demais julgadores. O ponto é relevante, porque, por definição, o pensamento de possibilidades exige uma imersão do intérprete na conjuntura factual que rodeia o caso. A busca por alternativas pressupõe o colapso, ainda que circunstancial, de alguma disposição ou exigência normativa. E o fato é que a indagação do Ministro Edson Fachin sobre a

possibilidade de se replicar o Sistema de Deliberação Remota para as Comissões Mistas soa bastante pertinente e deveria ter sido objeto de consideração expressa, ainda que fosse para ser refutada.

Seja como for, os demais ministros, além de enfatizarem a preservação da teleologia constitucional do regime das medidas provisórias, fundaram a validação da proposta do Congresso Nacional no juízo de que se tratava de solução provida de maneira célere e pelo próprio Parlamento. Com o que haveria de se justificar alguma deferência da Corte, até porque a regra constitucional em jogo militava em favor do próprio Congresso Nacional. Olvidou-se, entretanto, que o §9º do art. 62 da Constituição também consubstancia norma de prestígio à minoria e à qualidade substantiva da deliberação parlamentar, pois garante-se uma instância de apreciação focada sobre cada uma das medidas provisórias. Essa consideração poderia realçar a necessidade de se discutir, mais a fundo, a possibilidade de funcionamento remoto das Comissões Mistas.

Já em Portugal, chama atenção o fato de que se pôs em evidência a complexidade e as dificuldades do arranjo interinstitucional promovido pela Constituição para o enfrentamento da crise. A própria distribuição de competências entre Governo, Presidência e Parlamento foi questionada, em seu âmago, pendendo-se para o protagonismo do Governo como instância apta a reagir, a tempo e modo, às necessidades impostas pela pandemia. E se deflagrou, com isso, todo um esforço normativo (calcado nas citadas ratificações de atos governamentais pelo Parlamento e pelo Presidente) e também jurisdicional para reafirmar-se a legitimidade das intervenções estatais.

A pandemia de Covid-19 e os exemplos brasileiro e português deixam claro, portanto, que o pensamento de possibilidades é um instrumento hermenêutico poderoso e, por vezes, inevitável. Entende-se que ainda se exige um aprofundamento em termos de legitimação teórica, demandante de estudos mais aprofundados e focados. Porém, no que se refere a esta dissertação, há dois pontos de especial relevância a serem destacados.

O primeiro é o de que, mesmo no *altiplano* constitucional, o exercício do poder político, como um todo, e da atividade legislativa, mais especificamente, configura um espaço amplamente permeado pela vivacidade política e por uma certa maleabilidade institucional, com desafios significativos em termos de coesão jurídica e rigidez normativa. Ainda que se esteja a transitar pelo campo unicamente constitucional, com regras textuais, claras e afeitas a delineamentos básicos do processo legislativo (como a definição de instâncias deliberativas e de competências legislativas, por exemplo), podem surgir conjunturas que ponham os arranjos institucionais à prova e demandem, em alguma

medida, a sua reformulação tópica, localizada. Quadro, esse, também passível de ser decidido pelo Poder Judiciário, como visto, o que nos parece oportuno destacar para chamar atenção, ainda uma vez, à importância de se direcionarem formulações teóricas a toda e qualquer instância decisória, e não somente ao Poder Judiciário, independentemente de ter ele, ou não, a última palavra sobre esse ou aquele tema. Pois, em última análise, não é a competência final do Poder Judiciário sobre os temas jurídicos em geral que garante a adequação de suas decisões à normatividade. A atividade decisória, o mister hermenêutico deve ser controlado e debatido teoricamente em todo e qualquer caso.

Se, em termos constitucionais, esse cenário de teste institucional é rigorosamente excepcional, é possível dizer que, no tocante ao *varejo normativo* em que se traduzem os regimentos internos das Casas legislativas, a tensão entre normatividade tópica e dinâmica política é bem mais comum. O exercício do poder de legislar envolve, essencialmente, a resolução de problemas coletivos dos mais diversos tipos. O alcance, a natureza e a intensidade dessas pautas variam em termos inimagináveis, de modo que, inevitavelmente, os instrumentos de seu processamento (e a forma como são efetivamente aplicados e interpretados) devem se dotar de adequabilidade. Daí Victor Marcel Pinheiro ter *pinçado*, da dogmática processual geral, o princípio da instrumentalidade das formas, atribuindo-lhe a qualidade de referencial normativo de alta relevância e alcance no processo legislativo. Veja-se:

Como será aprofundado no Capítulo 7, é importante reconhecer que a grande maioria das regras que disciplinam o processo legislativo está prevista em normas dos regimentos internos, fruto da autonomia e discricionariedade procedimentais dos Parlamentos. Há, no processo legislativo, a incidência do princípio da instrumentalidade das formas como exigência do princípio da eficiência, no sentido de que especialmente as regras regimentais devem ser compreendidas como mecanismos de se chegar a uma solução política viável e em tempo hábil, que possa contar com o apoio da maioria em determinado

momento, sem, entretanto, descuidar dos demais princípios estruturantes do devido processo legislativo¹⁷⁸.

Seja como for, o que se identifica como ponto comum em um ou outro caso (ou seja, tanto nas decisões versadas neste capítulo, de origem puramente constitucional, quanto no caso da interpretação singelamente regimental) é a conexão normativa necessária entre a resolução do caso e a preservação de princípios estruturantes do devido processo legislativo e da própria *raison d'être* do instituto. O afastamento tópico do § 9º do art. 62 da Constituição somente foi admitido, pelo STF, pela conclusão de que, à luz das circunstâncias factuais impositivas, essa seria a solução que mais intensamente preservaria a funcionalidade do processo legislativo e os seus mais profundos fundamentos normativos. À *moda espanhola*, entende-se que a preterição regimental somente é digna de censura jurídica quando afeta as bases do processo legislativo; quando viola a sua finalidade e os seus princípios estruturantes, portanto.

Resta saber, nessa empreitada de cogitação teórica, se o precedente em questão de ordem, ou seja, se a afirmação aplicativa de uma norma regimental, em determinada conjuntura fática e processual, deve produzir algum tipo de eficácia jurídica no âmbito institucional do Senado Federal.

Direciona-se, então, o trabalho para esse ponto, o que exige, em primeiro lugar, a elaboração de um brevíssimo esboço teórico (com o perdão da redundância) sobre os fundamentos e as funcionalidades dos precedentes nos sistemas jurídicos.

¹⁷⁸ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 168.

4. PRECEDENTES DECISÓRIOS E SISTEMAS JURÍDICOS

4.1. Brevíssima nota sobre a trajetória histórica e institucional dos precedentes nos sistemas jurídicos ocidentais

Chega a ser intuitiva a ideia de que decisões pretéritas produzam efeitos (mesmo que apenas sociais ou psicológicos) em termos de previsibilidade, cognoscibilidade e aceitabilidade desse ou daquele modo de agir. Independentemente do ambiente normativo, e do tipo de autoridade exercida, posturas pretéritas geram algum nível de constrangimento em posições futuras. O exercício cotidiano do poder familiar está aí para evidenciar (ainda que intuitivamente) o ponto.

Mais analiticamente, porém, a ideia pode ser exposta da seguinte forma: “Past experience is generally crucial in the formulation of expectations, and information about specific past behaviours is a basis for assuming that, should the same circumstances prevail, these behaviours will recur”¹⁷⁹.

Já no plano jurídico, o poder determinativo de decisões pretéritas sobre casos futuros é algo que suscita reflexões teóricas tão antigas quanto variadas em suas perspectivas de abordagem. Autores de premissas teóricas, épocas, culturas jurídicas e posições geográficas das mais diversas já se dedicaram e continuam a se dedicar ao tema. Isso, todavia, não torna a elaboração deste capítulo mais fácil ou singela. O excesso de produção acadêmica sobre uma questão pode tornar sua cognição tão complexa quanto a ausência de fontes sobre ela. São tantas as nuances históricas e vertentes teóricas identificáveis que a cognição do assunto ganha algum grau de complexidade justamente por ter de delimitar e arranjar esses elementos em uma ordem coerente, de modo a apresentar uma posição íntegra e de bom poder explicativo.

Seja como for, o certo é que se pode tomar como premissa central deste capítulo a ideia de que há um *traço-de-união* entre precedentes, direito e instituições:

wherever there exists a set of practices and institutions that we believe are entitled to the name of law, the rule of precedent will be at work,

¹⁷⁹ BARAK-EREZ, Daphne. *The doctrine of legitimate expectations and the distinction between the reliance and expectation interests*. European public law, v. 11, dez. 2005, p. 583-601.

influencing, to one degree or another, the conduct of those responsible for administering the practices and institutions in question¹⁸⁰.

Michael Zander subscreve esse juízo conclusivo, afirmando categoricamente que: “It is difficult to conceive a legal system in which precedent plays no part at all. One of the fundamental characteristics of law is the objective that like cases should be treated alike”¹⁸¹. Com efeito, há no ordenamento jurídico um elemento de autoridade, também pela já mencionada perspectiva *kelseniana* de que a afirmação do consequente normativo é a verdadeira expressão da norma e do Direito. Nessa medida, decisões pretéritas, ao veicularem um prescritor¹⁸², ganham relevância também pela autoridade que trazem consigo. Passam a veicular a *norma em ação*, expressando a fisionomia propriamente normativa do Direito. Consequentemente, a instância decisória acaba por se imbricar com o objeto normativo, um e outro *dando vida* e qualidade coercitiva ao Direito:

(...) law is, at bottom, an authoritative practice, a practice in which there is far more reliance than in, say, mathematics or the natural sciences on the source rather than the content (or even the correctness) of ideas, arguments, and conclusions¹⁸³.

É claro que não se está a dizer que, no direito, tudo seria uma questão de autoridade, no sentido da força de quem nominal e conjunturalmente decide. Evidentemente que não. Uma construção nesse sentido iria na *contramão* de tudo que se entende por Estado de Direito e negaria, inclusive, a utilidade de um trabalho como este, focado na resolução de questões de ordem em Casas legislativas. Apenas se está, aqui, a destacar o componente normativo que emana da própria autoridade decisória. Não em um

¹⁸⁰ KRONMAN, Anthony T. *Precedent and tradition*. The Yale Law Journal, v. 99, 1990, p. 1029-1068.

¹⁸¹ ZANDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge University Press, sixth edition, 2004, p. 215.

¹⁸² Alude-se, no ponto, ao que Lourival Vilanova chama de estrutura lógica da norma jurídica em sentido material; ou seja, uma estrutura que se compõe de duas partes ou dois membros, que são a hipótese e o mandamento. Na hipótese, primeiro elemento lógico da norma, faz-se a descrição de um evento passível de ocorrer (evento natural, ou humano). Já na parte igualmente lógica do mandamento ou consequência da norma, estatui-se um comportamento humano em qualquer dos modais deônticos do proibido, do obrigatório, ou do permitido, a ser adotado por ocasião do efetivo eclodir daquele evento hipotetizado (modais deônticos são os modos do dever-ser em que o Direito consiste). Donde também se chamar a hipótese normativa de descritor ou antecedente, tanto quanto o mandamento é chamado de prescritor ou consequente. Isto no sentido de que, uma vez ocorrente a situação hipotetizada no descritor da norma, deve sobrevir a conduta imposta pelo respectivo prescritor. (VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, Revista dos Tribunais, 1977).

¹⁸³ SCHAUER, Frederick. *Authority and authorities*. Virginia Law Review, v. 95, 2008, p. 1931-1961.

sentido personalista, como algo vinculado à imposição pessoal de quem exerce o múnus jurisdicional, mas na linha de que a produção institucionalizada do direito tem, por si só, um elemento ordenatório. Um elemento, claro, insuficiente para legitimar as decisões, mas cuja existência não pode ser negligenciada.

Para além da necessária aferição de sua validade formal e legitimidade, a partir de todos os ângulos afeitos ao Estado Democrático de Direito, o certo é que decisões importam por si só e geram impacto na compreensão substantiva do Direito¹⁸⁴. Delas necessariamente emanam efeitos de conformação da ordem jurídica, sob pena de se negar, em última análise, a própria autoridade decisória. A forma como essa eficácia inerente à autoridade decisória é absorvida e canalizada pelos sistemas jurídicos é que está no cerne do debate teórico sobre a figura dos precedentes.

Neste trabalho, pelos limites que lhe são evidentes, não se pretende exaurir o tema de um ponto de vista descritivo, nem, menos ainda, desenvolver um prisma teórico inovador. O propósito acadêmico é o de apresentar, com a necessária consistência e a inevitável brevidade, asserções teóricas voltadas à resposta daquilo que é pertinente e instrumental a esta pesquisa sobre questões de ordem no direito parlamentar: a que servem os precedentes em um sistema jurídico? Qual a sua fundamentação normativa e a sua função operativa?

Dessas indagações decorre ainda uma outra, mais específica, concernente ao grau de vinculatividade dos precedentes.

Pois bem. Considerado o precedente como um componente próximo da elementaridade, da essencialidade de todo e qualquer modelo de ordenação e decisão¹⁸⁵, percebe-se que os sistemas jurídicos foram historicamente confrontados com a necessidade de institucionalizá-los. Essa trajetória é certamente multifacetada e não linear, alternando períodos de afirmação e de ruptura, como o que ocorreu, neste último caso, por efeito da Revolução Francesa. Fenômeno revolucionário, esse, pautado na utopia cerebrina (e, como todas elas, um tanto quanto juvenil, tomo a liberdade de acrescentar) de que a vontade geral materializada em lei seria estritamente concretizada por juízes autômatos, capazes de vocalizar, descritivamente, os comandos normativos.

¹⁸⁴ “O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. RT: São Paulo, 4ª ed. rev. e atual., 2019, p. 101).

¹⁸⁵ “(...) even without a formal practice of precedent following, people can and will draw inferences from decisions in earlier cases about how future cases will be decided” (ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*. Southern California Law Review, v. 63, 1989-1990, p. 1-64).

Nessa perspectiva, então, de assimilação institucional do potencial preditivo e estabilizatório das decisões pretéritas, é inevitável apontar-se para a compostura histórica do *common law*. Não *inebriado* pelo afã revolucionário francês, o sistema anglo-saxão historicamente desenvolveu outros mecanismos assecuratórios de segurança, previsibilidade e igualdade¹⁸⁶. São mecanismos *ancorados* em profunda base ética¹⁸⁷, e não pautados numa concepção plenipotenciária da lei e da vontade dos homens:

The first attitude at the foundation of the common law is humility about the power of individual human reason. It is bad idea to try to resolve a problem on your own, without referring to the collective wisdom of other people. This is why it makes sense to follow precedents, especially if the precedents are clear and have been established for a long time¹⁸⁸.

Na ambiência do *common law*, tão arraigada essa crença se tornou, tão fortemente esse valor comunitário se constituiu, que as decisões pretéritas passaram a se dotar de uma autoridade primária (ou institucional)¹⁸⁹. Uma autoridade desatrelada do apelo substantivo de seu conteúdo, mas calcada na vinculatividade e na imperatividade de sua observância futura. É a *proverbial* eficácia vinculante dos precedentes (*binding authority*), enunciada pela célebre fórmula latina do *stare decisis et quieta movere* – ou, metonímica e consagradamente, o *stare decisis*. José Rogério Cruz e Tucci cita passagem de Sir Baron Parke que bem ilustra o alcance do instituto:

O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas

¹⁸⁶ “Na verdade, a instituição do *stare decisis* pode ser vista como um elemento de balanceamento da falta de sistematicidade do *common law*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53).

¹⁸⁷ Ver, nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. RT: São Paulo, 4ª ed. rev. e atual., 2019.

¹⁸⁸ STRAUSS, David. *The living Constitution*. New York, USA: Oxford University Press, 2010.

¹⁸⁹ “But in the common law systems precedents have a greater potency than Simply as models of imitation. The rules *require* that in certain circumstances a decision be followed whether the second court approves of the precedente or not. (ZANDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge University Press, sixth edition, 2004, p. 215),

e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem¹⁹⁰.

Vale registrar, nesta altura em que se aborda a trajetória histórica do tema, a relevância que uma certa prática, aparentemente singela, obteve no processo de consolidação do sistema de precedentes no *common law*. Conforme narrado por José Rogério Cruz e Tucci, havia na Inglaterra um cenário combinado de unidade jurídica, determinada configuração geográfica, centralização judiciária e homogeneidade da classe forense, que naturalmente repeliu ou minimizou os influxos cientificistas do direito romano-canônico. Formou-se uma aderência orgânica entre a realidade social inglesa e o direito comum lá praticado. O que, a seu turno, fez com que, desde o nascedouro, o *common law* manifestasse uma predisposição para se tornar um sistema de *case law*¹⁹¹.

O passo determinante para a concepção do *stare decisis*, todavia, foi dado pela adoção espontânea e paulatina de um certo costume judiciário, depois consagrado em termos de *modelagem institucional*: a elaboração de compilados dos julgamentos e das decisões proferidas pelas cortes inglesas, os *Law Reports*. Notabilizou-se, nesse contexto, o trabalho de Edward Coke, à época exercente do cargo de *Chief Justice of the Common Pleas*. Foram produzidos onze volumes de *repositórios jurisprudenciais*, cuja valia é assim descrita por José Rogério Cruz e Tucci:

As notas elaboradas por Coke revelam que o seu esforço almejava, a um só tempo, imprimir certeza a uma prática que, durante três séculos, encontrava-se ainda desordenada, e, também, preservar os princípios jurídicos edificados pelo talento de juízes do passado, conservados nos respectivos julgamentos¹⁹².

¹⁹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021, p. 102

¹⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021, p. 95-98.

¹⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021, p. 99.

Esse modo de organização prática da função jurisdicional, fundado no tirocínio e no envolvimento orgânico de personagens como Edward Coke, serviu para possibilitar que, ao passar do tempo, as decisões pretéritas fossem alçadas à condição de precedentes vinculantes. Isso mostra como o desenvolvimento institucional induz comportamentos, tanto quanto os comportamentos produzem efeitos sobre a conformação das instituições e dos institutos jurídicos. No caso, a iniciativa de compilar e organizar tematicamente decisões judiciais serviu de estímulo para que, na Inglaterra, fosse absorvido em termos institucionais o entendimento de que o Direito é uma técnica de matriz essencialmente histórica. Na Inglaterra, portanto, pôde ressoar pelas estruturas de poder aquilo que, no Brasil do século XIX, o jusfilósofo sergipano Tobias Barreto bradava de modo retumbante: “o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”¹⁹³.

Marinoni relata que esse processo de solidificação do *stare decisis* se perfez apenas em 1898, com o julgamento do caso *London Tramways v. London City Council*, pela *House of Lords*. O *rule of precedent* foi, na ocasião, expressa e especificamente afirmado, quando a *House of Lords* rejeitou a consideração de argumentos contrapostos a decisões pretéritas da própria Casa¹⁹⁴. Portanto, nada obstante o *common law* não se confunda com o *stare decisis*, nem tenha nele a sua razão jurídica de ser, foi nesse sistema que o instituto ganhou contornos mais claros e institucionalizados, moldando a sua faceta mais moderna e operando como fonte destacada de direito.

É digna de nota, porém, a constatação de José Rogerio Cruz e Tucci, com toda sua embocadura historicista, no sentido de que o uso de precedentes vinculantes é cíclico e recorrente também na trajetória do *civil law*:

Por paradoxal que possa parecer, vem assinalado que, sob o prisma da história do direito moderno, os sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos *precedentes persuasivos*, *precedentes com eficácia vinculante*, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (*precedentes verticais*), como, e.g., os *arrêts de règlement* do Parlamento francês; os julgamentos das “causas maiores” da Rota Romana, da Itália pré-

¹⁹³ BARRETO, Tobias, Estudos de Direito- I, Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012, pp. 49-55. Organização de Luiz Antonio Barreto.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 30.

unitária; o regime de assentos da Casa de Suplicação em Portugal; o *prejulgado* trabalhista no Brasil; e, ainda hoje, o controle exercido pelo Tribunal Constitucional espanhol sobre as decisões que contrariam *precedentes judiciais*; e a inusitada regra constante do art. 1º, al. 2, do Código Civil suíço, que outorga ao juiz, diante da lacuna da lei, o poder de criar a regra aplicável ao caso concreto. (...) Se olharmos mais para o passado, iremos verificar que o *usus do precedente*, acentuado na casuística, constitui um método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico ou da natureza da função exercida pelas pessoas que o empregam¹⁹⁵.

Se precedentes obrigatórios não são um *artigo exclusivo* do sistema de *common law*, por outro lado, tampouco nessa realidade anglo-saxã os precedentes têm apenas uma funcionalidade vinculante. Também lá se reconhece às decisões judiciais um atributo jurídico mais brando, centrado no poder persuasório da interpretação¹⁹⁶: “No *common law*, existem incontáveis precedentes interpretativos, cuja importância é conferir estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito”¹⁹⁷. Neil MacCormick chega a dizer, inclusive, que: “precedents are best treated as more or less highly persuasive rather than absolutely binding”¹⁹⁸.

Nessa hipótese, de precedentes persuasivos, o seu valor jurídico é derivado ou secundário, pois incidente sobre aquilo que primariamente se põe como fonte do Direito, o que pode ser, para além de normas escritas, um próprio precedente vinculante. Precedente vinculante ou obrigatório, cuja aplicabilidade a determinada circunstância factual e jurídica pode ser mais bem elucidada apenas posteriormente, pelo trabalho interpretativo assim cristalizado em decisão subsequente.

Já no *civil law*, e particularmente no Brasil, mesmo antes da consagração positivada de um sistema de precedentes obrigatórios, já era comum aludir-se à jurisprudência para designar “a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre

¹⁹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021.

¹⁹⁶ A non binding precedent may of course be of very great persuasive power. The precise extent of its persuasive power will depend on all the circumstances” (ZANDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge University Press, sixth edition, 2004, p. 254).

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 35.

¹⁹⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: University Press Scholarship Online, 2010, p. 146.

determinado ponto”¹⁹⁹. Constância, uniformidade e autoridade decisória inevitavelmente levam ao emprego da jurisprudência como instrumento interpretativo do Direito e trunfo persuasório. Há, como já dito, um valor moral intrínseco às decisões pretéritas. Um valor que delas emana e se projeta temporalmente, dotando-as, além de tudo, de “uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada”²⁰⁰.

Daqui se percebe, pois, que a figura dos precedentes decisórios, divisada por um prisma de consagração histórica e institucional, revela uma essencialidade assim normativa como operativa do direito. Noutras palavras, ao longo do tempo, e nas mais variadas experiências jurídicas ocidentais, os precedentes foram *ganhando corpo*, em maior ou menor grau, enquanto elemento diretamente normativo, ou seja, fonte ou *causa eficiente* do Direito, bem como enquanto instrumento de coesão e praticabilidade da ordem normativa exterior a eles.

4.2. Conteúdo e funcionalidade jurídicas e justificação normativa dos precedentes

Precedentes são, em termos contedísticos, regras de ação que se desatam de decisões proferidas em casos concretos. Estruturam-se, portanto, em “duas partes distintas: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; *b*) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório, que aspira certo grau de universalidade”²⁰¹.

Logo, o precedente tem, enquanto *causa material*, um determinado fragmento do passado, uma delimitada controvérsia jurídica pretérita, com todas as suas nuances factuais. O recurso ao passado como *matéria-prima* do Direito é, repita-se, algo elementar a qualquer espécie de sistema de poder²⁰². Marinoni afirma, nesse sentido, que: “os sujeitos a qualquer tipo de poder, ainda que privado, possuem o direito de crer na

¹⁹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 144.

²⁰⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021, p. 3.

²⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021, p. 160.

²⁰² “[...] decisões anteriores que funcionam como modelos para julgamentos posteriores”¹⁷² e se baseiam em uma razão prática inerente ao ser humano, que é “[...] usar lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro’.” (THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. *Precedentes Judiciais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 12 mai. 2023).

racionalidade e na estabilidade das decisões”. Esse “direito”, aqui empregado atecnicamente, deriva da “legítima expectativa de que os julgamentos que podem atingi-los não variarão sem justificativa plausível e que, assim, podem dirigir as suas atividades de acordo com as diretrizes já fixadas”²⁰³.

Subjaz aos precedentes, portanto, uma noção de responsabilidade por aquilo que se faz – ou melhor, por aquilo que se decide. Mais do que a produção de um resultado concreto e imediato, a decisão judicial tem uma dimensão comunicacional e orientativa, que alcança os fatos supervenientes que se enquadrem na mesma *trama jurídica* por ela construída argumentativamente. Há, portanto, uma potencialidade decisória externa na figura do precedente, que o singulariza e o aparta das decisões em geral.

Feito de passado, o precedente *ganha a vida* no futuro, orientando (com maior ou menor intensidade) a conduta de terceiros e mantendo com o sistema de Justiça uma relação pautada na responsabilidade pelo que se decide. Nessa linha, porém mais direta e conceitualmente falando: “o precedente é uma decisão fundada em pelo menos uma regra universalizável construída e interpretada a partir das circunstâncias do caso concreto e que poderá se aplicada a casos futuros”²⁰⁴.

Convém insistir: o precedente emerge de uma contextura factual muito bem delimitada e equacionada, mas dela se desprende para adquirir valor jurídico enquanto regra prescritiva universalizável. “O precedente encarna uma norma devidamente compreendida à luz dos fatos, mas jamais é sobre um ‘fato’”²⁰⁵. É, insista-se, uma regra jurídica universalizável, mas isso na medida em que tal regra possa ser reconduzida a conjunturas factuais outras, certamente não idênticas à original, porém suficientemente próximas a ponto de não se identificar, como pertinente a esse caso futuro, a incidência de nenhuma outra norma jurídica²⁰⁶.

Entretanto, para que seja assim, é necessário que a decisão pretérita tenha se ocupado, holística ou esfericamente, das angulações jurídicas que rodeiam a questão de direito *sub examine*:

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 88.

²⁰⁴ PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões Vinculantes do STF: A Cultura de Precedentes*. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2021, p. 155.

²⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 4. ed. rev. e amp. 2021, p. 98.

²⁰⁶ “A tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 166).

Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos²⁰⁷.

Pode-se dizer, então, nessa ótica tão conceitual quanto funcional das coisas, que o precedente é a decisão ou o conjunto de decisões judiciais que, a partir de um determinado substrato factual, é capaz, a um só tempo, de conformar e decidir uma questão de Direito, fazendo-o de modo a projetar uma regra jurídica com eficácia externa e futura. Daí por que Michelle Taruffo sustenta que o precedente “fornece uma regra (universalizável, como já dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso”²⁰⁸.

Eis, portanto, o que irrompe como *núcleo duro* ou elemento eidético do instituto do precedente: a regra jurídica universalizável (um prescriptor, na linguagem já referenciada de Lourival Vilanova) e reconduzível a determinada moldura fática (um descritor, nesses mesmos termos). Esse componente identitário ou material recebe o nome de *ratio decidendi*, assim designativo, pois, das razões jurídicas necessárias e suficientes para se equacionar o tema em escrutínio pela instância jurisdicional²⁰⁹. É a perspectiva de Wambaugh, citado por Marinoni, para quem “*ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma”²¹⁰.

Não é o caso de desenvolver o ponto neste trabalho, entretanto, é de alta relevância a discussão teórica sobre a efetiva possibilidade de se afiançar um modelo de precedentes no conceito de *ratio decidendi*, dada a fluidez de sua configuração e a circunstância de que seria a instância vinculada quem, em última análise, delimitaria a extensão do

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 158.

²⁰⁸ TARUFFO, Michelle. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo, v. 36, n. 199, set. 2011, p. 140-155.

²⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 4. ed. rev. e amp. 2021, p. 98.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 163.

precedente que deveria lhe constranger em termos decisórios²¹¹. Seja como for, neste trabalho, adota-se a noção predominante de que a *ratio decidendi* é a substância do precedente e se entende como a razão jurídica extraída de um determinado contexto fático, necessária e suficiente para a resolução de uma questão. Constitui, assim, o “central core of meaning” do equacionamento judicial de um tema controvertido, dele despontando o “sharpest cutting edge” do conteúdo decisório²¹².

Nas diferentes tradições de *civil law* e *common law*, deram-se, historicamente, pesos bem distintos à relevância de fatos e razões na formação da *ratio decidendi* de um precedente. A particularização factual das hipóteses é a base da casuística que tradicionalmente fez do *common law* um sistema fortemente integrado pelo que se chama de *case law*. Inversamente, em domínios jurídicos pautados pelo *civil law*, o largo alcance descritivo que se empresta à norma codificada levou ao desenvolvimento de um modelo de precedentes fundado na conexão mais direta entre razões e dispositivos normativos²¹³.

Contudo, mais recentemente, em fenômeno amplamente estudado²¹⁴, os sistemas têm paulatinamente confluído para um ponto de equilíbrio entre casuística e abstração normativa. Nos países de *common law*, proliferam-se repositórios normativos escritos e sistematizados, com aspectos materiais, temporais e subjetivos antecipadamente delimitados, em maior ou menor grau. Esses textos passam a ser objeto de interpretação judicial e já trazem consigo, por si sós, um raio mais preciso de investigação factual da questão.

Já nas jurisdições de *civil law*, a realidade normativa passa a se constituir, cada vez mais, de princípios e cláusulas gerais, não abarcentes, em sua estrutura linguística, de uma hipótese de incidência aprioristicamente delimitada. São, notadamente os princípios, mandados de otimização²¹⁵, cuja *crueza* prescritiva opera de modo *prima facie* e aponta para um estado ideal de coisas. Envolvem, assim, normas associadas a finalidades, cuja consecução é contingencial, e condicionada não apenas pela confluência de outros princípios, mas pelas possibilidades factuais vigentes. Com isso, a aplicação dos comandos normativos passa a incorporar mais intensamente elementos factuais, que

²¹¹ PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões Vinculantes do STF: A Cultura de Precedentes*. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2021, p. 165-167.

²¹² ZANDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge University Press, sixth edition, 2004, p. 268.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 184.

²¹⁴ Ver, entre tantos outros: MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, v. 172, jun. 2009, p. 175-232.

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 44-47.

também no *civil law* passam a *marcar presença*, de certa forma, na *ratio decidendi* de um precedente.

Integradas por fundamentos jurídicos e lineamentos factuais²¹⁶, a materialidade e a força do precedente ressaem, portanto, dos motivos decisórios determinantes. O que faz supor a existência de motivos ou razões de decidir não determinantes à resolução da questão jurídica em jogo no precedente. Trata-se do *obiter dictum*, que nada mais é do que a parcela da fundamentação que não guarda um vínculo de suficiência com o desfecho jurídico da questão. São “considerações laterais no julgamento de um caso concreto”²¹⁷ ou passagens “da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia”²¹⁸.

Certamente, a distinção precisa entre uma coisa e outra, entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, é tema bastante intrincado, cujo refinamento teórico não caberia aqui desenvolver. Para os fins desta dissertação, basta saber que há extensões fundamentativas que amparam o valor jurídico de um precedente, constituindo-o, e há parcelas desse conjunto que se põem ao largo do itinerário das resoluções que conduzem, de modo suficiente, ao equacionamento da controvérsia.

Outro aspecto teórico que se reputa oportuno registrar, pela utilidade que provê à compreensão do instituto do precedente, consiste nos critérios classificatórios de Michele Taruffo, citados por José Rogério Cruz e Tucci²¹⁹. Propõe o jurista italiano examinar o precedente em quatro dimensões: institucional; objetiva; estrutural; eficaz.

Sob o **ângulo institucional**, o precedente é visto de acordo com a estrutura hierárquica pela qual espraia os seus efeitos. Fala-se, então, em precedente vertical, horizontal e auto-precedente. Na **dimensão objetiva**, a classificação concerne à extensão ou à materialidade do precedente; ou seja, trata-se de saber qual parcela da fundamentação decisória passa a receber o predicado jurídico de precedente, o que remete às noções, logo acima versadas, de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Em **termos estruturais**, está-se a

²¹⁶ A exceção, no caso brasileiro e em países que se perfilham à concepção austríaca de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, reside justamente nos processos objetivos de aferição da validade constitucional de uma lei ou ato normativo. O precedente a ser extraído de casos assim terá conteúdo eminentemente jurídico, e não factual, ressaído dos motivos determinantes da decisão. Fatos podem ser mencionados, não há dúvida, mas apenas como recurso argumentativo para ilustrar o alcance abstrato e geral do dispositivo normativo em questão.

²¹⁷ PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões Vinculantes do STF: A Cultura de Precedentes*. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2021, p. 164.

²¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021, p. 112.

²¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021, p. 195-196.

abordar o processo pelo qual uma decisão pretérita passível de se tornar um precedente vem a se consolidar como tal. É dizer: para que se torne precedente, com toda a qualificação jurídica do instituto, basta uma decisão? Ou é necessária uma profusão de provimentos coincidentes? E o elemento temporal, quão decisivo ele é? Essas são questões afeitas ao plano estrutural do precedente.

Por fim, a última das dimensões propostas por Taruffo alude à **eficácia do precedente**. Nesse ponto, é corrente a classificação dos precedentes em três categorias quanto à sua força argumentativa: **a)** vinculação em sentido forte; **b)** vinculação em sentido fraco; **c)** persuasão²²⁰.

A vinculação em sentido forte emana do que se chama, hoje em dia no Brasil, de precedentes obrigatórios ou qualificados. A regra jurídica em que se constitui o precedente passa a gozar de uma autoridade decisória apriorística, equivalente à dos atos normativos, e capaz de pré-excluir argumentos em sentido contrário. A vinculação em sentido fraco, já referida na introdução do trabalho, implica um dever de consideração dos precedentes, ainda que seja para refutá-lo. Impõe-se, portanto, que se *inicie uma conversa* entre o caso e o precedente, ainda que, ao fim, registre-se a dissintonia entre eles. Para isso, contudo, é necessário que a instância decisória tenha se desincumbido do ônus argumentativo maior que lhe foi atribuído pela circunstância de encarar um precedente, ainda que dotado de capacidade vinculatória em sentido fraco. Dever de consideração e ônus argumentativo, portanto, compõem as propriedades jurídicas que o precedente com essa carga vinculativa mais branda impõe a quem, no futuro, vier a enfrentar o mesmo *thema decidendum*. Por derradeiro, os precedentes singelamente persuasivos são tidos como conjuntos de argumentos cujo papel no discurso jurídico não é extraído de uma autoridade, mas da qualidade ou correção de suas razões.

Marinoni não parece distinguir precedentes vinculantes em sentido fraco de precedentes persuasivos, pois afirma que a eficácia persuasiva pressupõe um mínimo grau de constrangimento (advindo de autoridade decisória, pois) sobre aquele que vai decidir. Esse constrangimento se traduz, para o autor, numa “obrigação diante da decisão já tomada”, de modo que o seu afastamento exige a apresentação de razões, ainda que seja (diferentemente dos precedentes vinculantes em sentido forte) a franca negação do fundamento da decisão anterior.

²²⁰ PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões Vinculantes do STF: A Cultura de Precedentes*. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2021, p. 157-161.

Independentemente do rótulo classificatório, o certo é que há uma convergência doutrinária significativa no sentido de que existem precedentes que, muito embora não vinculem por seu desfecho decisório, impõem deveres jurídicos às instâncias competentes para a resolução de casos futuros. Deveres, esses, de consideração e correlata fundamentação da posição a ser adotada quanto a ele, precedente. O tema interessa mais de perto a este trabalho, pois será objeto de consideração no capítulo seguinte, quando da interpretação proposta ao art. 406 do RISF.

Antes, todavia, é relevante referir-se à carga valorativa que origina e fundamenta um sistema de precedentes. Um sistema, torna-se a dizer, que *é feito de passado*, mas se afirma no futuro, enquanto modo de correlacionar condutas e consequências jurídicas ao longo do tempo. São, naturalmente, variadas as propostas de justificação normativa da figura dos precedentes. Uma revisão bibliográfica nesse sentido poderia ocupar todo o escopo de um trabalho dissertativo. Aqui, muito mais modestamente, quer-se indicar o que se entende (sem pretensão de exaurir o tema) como núcleo axiológico da concepção de precedentes, a partir de valores diretamente extraíveis da noção de Estado de Direito²²¹. Igualdade e segurança jurídica avultam nesse sentido e serão aqui mais focadamente abordadas, até pela matriz positiva que têm no Direito brasileiro.

Com efeito, a conexão entre a ideia-força da **igualdade** (positivada no Brasil em termos principiológicos, no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal) e precedentes é bastante intuitiva: a definição dos padrões de comportamento lícitos reduz o grau de incerteza próprio da pluralidade de sentidos possíveis atribuíveis a determinado texto. Por mais que a produção de precedentes não gere segurança perfeita, ela reduz severamente a margem de interpretação aceitável sobre determinada norma jurídica. Isso, naturalmente, torna a aplicação da norma mais uniforme, fazendo com que sujeitos de direito na mesma situação jurídica recebam o mesmo tratamento.

Bem vistas as coisas, a própria noção de precedente enquanto fórmula prescritiva e veiculadora de uma regra jurídica universalizável, observado o seu âmbito de incidência, consiste numa construção institucional incorporante da ideia de igualdade. Atribuir o mesmo tratamento jurídico a quem se encontre em situação idêntica ou

²²¹ “Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. RT: São Paulo, 4ª ed. rev. e atual., 2019, p. 100).

equiparável é o cerne do princípio da igualdade em sentido formal. Aliás, sem isso, *cai por terra* a própria ideia de norma jurídica como disposição geral e abstrata. E o certo é que a uniformidade perante o direito não se reduz à dimensão da textualidade normativa. É preciso que a igualdade percorra todo o processo formativo, e também interpretativo/aplicativo, de uma norma jurídica, de modo a incorporar necessariamente a fase de interpretação e aplicação judiciais. Fase interpretativa/aplicativa, essa, aqui aludida como a atividade pela qual se atribui racional e argumentativamente um certo significado e um determinado sentido ao enunciado normativo, dele desatando uma norma.

A distinção entre texto e norma é, portanto, pressuposto do que se vem de dizer neste ponto. Toma-se a norma como um constructo alográfico, conforme destacado por Eros Grau²²², assim exigente não apenas de um autor, mas necessariamente de um intérprete, para que se perfaça o fenômeno normativo. A interpretação é processo de singularização e constituição da norma, uma vez que a instância decisória tenha fundamentado a adscrição desse ou daquele significado e sentido ao enunciado.

A imbricação entre igualdade e precedentes ganha ainda mais relevância, portanto, com o fortalecimento da concepção de que a interpretação é fase constitutiva da norma²²³. Uma fase limitada à demonstração racional de que o comando afirmado guarda relação com o texto normativo, é bem verdade, mas, ainda assim, uma fase pela qual se dá o processo de singularização das possibilidades normativas emanáveis do texto. Onde Marinoni afirmar que:

Ora, a se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos similares, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida salvaguardando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes²²⁴.

²²² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 10ª ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

²²³ “Na verdade, é uma grande ingenuidade supor que o texto legal somente possa ter um significado ou uma interpretação. (...) Ora, por mais perfeita que a sua construção linguística possa parecer, o texto legal tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado, e, assim, abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações – o que, por si só, já fundamenta um sistema de precedentes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 116).

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 82.

Se a norma se perfaz como produto hermenêutico, o juízo imperativo de que “todos são iguais perante a lei” deve encontrar caminhos institucionais de concreção na fase de interpretação dos textos normativos. É aí que *entra em cena* o sistema de precedentes, pela possibilidade que dá às normas afirmadas em decisões pretéritas de serem canalizadas, com algum grau de vinculatividade, para o futuro, disciplinando os interesses jurídicos de partes em situação jurídico-factual igual ou suficientemente semelhante.

Em rigor, a variabilidade interpretativa da norma jurídica requesta não apenas meios institucionais atualizados de densificação do princípio da igualdade, mas também da própria **segurança jurídica**. Segurança jurídica aqui entendida como elemento conceitual do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição). Este, a seu turno, a caracterizar o Estado que respeita o direito por ele mesmo criado – o que deve abarcar, como visto, a fase de particularização interpretativa da norma, assim veiculada pelas instâncias decisórias. O que já suscita a noção de autorrespeito e responsabilidade, pois descaberia, a um Estado que se pretende impositivo e legítimo, que ele mesmo atuasse como fonte contínua de sua própria negação, o que fatalmente sucede quando determinadas soluções jurídicas são *escanteadas*, sem a devida justificação, a depender da parte que a protagonize.

É necessário que o referencial normativo seja dotado de estabilidade suficiente para que possa cumprir a sua função prescritiva. Daí por que Daniel Mitidiero chega a dizer que a segurança jurídica é condição de possibilidade do próprio Direito enquanto técnica de ordenação social: “Sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer *escolhas* juridicamente orientadas”²²⁵. Desprende-se do princípio da segurança jurídica, portanto, um elemento de garantia, senão da existência, da praticabilidade do sistema jurídico.

Mais subjetivamente falando, a segurança jurídica é o atributo que se deve emprestar aos atos estatais (notadamente, aos de cunho decisório), para que possam operar como fontes prescritivas de comportamentos. Aqui se inclui a chamada proteção da confiança, proibitiva de que o Estado adote comportamentos contraditórios. É conhecida, e bastante didática, a seguinte passagem de Canotilho:

²²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 4. ed. rev. e amp. 2021, p. 22-23.

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção de confiança – andam estritamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança um sub-princípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção de confiança exigem, no fundo: 1) confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; 2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida e segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção de segurança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial²²⁶.

Quanto ao sistema de precedentes, a decomposição analítica que Humberto Ávila propõe para a segurança jurídica, próxima da realizada por Canotilho, torna ainda mais evidente a vinculação entre os temas. O autor propõe exatamente que o aspecto material da segurança jurídica deve proporcionar “*um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade*”²²⁷. Os sujeitos de Direito devem conseguir saber quais as regras jurídicas vigentes e, por consequência, o comportamento que delas emana; devem poder confiar em algum nível de estabilidade e continuidade normativas; e devem conseguir estimar, ainda que não prever perfeitamente, os efeitos jurídicos de suas ações. Tudo isso serve ao propósito de tornar praticável e operante o sistema jurídico, em sua concepção como técnica de ordenação social fundada na emissão tão legítima quanto

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

²²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016. p. 268-270.

estável de referenciais normativos. Referenciais normativos destinados à orientação comportamental, pois. O que passa, também, pela “segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado”²²⁸. Pois, dado o caráter interrelacional do Direito, não há como orientar-se o próprio comportamento, se a postura do Estado (e dos demais particulares) não se reveste de estabilidade.

O sistema de precedentes, foi dito logo acima, é método voltado a correlacionar condutas e consequências jurídicas ao longo do tempo. Está *umbilicalmente* ligado, portanto, à segurança jurídica, vislumbrada por Ingo Sarlet “como uma ‘ponte normativa intertemporal’ a (inter)ligar o passado, o presente e o futuro, no tocante aos atos e fatos jurídicos (legislativos, administrativos e jurisprudenciais)”²²⁹. Os precedentes atuam, nesse medida, no campo da efetividade, como *esteios* que viabilizam a segurança jurídica no plano operativo do sistema. Onde há texto normativo, há pluralidade de sentidos normativos. E onde há variabilidade de sentidos normativos, há norma a ser afirmada argumentativamente, de modo que apenas mecanismos capazes de prover estabilidade decisória podem aproximar o sistema jurídico do estado ideal de coisas em que se traduz o princípio da segurança jurídica. É o caso, parece-nos, do ordenamento regimental das Casas legislativas brasileiras, cuja extensão e intensidade aplicativas da figura dos precedentes serão abordadas no capítulo seguinte.

Previamente a isso, porém, torne-se a registrar que existe uma série de outros valores doutrinariamente cogitados como parte da justificação normativa do sistema de precedentes. Todos eles, contudo, parecem-nos reconduzíveis às noções mais amplas, propriamente conceituais (e, no caso brasileiro, positivadas) de igualdade e segurança jurídica. É o caso, por exemplo, da coerência da ordem jurídica e da garantia de imparcialidade, apontadas por Marinoni como parte do catálogo de razões para se seguirem precedentes. A coerência da ordem jurídica se torna relevante pela consideração de que “várias decisões podem afirmar o significado de um só texto legal”²³⁰. Tem-se aqui, ainda outra vez, uma projeção da segurança jurídica, pois a coerência é serviente à estabilidade e à continuidade normativas, tal como abordadas logo acima. A

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 96.

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à segurança jurídica na Constituição de 1988*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-11/direitos-fundamentais-direito-fundamental-seguranca-juridica-constituicao>. Acesso em 23 jul. 2023.

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 128.

imparcialidade do julgador, a seu turno, é signo de civilidade justamente porque assegura a igualdade entre as partes contendoras.

Há dois elementos adicionais, todavia, que nos parecem válido mencionar. O primeiro, de caráter também normativo, e inclusive positivado, é o **princípio da eficiência** (*caput* do art. 37 e inciso LXXVIII do art. 5º, ambos da Constituição). Um modelo de precedentes mantém um vínculo funcional com esse princípio, pois permite que o trabalho jurisdicional seja *apropriado* pela instância decisória do caso futuro e igual ou semelhante ao que gerou o precedente. É claro que precedentes também devem ser interpretados, e muitas vezes o esforço de distinção ou justificação de sua aplicabilidade pode ser uma tarefa demandante. De modo geral, porém, o repositório de razões que imbricam comandos jurídicos a determinado quadro factual resulta em *coordenadas normativas* mais facilmente identificáveis no futuro.

O segundo elemento, de compleição mais profundamente ética, reside no **culto ao respeito institucional e ao estímulo à responsabilidade**, tanto de quem decide quanto dos destinatários das decisões. Marinoni *dá o tom* do argumento: “Uma vida pautada no direito, em que o sujeito se sente responsável por suas condutas, pressupõe um direito identificável, que não deixe margem para dúvidas e, portanto, a justificativas pessoais absolutórias”²³¹. Decisões contraditórias inftetem sobre a autoridade institucional, enfraquecendo-a. A dispersão e a fluidez do conteúdo normativo dissipam a sua força coercitiva, que cede espaço para o voluntarismo do decisor, mas também de seus destinatários, os quais, sem um referencial claro de conduta, perdem uma parcela relevante daquilo que é necessário para cultivar um senso de responsabilidade pessoal. Sem clareza quanto ao que está em jogo, torna-se mais difícil limitar a vontade e direcionar a conduta.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. RT: São Paulo, 4ª ed. rev. e atual., 2019, p. 111.

5. PRECEDENTES, QUESTÕES DE ORDEM E DECISÕES PROCEDIMENTAIS NO SENADO FEDERAL

5.1. A vinculação branda a precedentes em questões de ordem e demais decisões procedimentais

Pronto. É chegada a hora de *afilar* esta dissertação para o que se anunciou como o seu mais pronunciado conteúdo ou objetivo central, que não é outro senão o de focar a figura do precedente no contexto aplicativo das normas de processo legislativo. Mais especificamente, de abordar os precedentes no equacionamento de questões de ordem pela Presidência e pelo Plenário do Senado Federal. O que, já se destacou, *joga luzes* sobre o art. 406 do RISF, dispositivo segundo o qual se considera “simplex precedente a decisão sobre questão de ordem, só adquirindo força obrigatória quando incorporada ao Regimento”.

Dada a compreensão de processo legislativo aqui adotada; considerada a principiologia que o ampara e o fundamenta normativamente; levada em conta a natureza das normas regimentais; *passada em revista* a funcionalidade e a justificação normativa dos precedentes em geral, indaga-se: há espaço normativo para se extrair algum grau de eficácia jurídica dos precedentes decisórios em questões de ordem decididas no Senado Federal?

Do ponto de visto normativo, a resposta, antecipa-se, é positiva. Ainda que não obrigatórios - e a textualidade do art. 406 do RISF já pré-exclui essa hipótese -, os precedentes em questões de ordem devem ser considerados na atividade decisória da Presidência do Senado Federal, nem que seja para refutá-los mediante a apresentação de razões públicas claras e suficientes. Ou seja, entende-se que os precedentes de que trata o art. 406 do RISF, embora não obrigatórios, dotam-se de eficácia jurídica vinculativa em sentido fraco, na linha da classificação doutrinária apresentada no capítulo anterior.

Buscou-se, ao longo da elaboração do trabalho, já se antecipar uma e outra ideia nesse sentido, pelo estabelecimento de conexões entre o objeto de cada capítulo com a questão central do estudo. Assim foi que, por exemplo, disse-se que o processo legislativo (e o direito à sua plenitude normativa) pode, e deve, ser entendido como algo que ultrapassa os interesses individuais e corporativos dos parlamentares. A aderência do processo legislativo ao seu *figurino normativo* e à sua base principiológica ganham, portanto, projeção jurídica ampla e difusa, constituindo interesse geral e decisivo para a

legitimidade dessa atividade estatal. Isso, porque a representação política é dotada de um significado substantivo, que opera em bases permanentes e comunicacionais, unindo representantes e representados para além do *instante eleitoral*. É na prática parlamentar, e no processo legislativo notadamente, que a representação política se concretiza enquanto mecanismo responsivo e continuamente dedicado à consideração pública e institucionalizada de temas sociais e à resolução de questões coletivas.

A atividade parlamentar, e o processo legislativo destacadamente, é o que de mais entranhadamente representativo e deliberativo já se concebeu nos sistemas jurídico-políticos democráticos. Donde a relevância de se examinarem as bases normativas e institucionais de seu funcionamento, para além de um certo reducionismo ocasionado pelo recurso historicista à *muleta doutrinária* da teoria dos atos *interna corporis*. Recurso doutrinário, esse, que, se *levado a ferro e fogo*, não apenas delimita um espaço institucional livre de ingerência de outros poderes, mas acaba por fazer do processo legislativo regimental um ambiente propício ao império do arbítrio e do voluntarismo político.

Noutras palavras, dizer-se que a normatividade regimental é um domínio *interna corporis* não elide o fato de que é pelas prescrições regimentais que aspectos essenciais do processamento legislativo ganham forma e densidade operativas. Consequentemente, o fenômeno da representação política passa, significativamente, pelo plano dos regimentos parlamentares, a ponto de se entender, de modo mais atualizado, pela possibilidade de se invalidar judicialmente um ato de infringência regimental, desde que evidenciado o abalo sistêmico por ele provocado no processo de construção política e deliberativa da lei ou ato normativo.

Referiu-se, nesse ponto, à doutrina e à prática jurisprudencial espanholas, alusiva a vícios regimentais essenciais ou não essenciais à higidez constitucional do processo legislativo. No caso brasileiro, é também essa a interpretação que se nos afigura mais adequada do Tema 1120 de Repercussão Geral, julgado pelo STF. Ou seja, a interpretação de que o STF deixou *entreaberta* a possibilidade de se examinarem disposições regimentais, quando a sua aplicação, no caso, esbarrar no *traçado constitucional* do processo legislativo – o que há de absorver, segundo a posição dogmática a que se filia, toda a sua carga principiológica.

Quer-se, com isso, enfatizar o juízo de que as normas regimentais já assumiram, no atual estado doutrinário e jurisprudencial de coisas, uma relevância maior do que a simples ideia de que são instrumentos meramente tecnicistas e instrumentais à autonomia

organizacional dos trabalhos parlamentares, assim postos à inteira disposição dos ditames políticos. Já se tem, em alguma medida, a compreensão de que certos temas regimentais podem manter, com o fenômeno de representação política, e com a Constituição, uma relação bastante próxima, de *unha e carne*. Normas regimentais sequenciam regras constitucionais incompletas, como as inscritas no *caput* e no inciso I do § 2º do art. 58, ou densificam princípios constitucionais, como o da publicidade e o da deliberação, assim vitalizados, por exemplo, por regras regimentais que versam a formação e a alteração da pauta de votação. Por isso, repita-se, a depender do alcance sistêmico e da gravidade da perturbação ocasionada ao processo de formação da vontade político-legislativa, violações regimentais podem levar até à declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei aprovada sob tais circunstâncias.

Entretanto, independentemente dessa espécie de *juízo de severidade* da afronta às bases principiológicas do processo legislativo – e, portanto, da questão alusiva à sua controlabilidade judicial –, o certo é que as normas regimentais sobre processo legislativo mantêm, de ordinário, algum grau de correlação com os aspectos essenciais da atividade parlamentar. Por exemplo, regras de emendamento, de destaque, de prejudicialidade, de urgência, de correção de erros materiais, tudo isso conflui decisivamente para os rumos da deliberação parlamentar e da correlata materialização de um determinado produto legislativo. Tudo isso há de ganhar, portanto, relevância em termos jurídicos, pois cumpre um papel ordenatório da função legislativa do Estado.

Ainda que se reconheça um nível maior de *malleabilidade aplicativa* às normas processuais legislativas, permeáveis que são às exigências da política, isso não obsta, nem mitiga, a sua consideração em termos jurídicos, até pela possibilidade de se traduzir esse traço característico do direito parlamentar numa categoria dogmática mais tradicionalmente afeita ao discurso jurídico, como é o princípio da instrumentalidade das formas. Trata-se, a instrumentalidade das formas, de um princípio resultante de outro, o da eficiência, cuja serventia, em matéria de processo legislativo, reside na justificação do manejo e da *occlusão momentânea* de regras regimentais, a fim de se chegar a um desfecho político-parlamentar que seja, a um só tempo, viável, tempestivo e condizente com os demais princípios estruturantes do processo legislativo.

Com o trabalho dissertativo que se empreendeu nos capítulos anteriores, notadamente entre os Capítulos 1 e 3, pretendeu-se, justamente, apresentar um ferramental teórico-dogmático capaz de balizar juridicamente os espaços de organização institucional reservados ao Poder Legislativo. Espaços de autonomia institucional que,

embora de matriz constitucional no caso brasileiro, não desbordam, porém, dos quadrantes de validade igualmente constitucional que, no ponto, funcionam como *anteparos* às variações (e tentações) ocasionais da política. Há, portanto, uma *ambientação jurídica* do processo legislativo, dentro da qual a atividade parlamentar há de transcorrer, ainda que preservando todos os seus caracteres intrinsecamente políticos e sociais.

É nesse contexto, pois, que as questões de ordem se manifestam enquanto mecanismos de controle parlamentar sobre a interpretação e a aplicação das normas regimentais. São mecanismos de controle jurídico-aplicativo da ordem regimental, com todos os influxos advindos da normatividade constitucional. Daí por que o processo legislativo deve ser examinado à luz dessa dupla e imbricada constrição normativa: a de base diretamente constitucional, pela função conformadora que tem a Constituição sobre o processo legislativo; e a que decorre dos instrumentos internos de discussão e decisão aplicativa do direito parlamentar, pelo qual as regras regimentais são interpretadas e contrastadas com as necessidades políticas. Logo, a ideia de questões de ordem a serem decididas em termos processuais e em bases normativas (nos termos dos já citados arts. 403 a 408 do RISF) já traz consigo uma espécie de pré-compromisso, calcado (ao menos teoricamente) na autolimitação parlamentar, pois são concebidos uma instância e um mecanismo processual de debate e decisão sobre a aplicação de normas regimentais formuladas pelo próprio Parlamento.

O ponto da autolimitação institucional será retomado mais adiante, contudo, é certo que o processo legislativo, ao prover-se de um mecanismo interno de controle interpretativo, incorpora uma dimensão jurisdicional. Dimensão, essa, prevista para desde logo situar e direcionar juridicamente o fenômeno processual-legislativo, mediante a emissão de decisões atributivas de sentido a disposições regimentais. O que, repita-se ainda outra vez, constantemente passa, na atividade parlamentar, pela consideração contingente da viabilidade e da necessidade políticas.

Pois bem. Se as decisões em questões de ordem têm essa razão jurídica de ser, a de controlar a aplicação da normatividade regimental (e também constitucional), o respectivo juízo decisório passa a ser, necessariamente, um específico objeto de reflexão jurídica. Guardadas as multicitadas peculiaridades normativas dos preceitos que regem o processo legislativo, as decisões em questões de ordem se edificam sobre uma base prescritiva dotada, como visto, de todos os atributos próprios das normas jurídicas: generalidade, abstração, cogência e aptidão para funcionar como parâmetro de validade

dos atos que visa a disciplinar. Há uma vinculação normativa às regras regimentais, às regras constitucionais e, acima de tudo, aos princípios que estruturam o processo legislativo. O mínimo de consistência decisória é, então, o que se espera nesse contexto.

Com efeito, nada do que se dispôs sobre a natureza jurídica das normas regimentais faria sentido ou teria utilidade para além de uma *teoria imaginativa ou ornamental ou literária*, se a interpretação e aplicação das regras parlamentares, pelas instâncias adjudicatórias (nomeadamente, Presidência e Plenário), ressaísse apenas e tão somente dos recônditos do arbítrio humano. Se as disposições regimentais são normas instrumentalmente vinculadas à concreção de princípios constitucionais estruturantes do processo legislativo, é necessário que o equacionamento de seus âmbitos de incidência, de seus alcances eficaciais, seja pautado por uma atividade decisória voltada a atribuir significado e sentido às prescrições textuais e, notadamente, aos princípios constitucionais pertinentes. O que se obtém (não há outro modo de fazê-lo) pela “articulação de argumentos racionalmente aceitáveis”²³².

Não há, contudo, “articulação de argumentos racionalmente aceitáveis” que subsista, enquanto tal, em um cenário de total variabilidade decisória, em que provimentos pretéritos são infirmados ou *escanteados* logo na sequência, sem sequer serem apresentadas razões para tanto. Como afirma Marinoni, “de nada adianta a lei se não se sabe o que esperar dos juízes”²³³. É no instante decisório, de interpretação e construção argumentativa da norma, que o direito se afirma. E “*o Direito é o avesso da arbitrariedade* – é um modo de promoção da paz e de contenção da violência, sendo um meio de ‘ordenação racional da liberdade e da igualdade’”²³⁴.

As circunstâncias da política e a maior *plasticidade instrumental* do direito parlamentar não devem ser tomadas como fator obstativo de uma maior consistência decisória das questões de ordem. Considerar precedentes com um sentido fraco de vinculação, que é o que se propõe aqui, não significa reduzir o processo legislativo a uma dimensão jurídico-formal. Tampouco significa tomar as disposições regimentais como normas *prontas e acabadas*, cujos limites de aplicação e hipóteses de incidência sempre derivariam, automaticamente, de sua própria textualidade.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 78.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 54.

²³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 4. ed. rev. e amp. 2021, p. 21.

O que se passa, na realidade, é o exato oposto, pois, como se registrou, a ideia de precedente ganha força, nos países fundados no sistema de *civil law*, pela consideração de que texto normativo e norma não se confundem²³⁵. Ou seja, a noção de precedentes e de vinculação entre razões e sentidos decisórios é corolário da ideia de que a codificação é “insuficiente para corporificar a ordem jurídica e de que a sociedade necessita de um direito que depende das atividades do Legislativo e do Judiciário”²³⁶. O precedente, então, se tonifica enquanto categoria jurídica quanto mais se entende serem limitados, ou incompletos, os predicados normativos do texto prescritivo. Texto que remanesce, é certo, enquanto condição necessária à ordenação jurídica, mas não mais como condição cumulativamente necessária e suficiente para tanto. O *itinerário normativo* passa a incorporar as razões de decidir, racional e claramente articuladas. E a racionalidade decisória inclui, repita-se, o diálogo com os precedentes.

É oportuno insistir no ponto: racionalidade e estabilidade são, em última análise, o que se espera de qualquer ordenação jurídica - ainda que se esteja a lidar com o processo legislativo. José de Oliveira Ascensão, inclusive, elenca a justiça e a segurança como valores fundantes do direito como um todo: “Ficamos portanto nas posições correntes: há valores próprios do direito. E com isso reencontramos a doutrina tradicional, que atribuía ao direito a função de realizar a justiça e a segurança. Aqui temos dois valores jurídicos”²³⁷. Esse é um campo próprio de investigação teórica e filosófica, mas o que importa é, mais uma vez, assentar a ideia de que a consideração das normas regimentais como expressão jurídica há de significar algum grau de estabilidade e congruência normativa e decisória.

No plano normativo, os princípios estruturantes do processo legislativo (componentes do devido processo legislativo) cumprem exatamente esse papel de referenciar a prática político-parlamentar em bases jurídicas, com a criação de deveres e a formulação de critérios interpretativos. E, para além do que ressei especificamente dos conteúdos desses princípios estruturantes, a sua mera existência e articulação normativa já é apta a atribuir ao processo legislativo padrões de racionalidade e estabilidade.

²³⁵ “A norma, portanto, não está implícita no texto legal, ou seja, não antecede à interpretação, mas dela deriva. A norma, enquanto decisão judicial, é *reconstruída* a partir de elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 77).

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 79.

²³⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 196.

Fernando Sabóia Vieira, nesse exato contexto, destaca a correlação entre o princípio do devido processo legislativo e a estabilidade das normas regimentais:

O conceito de devido processo legislativo é importante para a discussão neointitucionalista sobre os efeitos das regras procedimentais legislativas uma vez que, por esse princípio, as normas das assembleias parlamentares estariam mais imunes a alterações *ad hoc* e às mudanças promovidas por maiorias de momento, dotadas que seriam de maior coercibilidade e permanência, características gerais das normas jurídicas. Nesse caso, sendo mais rígidas, seria de se esperar que produzissem efeitos mais significativos no comportamento dos legisladores e em suas escolhas, ficando as mudanças institucionais dependentes de alterações formais dos documentos legais pertinentes²³⁸.

Todo esse trabalho normativo se dissiparia, entretanto, se não encontrasse ressonância nas instâncias decisórias de ordenação do processo legislativo. E a consideração de precedentes, com o enfrentamento claro e argumentativo das razões que embasaram decisões pretéritas sobre o mesmo tema, é a prática institucional capaz de preservar essa carga normativa quando o direito parlamentar é *posto em xeque* e tem de ser adjudicado por quem detém a competência para tanto. Embora tenha se referido aos tribunais, Marinoni é categórico sobre a função estabilizadora dos precedentes, a qual se entende estar presente, também, na ambiência da tutela legislativa das normas regimentais: “o sistema de precedentes é uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, não importando se esta afirmação se limita a interpretar a lei”²³⁹.

Em suma, a ordenação normativa, notadamente a partir de um núcleo principiológico intangível, já é, por si só, uma espécie de *mandado de racionalização* do processo legislativo, mesmo quanto ao seu aspecto procedimental – e entendida a racionalidade, no ponto, em termos minimalistas, como a “capacidade de resolver

²³⁸ VIEIRA, Fernando Sabóia. *Regras, instituições e decisões na Câmara dos Deputados do Brasil*. Curitiba: Appris, 1 ed., 2019, p. 45.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 35.

problemas de modo justificado”²⁴⁰. O que, diante de uma concepção jurídica das normas constitucionais e regimentais que disciplinam o processo legislativo, inclui a correlação entre o curso de ação decidido e o seu suporte normativo, sendo a vinculação a precedentes (ainda que em sentido fraco) uma das garantias institucionais desse modo jurídico de ser da prática social em que se traduz o processo legislativo.

Há, portanto, um vínculo operativo ou funcional entre uma coisa e outra. Entre a concepção normativa do fenômeno processual-legislativo e o sistema decisório voltado a sua aplicação concreta. É uma conexão lógico-jurídica, portanto, que acentua, no direito parlamentar, uma dimensão racional formal, exigente de regras (e modos de decidir sobre elas) que sejam impessoais, abstratas e gerais, articuladas em termos logicamente compreensíveis e aptos a orientar condutas sociais. É a base para a chamada ação racional formal, destacada da sociologia *weberiana* do direito por José Eduardo Faria, para além da racionalidade meramente prática (calcada na correlação entre meios e fins) e da racionalidade material, fundada em valores cultivados por orientação pessoal²⁴¹.

O direito positivo, em si, é signo de racionalidade formal, justamente pela serventia que tem como instrumento referencial de condutas. Daí por que a consideração de um direito parlamentar (significativamente integrado por comandos regimentais) como direito positivo e, nessa medida, signo de racionalidade formal, é demandante de uma formulação dogmática substantiva, que fixe princípios tão jurídicos quanto limitativos da prática social em questão, bem como é exigente de uma teoria decisória que lhe sirva de esteio. Sem princípios jurídicos determinados, e sem deveres decisórios igualmente claros, o processo legislativo passa a responder, apenas e tão somente, à concretização de ideais políticos.

O campo da teoria da decisão é vastíssimo, porém engloba, segundo pensamos, o instituto dos precedentes, aqui enfocado. Incorporantes das ideias básicas de igualdade e segurança, os precedentes têm, na forma como são tratados, um indicativo importante em termos de abrangência e clareza organizacional, conteúdos que, segundo a leitura de Kronman sobre a sociologia jurídica de Max Weber, subjazem à noção de sistema jurídico²⁴². A abrangência designa a completude do direito, assim regulatório de todas as

²⁴⁰ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 158.

²⁴¹ Prefácio em: KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

²⁴² KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 137.

ações sociais. A clareza organizacional, a seu turno, diz com a nitidez da aplicação dos princípios jurídicos. A robustez de um e de outro desses conteúdos determinam o grau de previsibilidade do direito. São conceitos gradativos, portanto, o que é interessante destacar, pois, no direito parlamentar, os influxos da política inevitavelmente concorrem com esses elementos designativos de um sistema jurídico. Donde, por exemplo, a negociação política e a celebração de acordos obnubilarem a aplicação de regras regimentais e mesmo a extensão com que atendem a esse ou aquele princípio constitucional. Isso, todavia, não infirma a necessidade de se avançar ao ponto de maior clareza e integridade possíveis.

Aliás, a consideração de precedentes, com a determinação mais clara dos contextos decisórios, é algo que pode contribuir, inclusive, para robustecer a legitimidade das negociações e acordos políticos. Para além de uma exigência normativa, pois “em uma sociedade com um forte assento na liberdade, nada é mais importante do que saber como é concretamente exercido o poder e como é possível o conteúdo das decisões estatais”²⁴³, a clareza na aplicação das normas processuais-legislativas (e a consequente incorporação dos precedentes no iter decisório) também resulta em benefício e fortalecimento diretos da própria dimensão política, a qual, bem situada institucionalmente, apenas tende a ganhar força e prestígio – assim entre os parlamentares como para a sociedade em geral.

Se, por um lado, a consideração de precedentes e a exposição clara e suficiente do contexto e das razões de decidir podem *constranger* propósitos políticos específicos nessa ou naquela conjuntura, de um ponto de vista institucional, a consistência e a clareza decisórias podem levar à consolidação de espaços e competências antes disputadas. Foi o que sucedeu, parece-nos, com dois casos emblemáticos e recentes: **a)** a interpretação dada pela Presidência da Câmara dos Deputados ao trancamento de pauta decorrente do lapso de tramitação de medidas provisórias, nos termos do § 6º do art. 62 da Constituição; **b)** o expediente de *devolução* (ou, como mais recentemente qualificado, de rejeição sumária) de medidas provisórias pelo Presidente do Congresso Nacional.

No primeiro caso, ocorrido em 2009, discutiu-se a extensão do citado § 6º do art. 62, a fim de se saber se ele implicaria a impossibilidade de se votar toda e qualquer matéria integrante da pauta legislativa, ou se o dispositivo apenas obstaría a votação da espécie legislativa cujo objeto é coincidente com a das medidas provisórias (no caso, leis

²⁴³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 4. ed. rev. e amp. 2021, p. 22.

ordinárias, excluídas as matérias vedadas a medidas provisórias). A Questão de Ordem nº 411/2009 foi formulada pelo Deputado Régis de Oliveira e decidida pelo então Presidente da Câmara, Deputado Michel Temer, que subscreveu esse entendimento minimalista ou restritivo do trancamento de pauta, limitando-o aos projetos de lei ordinária e, mesmo entre eles, excluindo do trancamento os que versam as matérias vedadas a medidas provisórias, assim elencadas no § 1º do art. 62. Ou seja, apenas aquilo que pode ser veiculado em medida provisória é que se submete ao sobrestamento de que trata o § 6º do art. 62.

É interessante notar que, logo no início de sua manifestação, o Presidente da Câmara consignou a utilidade de se registrarem as suas razões de decidir, “para que eventualmente os argumentos aqui expendidos possam ser objeto de contestação, contestações das mais variadas naturezas, mesmo de ordem judicial”. Disse ainda: “peço licença para dizer que estou sendo um pouco didático porque sei que isso será objeto de contestação e quero dar todos os elementos para as notas taquigráficas”. É bem verdade, como será destacado mais adiante, que é importante conceber um modo mais formalizado e sistematizado de organização e registro das decisões em questões de ordem, porém, nesse caso, reconheceu-se a relevância que a exposição e a articulação de argumentos racionalmente aceitáveis têm para se consolidar e se legitimar um encaminhamento decisório.

Nesse caso, pode-se dizer que a preocupação se acentuava, pois estava envolvida uma regra diretamente constitucional. Entretanto, a observação também é oportuna para questões imediatamente regimentais, por duas razões: **a)** porque a clareza e a consistência decisória tendem a assentar os entendimentos no próprio corpo legislativo, demarcando os espaços da política para o futuro e gerando referenciais de comportamento; **b)** porque, embora de modo não linear e um tanto quanto tímido, o STF tem avançado no exame de questões processuais legislativas a partir da consideração de princípios, e não apenas de regras constitucionais, o que envolve ou impacta a normatividade regimental mais proximamente.

Outro ponto digno de nota reside na explicitação de que uma parte da fundamentação decisória foi de ordem política. Disse o Presidente da Câmara:

O primeiro fundamento é de natureza meramente política. V.Exas. sabem o quanto esta Casa tem sido criticada, porque praticamente paralisamos as votações por conta das medidas provisórias. Basta

registrar que há hoje 10 medidas provisórias, e uma décima primeira que voltou do Senado Federal porque lá houve emenda, que trancam a pauta dos nossos trabalhos. Num critério temporal bastante otimista, essa pauta só será destrancada no meio ou no final de maio, isso se ainda não voltarem para cá outras medidas provisórias do Senado Federal, com eventuais emendas, ou ainda outras não vierem a ser editadas de modo a trancar a pauta. Se não encontrarmos uma solução, no caso, interpretativa do texto constitucional que nos permita o destrancamento da pauta, vamos passar, Sras. e Srs. Deputados, praticamente este ano sem conseguir levar adiante as propostas que tramitam por esta Casa que não sejam as medidas provisórias. Aqui estou me cingindo a considerações de natureza política. Quero, portanto, dar uma resposta à sociedade brasileira, dizendo que encontramos aqui uma solução que vai nos permitir legislar.

Explicitar os ditames políticos é importante para legitimar a decisão e situar e informar a questão jurídica, tornando-o mais aderente à prática social a que se visa disciplinar - tanto quanto a dinâmica política situa e informa a interpretação jurídica. O *sequestro* da pauta é questão relevante para uma interpretação sistêmica do § 6º do art. 62, indicando a necessidade de se acomodar a literalidade do dispositivo com o projeto constitucional *como um todo* e, mais especificamente, com o arranjo de separação funcional do poder. A propósito, já na vertente jurídica de fundamentação, o Presidente da Câmara dos Deputados fundou a decisão justamente no princípio da separação dos poderes e em sua dimensão sistêmica, traduzindo juridicamente a circunstância política e prática que acabara de enunciar.

Por fim, e ilustrando bem que se vem de destacar quanto ao efeito afirmativo que a resolução clara, consistente e coerente de questões de ordem pode ter sobre a esfera de movimentação jurídico-institucional do Poder Legislativo, o Presidente da Câmara afirmou que “ao proferir esta decisão e dar provimento à questão de ordem do Deputado Regis de Oliveira no tocante às resoluções”, o que pretendia era “‘levantar’ a cabeça do Poder Legislativo, é mostrar que temos condições de dar uma interpretação consequente que nos permita essa atividade”.

A matéria, como se sabe, foi levada ao STF, que a decidiu no MS 27.931, de relatoria do ministro Celso de Mello, no sentido de cancelar a posição da Presidência da

Câmara, adotando (de modo muito mais analítico, como é próprio do Judiciário) os fundamentos lançados na decisão da Questão de Ordem nº 411/2009. Fernando Sabóia Vieira destaca duas importantes consequências institucionais advindas da adoção do novo curso procedimental nesse caso: **a)** a liberação significativa da pauta levou ao aumento da *taxa* de encerramento da vigência de medidas provisórias por decurso de prazo (entre 2001 e 2009, a média era duas anuais; entre 2012 e 2016, subiu para onze casos anuais); **b)** por outro lado, embora um número maior de medidas provisórias *tenham ficado para trás*, a alteração institucional impulsionou a atividade deliberativa do Plenário da Câmara dos Deputados, que, em 2011, por exemplo, somente se dedicou a matérias passíveis de inclusão em pauta em função do novo entendimento²⁴⁴, a significar que a Câmara dos Deputados (objeto de seu estudo) recuperou “parte de sua autonomia para estabelecer prioridades entre as proposições sujeitas a seu exame, inclusive as de iniciativa do Poder Executivo”, indicando “um crescimento dos poderes positivos de agenda dos líderes partidários e do presidente da Câmara dos Deputados, que passaram a dispor de espaços de deliberação no Plenário por eles controlados”²⁴⁵.

Nada obstante não tenha havido, nesse caso, a invocação de precedentes, o caso serve para ilustrar que a articulação clara e racional de argumentos (não apenas jurídicos, mas também políticos) não apenas não necessariamente *engessa* a política, como pode, na realidade, levar à conquista de espaços políticos e institucionais antes perdidos. Ademais, é possível *ler* a Questão de Ordem nº 411/2009, da Câmara dos Deputados, como uma espécie de *virada jurisprudencial*, pois se alterou um determinado curso de ação procedimental antes estabelecido. E assim se fez com a delimitação de circunstâncias factuais, políticas e jurídicas que, na concepção do Presidente da Casa (e, presumivelmente, da maioria do Plenário, assim como, expressamente, do STF), justificavam a superação da prática anterior.

Já no caso da rejeição sumária (e *devolução*, como conhecido na praxe o expediente) de medidas provisórias pelo Presidente do Congresso Nacional, a última decisão desse tipo (o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 58, de 14 de setembro de 2021) expressamente mencionou decisões pretéritas. Houve, no

²⁴⁴ Foram, segundo os dados listados por Fernando Sabóia Vieira, “seis propostas de emenda à Constituição, 55 projetos de decreto legislativo, nove projetos de resolução, dois projetos de lei complementar e 35 projetos de lei”. VIEIRA, Fernando Sabóia. *Regras, instituições e decisões na Câmara dos Deputados do Brasil*. Curitiba: Appris, 1 ed., 2019, p. 163.

²⁴⁵ VIEIRA, Fernando Sabóia. *Regras, instituições e decisões na Câmara dos Deputados do Brasil*. Curitiba: Appris, 1 ed., 2019, p. 162-163.

caso, a rejeição sumária da Medida Provisória nº 1.068/2021, que alterava a Lei nº 12.965/2014 (o Marco Civil da Internet) para, em linhas bem gerais, disciplinar em sentido restritivo a moderação de conteúdos pelos provedores de redes sociais.

No que importa mais de perto a este trabalho, o Ato Declaratório em comento mencionou, em seus *consideranda* (suas razões de decidir, por assim dizer) “a prática institucional de se atribuir, ao Presidente do Congresso Nacional, o exame das condições de constitucionalidade, de procedibilidade ou de tramitação de medidas provisórias em situações que revelem um exercício abusivo da competência presidencial, capaz de atingir o núcleo do arranjo institucional formulado pela Constituição Federal”.

Com efeito, a rejeição sumária da Medida Provisória nº 1.068/2021 foi o quinto caso, desde a promulgação da Constituição vigente, de *devolução* de medidas provisórias. O primeiro ocorreu logo em janeiro de 1989, tendo por objeto a Medida Provisória nº 33/1989, que demitia servidores civis da Administração Federal e dos extintos Territórios Federais que não tenham adquirido estabilidade, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Foi encaminhada ao Presidente da República, à época, Mensagem assinada pelo 1º Vice-Presidente do Senado Federal, senador José Ignácio Ferreira. Paulo Mohn relata o fundamento decisório adotado: “A justificativa para a devolução foi a de que a MP veiculava ato administrativo de competência do presidente da República (artigo 84, XXV, da CF) e que, por isso, não poderia ser apreciada pelo Legislativo (DCN de 25/1/1989, p. 52)”²⁴⁶. Outro dado interessante foi o registro da perda eficácia da medida provisória apenas com o transcurso do seu prazo, e não na data da *devolução*. Esta gerou, portanto, a interrupção do processamento legislativo da matéria, mas não a sua perda eficaz.

O segundo caso, de 2008, girou em torno da Medida Provisória nº 446/2008, que modificava regras para concessão e renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS). Aqui, por um lado, não houve a exposição clara de fundamentos jurídicos materiais para a decisão devolutória - disse-se que seus dispositivos seriam inaceitáveis. Por outro lado, entretanto, o Presidente do Senado Federal, Garibaldi Alves, arguiu como suporte competencial os incisos II e XI do art. 48 do RISF, dispositivos que atribuem ao Presidente do Senado Federal os poderes-deveres de velar pelo respeito às prerrogativas da Casa e de impugnas proposições contrárias à

²⁴⁶ *Devolução de Medida Provisória não afasta por completo os seus efeitos*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/paulo-mohn-efeitos-devolucao-medida-provisoria>. Acesso em 10 ago. 2023.

Constituição, às leis ou ao próprio RISF. Foi apresentado recurso, encaminhado à CCJ. A Câmara dos Deputados, todavia, negou validade e eficácia à decisão e solicitou cópia do processado²⁴⁷. Logo na sequência, votou pelo não atendimento dos pressupostos constitucionais da medida provisória, quando, aí sim, cessaram a tramitação e os efeitos do diploma.

A terceira *devolução* ocorreu em 2015, por decisão do Presidente do Senado Federal Renan Calheiros. A Medida Provisória era a de nº 669/2015, que reduzia o benefício fiscal de desoneração da folha de pagamento para um conjunto amplo de segmentos econômicos. Também nesse caso foram invocados os dispositivos regimentais alusivos ao rol competencial do Presidente do Senado Federal, porém, materialmente, avançaram-se fundamentos como ausência de relevância e urgência e afronta ao princípio da segurança jurídica, pela contraposição a medida provisória aprovada pouco antes pelo Congresso Nacional. Em termos consequenciais, na Mensagem de *devolução*, informou-se a perda de eficácia da Medida Provisória nº 669/2015. Não houve, todavia, reconhecimento nesse sentido pelo Poder Executivo, uma vez que se incluiu na Medida Provisória nº 671/2015 um dispositivo revocatório, o que foi mantido pelo próprio Congresso Nacional.

No quarto e último dos casos antecedentes ao Ato Declaratório nº 58/2021, a Medida Provisória *devolvida* foi a de nº 979/2020, que versava a nomeação temporária de reitores para universidades federais, sem consulta à comunidade acadêmica, nas hipóteses de encerramento de mandato ao longo do período pandêmico. No Ato Declaratório nº 66/2020, articularam-se razões materiais, como a ofensa à gestão democrática do ensino público (art. 206, inciso VI, da Constituição) e à autonomia administrativa das universidades (art. 207). Processualmente, mais uma vez, em linha já consolidada, registrou-se o acionamento do inciso XI do art. 48 do RISF. Foi declarado o encerramento da tramitação da medida provisória. Quanto à sua eficácia, sucedeu o mesmo que em 2015, tendo sido editada na sequência uma medida provisória revocatória (nº 981/2020).

²⁴⁷ “Ao responder a Questão de Ordem sobre o tema, o presidente Temer manifestou sua opinião no sentido de que ‘a possibilidade de devolução (...) mostra-se incompatível com a natureza da medida provisória, que, por ter força de lei desde a sua edição, somente deixará de produzir efeitos nas hipóteses de rejeição, perda de eficácia pelo decurso de prazo ou revogação’” NASCIMENTO, Roberta Simões. *Sobre a constitucionalidade da ‘devolução’ de medidas provisórias*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sobre-a-constitucionalidade-da-devolucao-de-medidas-provisorias-29062020>. Acesso em 10 ago.2023.

Já em 2021, a “prática institucional” alcançou outro patamar em termos de sistematicidade, embasamento jurídico e ressonância interinstitucional. Primeiramente, de um ponto de vista técnico-jurídico, buscou-se alcançar a questão eficaz pelo registro expresso de que se estava a decidir pela rejeição sumária da medida provisória, com todos os efeitos decorrentes da rejeição normal ou ordinária, assim votada pelos Plenários das Casas. Rodrigo Bedritichuk aborda o tema:

A devolução da MP 1068 inovou ao conferir roupagem jurídica mais robusta ao ato de devolução. Alicerçado no mesmo artigo 48, XI, do regimento interno do Senado, o presidente Rodrigo Pacheco expôs as razões pelas quais considera a matéria inconstitucional, mas, ao invés de meramente devolver a MP ao Executivo e declarar o encerramento de sua tramitação, como nos casos anteriores, considerou o ato de devolução como manifestação de rejeição sumária da medida provisória. Em assim fazendo, o presidente do Senado supera o questionamento de que a devolução não tem o condão de fazer cessar os efeitos jurídicos da MP, já que, nesse caso, a devolução foi interpretada, para todos os efeitos, como a rejeição de admissibilidade da MP, rejeição essa de natureza sumária e exercida pelo presidente do Senado na qualidade de chefe do Poder Legislativo, servindo, assim, para fulminar a MP no campo normativo²⁴⁸.

Formalmente, ou em termos de justificação da competência ali exercida pelo Presidente do Congresso Nacional, invocou-se mais uma vez o inciso XI do art. 48 do RISF. As razões de decidir, todavia, *espraiaram-se* por três laudas, procurando (tal como fizera o Presidente da Câmara dos Deputados na Questão de Ordem nº 411/2009) *ancorar* a decisão em bases constitucionais principiológicas e sistêmicas. Correlacionou-se, nesse sentido, a excepcionalidade do uso das medidas provisórias com o “princípio fundamental da separação dos poderes” e com “a consequente proeminência atribuída ao Poder Legislativo na produção legislativa do País, conforme os arts. 2º, 44, 48 e 62, todos da Constituição Federal”.

²⁴⁸ *Considerações sobre a devolução de medidas provisórias no Brasil*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-20/rodrigo-bedritichuk-devolucao-medidas-provisorias-brasil>. Acesso em 10 ago. 2023.

Como algo mais próximo de uma *ratio decidendi*, embora formulado em termos genéricos, buscou-se delimitar os pressupostos jurídicos da rejeição sumária de medidas provisórias, aludindo-se a “situações excepcionais em que a mera edição de medida provisória (...) é suficiente para atingir, de modo intolerável, a higidez e a funcionalidade da atividade legiferante do Congresso Nacional e o ordenamento jurídico brasileiro”. Esse esforço é direcionado também para o trecho, já citado, em que se faz referência à “prática institucional” anterior, pela qual já se atribuíra ao Presidente do Congresso Nacional “o exame das condições de constitucionalidade, de procedibilidade ou de tramitação de medidas provisórias em situações que revelem um exercício abusivo da competência presidencial, capaz de atingir o núcleo do arranjo institucional formulado pela Constituição Federal”.

A constitucionalidade ou não desse expediente, bem como os múltiplos desdobramentos jurídicos e institucionais que ele suscita²⁴⁹, são temas a serem ainda objeto de considerações doutrinárias, parlamentares e mesmo judiciais, pelo STF. Não é, todavia, o que se quer enfrentar neste trabalho, para o qual importa o seguinte: **a)** buscou-se, com o Ato Declaratório nº 58/2021, consolidar uma competência institucional mediante a exposição de razões claras (ainda que genéricas) e o refinamento técnico da decisão, com expressa menção a precedentes e qualificação do ato como rejeição sumária; **b)** os precedentes foram robustecidos e interpretados, com o registro dos pressupostos jurídicos que se entendem autorizativos da prática em questão; **c)** mesmo que embrionariamente, houve uma certa afirmação do instituto perante os demais Poderes, uma vez que, nesse caso, não houve a edição de medida provisória revocatória (reconhecendo-se a perda eficaz) e que, pela primeira vez, o STF fez menção ao expediente.

Deveras, na ADI 6991, que tinha por objeto a Medida Provisória nº 1.068, foi proferida decisão monocrática e cautelar, no mesmo dia em que subscrito o Ato Declaratório nº 58/2021. Nela, a ministra Rosa Weber, relatora, já antecipava a possibilidade de que “o eminente Presidente do Congresso Nacional formule, eventualmente, juízo negativo de admissibilidade quanto à Medida Provisória 1.068/2021, extinguindo desde logo o procedimento legislativo resultante de sua

²⁴⁹ Sobre o tema, entre outros, os já citados artigos de Paulo Mohn, Rodrigo Bedritichuk e Roberta Simões Nascimento.

edição”²⁵⁰. Já no dia seguinte, com a ciência da edição do Ato Declaratório nº 58/2021, julgou-se prejudicada a ADI, em reconhecimento ainda mais incisivo (embora monocrático) da validade do instituto da rejeição sumária de medidas provisórias.

É possível, então, amparar os rumos do processo legislativo em bases normativas e decisórias mais sólidas, com a apresentação clara da argumentação jurídica e das considerações políticas pertinentes, e, ademais, com a referência a precedentes. Referência a precedentes que, repita-se, atende a um *reclamo de racionalização* derivado da própria premissa de que o processo legislativo é uma realidade normativa, subjetivamente afeita à coletividade e funcionalmente voltada ao fortalecimento dos laços substantivos de representação política, além de integrada por princípios estruturantes e de regras constitucionais e regimentais. A mera existência de princípios fundantes do processo legislativo já nos parece suficiente para se chegar ao juízo conclusivo de que precedentes em questão de ordem (ou decisões processuais-legislativas como um todo, a exemplo da rejeição sumária de medidas provisórias) devem gerar eficácia vinculativa em sentido fraco.

Mais do que isso, porém, é possível deduzir conexões normativas entre os conteúdos desses princípios estruturantes e o tratamento jurídico devido aos precedentes. Talvez a mais evidente delas decorra do princípio da igualdade política, sabido que a igualdade figura no âmago da justificação normativa dos precedentes. A situações idênticas ou equiparáveis, o mesmo tratamento jurídico. Esse é um dos valores fundantes do instituto dos precedentes e, se desconsiderado por completo no processo decisório atinente à regularidade jurídica da atividade parlamentar, gera efeitos significativos em termos de igualdade política. Por ela, e sem que se desnature a regra majoritária, é preciso atribuir a máxima relevância possível às minorias, para que, de modo geral, sejam considerados e valorados todos os interesses socialmente presentes e politicamente representados. Se decisões sobre questões processuais são tomadas apenas *ao sabor dos ventos*, centros de representação política passam a ter as suas esferas de movimentação jurídico-institucional indevida e iniquamente estreitadas.

As questões de ordem são um instrumento manejável individualmente pelos senadores e voltado ao controle da ordenação normativa dos trabalhos parlamentares. Por isso, tal como anotado anteriormente, são perfeitamente talhadas para que se resista, com amparo na normatividade e em decisões pretéritas, a eventuais supressões de direitos

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 6.991/DF*, Relatora: Ministra Rosa Weber, DJe 15.09.2021.

ocorridas durante o procedimento legislativo. Também precedentemente, no Capítulo 1, anteciparam-se contrapontos a uma possível crítica no sentido de que a instância decisória final das questões de ordem, sendo o Plenário, acabaria sempre regida pela regra majoritária, o que esvaziaria a relevância jurídica delas, questões de ordem, enquanto instrumento de tutela da igualdade.

Convém recapitular as duas razões apresentadas para reafirmar a centralidade do instituto: **a)** em primeiro lugar, o argumento *waldroniano* de que o critério majoritário rege inclusive as instâncias judiciais colegiadas, de modo que a sua adoção, por si só, não torna menos prestigiosa ou qualificada a decisão; **b)** mais relevante do que isso, o juízo de que a formulação centrada e detida de uma questão de ordem deve instaurar um momento deliberativo próprio, em apartado, no qual o tema suscitado há de ser problematizado, sob o ângulo aberto do contraditório, com responsividade e efetiva consideração dos argumentos apresentados e o conseqüente oferecimento das razões decisórias, inclusive por um *diálogo impositivo* com manifestações precedentes. Pode-se acrescentar, ainda, o fato notório de que a maior parte das questões de ordem é decidida, em caráter definitivo, pelo Presidente do Senado Federal.

Apenas assim, com a densificação da fundamentação decisória das questões de ordem, e a correlata consideração vinculativa (em sentido fraco) de precedentes, é que se atribui a todos os representantes políticos (e, presumivelmente, aos representados que o impulsionaram a agir) a condição de atores participativos no processo construtivo das decisões coletivas. Do contrário, admitida a questão de ordem como uma simples ritualística, tanto a ordenação regimental quanto os interesses políticos dos postulantes acabariam sensivelmente mitigados do ponto de vista substantivo, descendo às raias de um institucionalismo simbólico. Tudo se reduziria, enfim, ao solipsismo e à *contagem seca* de votos, com potencial violação do princípio da igualdade política. E, por derivação também potencial e eventual, um quadro de violação ao princípio da participação social, na hipótese em que determinados *atropelos regimentais e procedimentais* (e inconsistências decisórias) venham a obstar o acionamento de mecanismos institucionais de participação social, como a convocação de audiências públicas.

Outra correlação clara, segundo entendimento que aqui se subscreve, é a que se estabelece entre os princípios da participação social e da publicidade, este a funcionar como base ou pressuposto fundamental à efetiva concretização daquele, pelo reforço que produz no circuito comunicacional estabelecido entre representantes e representados.

Quanto ao princípio da publicidade, impõe ele um dever *prima facie* de publicização dos atos processuais legislativos. Nesse sentido, disponibilização, sistematização, clareza e organização no trato informacional são conteúdos fundamentais para a densificação de um ambiente jurídico permeado pela publicidade, de modo que repositórios e sistemas tecnológicos e facilitados de busca e acesso a dados são fundamentais nesse sentido. Para as questões de ordem, especificamente, isso permite reconhecer um dever jurídico-institucional de se organizar e manter um repositório jurisprudencial o mais amplo, analítico, indexado e detalhado possível, como forma de dar o máximo de relevância e funcionalidade jurídica às informações e às razões que compuseram as questões de ordem apresentadas e decididas.

Tem-se, aqui, um ponto de contato com o princípio deliberativo, fundado que é numa cultura de debate e justificação. Há, como já dito e redito, uma dissintonia discursiva entre o objeto do processo legislativo, que é a elaboração normativa, e a instância jurídico-aplicativa em que se traduzem as questões de ordem. De todo modo, *ajustado o diapasão*, e com ainda mais intensidade para a atividade essencialmente jurisdicional que subjaz às questões de ordem, a declinação pública de razões, a clareza e a consistência decisórias, com a consideração expressa de precedentes, são exigências de um dever de fundamentação passível de extração do princípio deliberativo. Diretamente, pois decisões adjudicatórias devem ser fundamentadas. E indiretamente, na medida em que a estabilidade institucional que decorre de padrões procedimentais mais sólidos e previsíveis milita em favor da estruturação de um ambiente deliberativo mais fecundo, até por dificultar as chamadas (e aqui já referenciadas) *naked preferences* pelos decisores.

Um exemplo a ser citado nesse sentido é o que João Trindade Cavalcante Filho chama de *desastre dos pareceres de Plenário*. O autor alude à prática de serem apresentados e aprovados requerimentos de urgência, de "calendário especial", de "urgência regimental", entre outros, para que *saiam de cena* uma ou todas as comissões tematicamente pertinentes à matéria, levando-a "diretamente ao Plenário — onde, a depender da previsão regimental, os pareceres dos colegiados especializados são substituídos por um único 'parecer de Plenário', de autoria de um só parlamentar". Os efeitos sobre o princípio deliberativo são assim resumidos: "Um verdadeiro descalabro em termos de qualidade deliberativa, porque é nas comissões que "o jogo é jogado" de

verdade em termos de formação de consenso, debate, participação popular, emendamento, transação”²⁵¹.

Um controle decisório mais rígido sobre a aplicação das normas de urgência e congêneres, com a menção a precedentes, pode inibir essa sanha de abreviação regimental, até pelo estímulo a um senso de responsabilidade institucional que se desata da figura dos precedentes. É de se imaginar que a premissa de que uma decisão pode gerar um precedente a ser necessariamente considerado no futuro favoreça uma cultura de responsabilidade institucional e política, o que pode resultar em restrições normativas mais claras e efetivas aos ímpetos políticos. O que, por outro lado, tende a facilitar e a promover a própria representação político-deliberativa. A organização de um *jogo democrático-deliberativo* fiado em regras e instituições claras, por meio das quais se pode defender e contrapor ideias e interesses, proporciona uma atividade política mais livre e mais intensa do que a alternativa, permeada por manipulações regimentais e voluntarismos decisórios²⁵².

O exemplo de aprovação de autoridade pública ao CNJ pelo Senado Federal, que abriu este trabalho, ilustra o ponto: é bastante discutível se a segunda votação refletiu melhor a vontade política da Casa, que teria sido, por qualquer motivo, desvirtuada na primeira votação. Bastante plausível é a hipótese de que houve, meramente, a imposição de um artifício para viabilizar a promoção posterior de interesses políticos que não eram os prevaletentes quando da primeira votação. A situação concreta evidencia, com perfeição, as necessidades de igualdade e praticabilidade que o apego normativo (incorporante de precedentes, quando houver) proporciona. Pois, certamente, outros candidatos a cargos públicos eventualmente rejeitados se sentiriam prejudicados sem essa *repescagem* - e repetir todas as votações tornaria *distópico* o funcionamento do Senado Federal.

Portanto, tudo o mais constante, a clareza e a integridade decisórias quanto ao que está em jogo no desenvolvimento procedimental do processo legislativo podem ser um fator importante de aproximação dos parlamentares às instâncias e aos mecanismos de deliberação previstos normativamente.

²⁵¹ *O desastre dos “pareceres de Plenário”*: por que as comissões são fundamentais. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-13/observatorio-constitucional-desastre-pareceres-plenario-comissoes-sao-fundamentais>. Acesso em 10 ago. 2023.

²⁵² “Sem um ambiente jurídico seguro capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas. (...) A segurança jurídica é um meio de promoção da liberdade e da igualdade” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 4. ed. rev. e amp. 2021, p. 22-23).

Por fim, também o princípio da eficiência *rende normativamente* em matéria de questões de ordem. Princípio da eficiência que é aqui entendido, torne-se a dizer, como a necessidade ideal de que o devido processo legislativo incorpore a mobilização de recursos escassos para a tomada de decisão. De um lado, como dito, o dinamismo e a escassez temporal das sessões legislativas levam ao equacionamento de questões de ordem de modo imediato e, muitas vezes, apenas oral, sucinto e pouco refletido. A oralidade e o dinamismo são traços identitários do processo legislativo, com os quais é preciso lidar. Ocorre, porém, que orientações de pendor flexibilizante, como essas, podem resvalar para uma certa negligência deliberativa e para uma eventual *opacidade fundamentativa* que, no ambiente das questões de ordem, podem acentuar problemas que não se apresentam no mesmo grau para o debate de mérito das proposições legislativas.

Entende-se, assim, que a natureza normativa e a necessária lida aplicativa com as regras regimentais do processo legislativo deve oferecer, em determinadas situações mais complexas, uma resistência maior a práticas mais informais, expeditas e simplificadoras de se decidirem os rumos da atividade parlamentar. O que, a bem da verdade, pode ser obtido pela adoção de práticas institucionais que se desatam dele mesmo, princípio da eficiência, tal como já referenciado no capítulo anterior para a categoria dos precedentes em geral. É que a organização efetiva e funcional de um catálogo de precedentes facilita o acesso à atividade interpretativa já realizada sobre determinada questão jurídico-factual, numa sobreposição decisória que tende a robustecer e a clarificar os sentidos prescritivos das normas em jogo, tornando mais eficiente não apenas o instante decisório, mas também a orientação normativa em geral, dali para a frente.

Vê-se, pois, que os princípios estruturantes do processo legislativo resplandecem, em maior ou medida, na atividade decisória suscitada pelas questões de ordem, confluindo para um modelo de vinculação branda a precedentes. Modelo que há de funcionar como *esteio* da normatividade parlamentar e processual-legislativa, cuja relevância (vale a transcrição) foi descrita por Fernando Sabóia Vieira. O autor, embora tenha se referido à Câmara dos Deputados e adotado uma abordagem própria da ciência política, elenca uma série de abalos institucionais causados pela infringência procedimental e pela própria oscilação decisória, que podem, todos eles, ser reconduzidos à dimensão dogmática dos princípios estruturantes de que se vem a tratar. Veja-se:

As práticas reiteradas de descumprimento e manipulação das regras procedimentais legislativas referentes ao processo decisório de

produção de leis na Câmara dos Deputados têm efeitos indutores de desequilíbrios na distribuição interna de poderes deliberativos, insegurança normativa, falta de transparência nas deliberações para os deputados e para a sociedade e imprevisibilidade das ações coletivas, o que pode comprometer o caráter democrático das decisões da câmara. A discussão sobre democracia, Constituição e processo legislativo apresentada no Capítulo 1 deste livro coloca em relevo a importância do cumprimento do ordenamento legal interno do parlamento em um Estado Democrático de Direito. Quando isso não acontece, além dos efeitos endógenos de enfraquecimento das instituições que regulam a ação coletiva dos legisladores, também podem ser esperados efeitos para fora do parlamento, com a possibilidade de interferência do Poder Judiciário (...) ²⁵³.

Portanto, *tudo medido e contado*, sob o prisma dogmático, percebe-se serem múltiplas as fontes normativas de um dever de observância de precedentes, no sentido fraco ou brando do instituto, para a tomada de decisões em questões de ordem ou, de modo geral, de decisões atinentes aos aspectos procedimentais do processo legislativo.

Não se ignora a possibilidade de críticas quanto a uma suposta inutilidade dessa dimensão branda dos precedentes no contexto institucional das Casas legislativas, uma vez que o precedente se dirige à mesma autoridade com poder de superá-lo, até mesmo *olimpicamente*. O Presidente do Senado Federal (e de qualquer Casa parlamentar) poderia, a qualquer momento, declarar superada a posição anterior, isentando-se da incoerência de simplesmente não cumprir a diretriz decisória.

Embora essa objeção tenha algum mérito, ele é apenas parcial. É que a própria necessidade de modificar ou enfrentar expressamente a orientação já cumpre, por si só, uma função de fazer conhecida a todos a posição que anteriormente prevalecia, com isso permitindo o próprio controle sobre a frequência, o mérito e a legitimidade das variações decisórias. Um controle jurídico, pela consideração holística da principiologia constitucional e do processamento legislativo no caso determinado, circunstanciados pela comparação entre as posições precedentes e aplicadas na hipótese. E um controle também

²⁵³ VIEIRA, Fernando Sabóia. *Regras, instituições e decisões na Câmara dos Deputados do Brasil*. Curitiba: Appris, 1 ed., 2019, p. 179.

político, claro, pela manifestação de forças políticas contrárias e a favor do sentido decisório, agora mais claramente contrastado com decisões pretéritas.

Conforme a asserção teórica de Ada Pellegrini Grinover, citada por Victor Marcel Pinheiro²⁵⁴, a uniformidade do direito deve se revelar no espaço, acima de tudo, e não necessariamente no tempo, de modo que haja um entendimento comum pelos atores institucionais e pela sociedade, sem exclusão da possibilidade de alteração ulterior do posicionamento.

Mantêm-se, então, a utilidade de se preservar a observância de precedentes, mesmo que a autoridade tenha o poder de superá-los sem maiores obstáculos formais ou procedimentais. Os precedentes operam, nesse contexto, enquanto instrumento de mediação do equilíbrio para a segurança jurídica que Humberto Ávila identifica como “cognoscibilidade, em vez da determinação”; “confiabilidade, no lugar de imutabilidade”; e “calculabilidade, em substituição à previsibilidade (absoluta)”²⁵⁵. Permite-se um determinado grau de indeterminação, mutabilidade e imprevisibilidade, decorrente das imperfeições naturais do sistema, dos próprios mecanismos de revisão e, no tocante ao processo legislativo, à dinamicidade que lhe é inata. Garante-se, porém, uma contrapartida de maximização possível da segurança na observância dos precedentes.

É claro que isso não significa fazer das questões de ordem um instituto judicialiforme. O modo de fundamentação decisória, no Parlamento, não pode ser rigorosamente identificado com o textualismo analítico das decisões judiciais. Esse, aliás, é um ponto sensível, pois o adensamento das decisões em questões de ordem, com a vinculação branda a precedentes, é algo que pode ensejar, como já anotado, uma certa *cacofonia* entre o discurso próprio da legiferação e o discurso jurídico-aplicativo. O perfil jurisdicional das questões de ordem é incidental a uma prática social que tem contornos próprios e não equiparáveis à atividade jurisdicional. Há, no processo de elaboração legislativa, uma abertura discursiva e uma variedade argumentativa muito maior do que nos processos judiciais e administrativos, a incluir fundamentalmente acordos e negociações. Ademais, a variabilidade de seu objeto e o seu formato assemblear de

²⁵⁴ PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões Vinculantes do STF: A Cultura de Precedentes*. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2021, p. 137.

²⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016. p. 268-270.

deliberação imprimem ao procedimento de elaboração normativa uma “forte limitação cognitiva, de tempo, recursos e atenção dos Parlamentos”²⁵⁶.

Sendo essa a compostura identitária incontornável do processo legislativo, não seria razoável, nem factível, nem sequer normativamente justificável, inserir nesse contexto um processo judicialiforme de discussão e decisão sobre a validade regimental ou mesmo constitucional de seu curso procedimental. Esse já seria o extremo oposto à prática de decidir sem apresentar razão alguma, fazendo *tábula rasa* da dimensão normativa dos preceitos constitucionais e regimentais e, no que interesse mais de perto, dos precedentes sobre os mesmos temas. E qual seria, então, o *caminho do meio*?

Bem, essa é uma pergunta que não encontra, nesse trabalho dissertativo, as condições para uma resposta firme, clara e precisa. Trata-se de algo que envolve, quanto à sua formulação, uma certa *dose* de experimentalismo institucional e uma abordagem certamente multidisciplinar. De todo modo, avançam-se aqui duas propostas, mesmo que bastante embrionárias.

A primeira, de que, em casos relevantes e cujo aspecto temporal assim o permita, invista-se mais na elaboração detida e escrita das razões de decidir, com a consideração mais analítica dos eventuais precedentes sobre o tema. Como se viu nos exemplos da Questão de Ordem nº 411/2009, da Câmara dos Deputados, e do Ato Declaratório nº 58/2021, do Congresso Nacional, não é necessário, para se desincumbir do ônus de fundamentação decisória no Poder Legislativo, de longas linhas. O Ato Declaratório nº 58/2021 conta com três páginas, porém foi o suficiente para a comunidade jurídica apontar um avanço em termos de robustez jurídica. No caso do trancamento de pauta por medidas provisórias, embora oralizada, a decisão foi proferida com um cuidado analítico expressamente anunciado pelo Presidente da Câmara. A sua redução a termo gerou oito laudas, contra as setenta e seis do voto do relator do caso no STF. Mesmo assim, os pontos políticos e normativos já haviam sido fixados na decisão da questão de ordem.

Já para os casos rotineiros e decididos imediatamente, por modo oral, refere-se à organização já mencionada de um acervo temático de questões de ordem que seja muito mais facilmente acessível e analítico do que o que se tem na atualidade²⁵⁷. A construção

²⁵⁶ PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 162.

²⁵⁷ Questões de Ordem. Atividade Legislativa. Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem?_gl=1*ipajll*_ga*NTc3NjExMjI4LjE2Njg0MzZM2ODM.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MTU2MTU5NS41Mi4wLjE2OTE1NjE1OTUuMC4wLjA. Acesso em: 10 ago. 2023.

de um repositório efetivamente funcional, com a formalização escrita e rigorosamente documentada e organizada de todas as questões de ordem, com a redução a termo de seu conteúdo e da correspondente decisão, e a adoção de diferentes modos de indexação, tudo isso permite integrar mais proximamente o direito parlamentar e o processo legislativo de uma ordem jurídica. Ordem assim dotada de um desenho institucional e de uma arquitetura normativa capazes de solidificar uma cultura de mais estabilidade e menos arbitrariedade decisórias.

5.2. Precedentes e prática decisória do senado federal: uma ilustração a partir de casos decididos na 54ª e na 55ª Legislaturas

Já nos aproximando do fecho desta dissertação, *desce-se* do plano normativo para se fazer uma ligeira incursão pela prática decisória recente do Senado Federal em questões de ordem. Sem pretensão de rigor estatístico ou quantitativo, o propósito é o de ilustrar o que efetivamente ocorre nesse campo para que, pela aproximação com a praxe (ainda que bastante introdutória ou, como dito, ilustrativa), facilite-se a construção de um modelo institucional mais adequado ao manejo dos precedentes legislativos.

Como objeto de observação, delimitaram-se as duas últimas legislaturas, anteriores à que acaba de se encerrar. Ou seja, *puseram-se os olhos* sobre as legislaturas de 2011-2015 e 2015-2019. Com isso, abrangeu-se o trabalho de três diferentes presidentes: José Sarney (2011-2013), Renan Calheiros (2013-2017) e Eunício Oliveira (2017-2019), o que permite ter uma noção inicial sobre eventuais variações em termos de processo decisório, nomeadamente quanto à forma de se lidar com precedentes.

Indo diretamente ao ponto, no caso do **presidente José Sarney**, talvez pela experiência que acumulou no Senado Federal e, mais especificamente, na Presidência da Casa²⁵⁸, é possível encontrar, ao longo de seus últimos dois anos como presidente, referências recorrentes à praxe do Senado Federal como fundamento decisório, embora isso fosse feito de forma pouco (ou quase nada) clara e analítica. Em decisões instantâneas e orais, o Presidente José Sarney muitas vezes se valeu de sua memória institucional, e de uma reflexão sobre ela, para lastrear a tomada de decisão. Já nas duas primeiras questões de ordem decididas em 2011, é possível perceber muito claramente essa embocadura. No primeiro caso, pela utilização da prática precedente como suporte

²⁵⁸ Foram cinco mandatos de senador (1971-1979; 1979-1985; 1991-1999; 1999-2007; 2007-2015) e quatro mandatos de Presidente da Casa (1995-1997; 2003-2005; 2009-2011; 2011-2013).

decisório. No segundo, pela realização de *distinguishing* com o fundamento invocado pelo autor da questão.

Na **Questão de Ordem nº 1/2011 – QO/SF 1/2011**, o senador Itamar Franco impugnou três pontos. O primeiro aludia à aprovação, na sessão do dia anterior, do Requerimento nº 106/2011, que imprimiu urgência ao Projeto de Lei da Câmara nº 1/2011, adotando como fundamento o art. 340, inciso II, do RISF, dispositivo que, segundo alegou o senador Itamar Franco, trata do momento de deliberação do requerimento de urgência, mas não de sua hipótese autorizativa, disciplinada no art. 336. Não haveria, portanto, fundamento para que a matéria objeto do regime de urgência fosse pautada já sessão deliberativa seguinte, de modo que a deliberação de urgência deveria ser declarada nula por contrariar norma regimental, nos termos do inciso IV do art. 412 do RISF. Já antecipando uma possível decisão que prestigiasse a prática pretérita, argumentou o senador Itamar Franco: “Vale destacar, Sr. Presidente, que o mau costume gera frutos. Tão acostumados estão os Líderes majoritários a exercerem o comando até mesmo sobre o Regimento que nem se preocupam mais em querer citar o fundamento regimental”.

O Presidente José Sarney, em resposta, valeu-se de uma combinação do que normalmente é invocado para se afastar a textualidade regimental: o acordo político, uma contingência prática e o costume. Disse ele que recebera do Líder do Governo a comunicação de que líderes da oposição (embora “não todos, evidentemente, mas os que representam a maioria da Casa”) anuíam com a pauta da matéria cuja urgência havia aprovada na sessão imediatamente anterior. E, então, concluiu:

Evidentemente, o Regimento da Casa fala em 48 horas, mas esse interstício pode ser quebrado, desde que o Plenário se manifeste a favor. Eu, em seguida, justamente para atender as lideranças e o acordo de líderes, submeti ao Plenário, uma vez que perguntei se havia alguma objeção de fazermos a votação na sessão de hoje. A argumentação era de que, na quinta-feira, quase sempre V. Ex^a sabe, não temos número nesta Casa, e muitos Senadores têm programas de viagem e pediram para antecipar para hoje. Já que o Plenário concordou, porque submeti ao Plenário, nós incluímos na reunião de hoje a votação desta matéria.

Um acordo não unânime, o esvaziamento das quintas-feiras e a constatação (não fundamentada) de que é possível *quebrar o interstício* de que trata o inciso II do art. 336 do RISF, referido como “48 horas”, mas que indica a “segunda sessão deliberativa ordinária subsequente à aprovação do requerimento”. Percebe-se, aqui, um recurso quase que simbólico ou autoritativo de acordos e costumes para legitimar uma prática sem qualquer base normativa expressa. Prevaleceu o critério majoritário das lideranças para contornar a dificuldade de quórum das sessões deliberativas ordinárias das quintas-feiras e, com isso, encurtar-se um prazo com disciplinamento específico no RISF.

O segundo tópico da mesma questão de ordem foi centrado no momento regimentalmente correto de leitura do requerimento de urgência. Invocando o inciso II do art. 339 e o inciso II do art. 340, ambos do RISF, o senador Itamar Franco argumentou que o requerimento teria de ser lido no Período do Expediente e deliberado após a Ordem do Dia, que é o que ressaí claramente do texto regimental. A votação, contudo, ocorrera durante a Ordem do Dia.

Aqui, com mais consistência, o Presidente José Sarney adotou as seguintes razões de decidir: **a)** ausência de prejuízo pelo fato de se ler e votar a matéria na Ordem do Dia, o que, ao contrário, poderia ser vantajoso, pois “faz com que tenha maior visibilidade até a leitura” (*pas de nullité sans grief*, pode assim ser traduzido pelo jurista, invocando também o princípio da instrumentalidade das formas)²⁵⁹; **b)** novamente, a ideia de que a maioria da Casa tem aptidão para *quebrar o interstício*²⁶⁰; **c)** a praxe institucional, no sentido de que a leitura no Período do Expediente não é impositiva, mas (ao menos é o que se lê nas entrelinhas da decisão) cumpriria uma função apriorística e geral na organização dos trabalhos, assim passível de conformação de acordo com a realidade concreta dessa ou daquela sessão deliberativa – o que seria feito desde “o ano de 2003 a 2004”. Veja-se:

O SR. PRESIDENTE (José Sarney. Bloco/PMDB – AP) – Senador Itamar Franco, eu estou lendo o Regimento, o artigo invocado por V.

²⁵⁹ “O requerimento de urgência é um requerimento simples, que depende da vontade do Plenário de aceitar a urgência ou não aceitar a urgência. De maneira que eu acho que não houve nenhum prejuízo, não há nenhum prejuízo em submetê-lo à decisão da Casa, o que fiz. O outro projeto era um projeto que não tinha grande importância, que era um projeto – único projeto, aliás – sobre a comunicação dos cartórios dos óbitos ali registrados para serem comunicados. Isso não considero que tenha qualquer prejuízo para a Casa ou para a matéria que se tenha votado e que, ao mesmo tempo, a Casa tenha aceito”.

²⁶⁰ “O que era necessário, era realmente importante era que a Casa concordasse com a quebra do interstício. E, no momento em que eu pedi que a Casa aprovasse para a sessão de hoje, ela aprovou que fosse feita na sessão de hoje, sem qualquer contestação de nenhum membro da Casa que estivesse aqui”.

Ex^a, e realmente o Regimento não é impositivo, dizendo que ele teria que ser lido; ele diz que ele é lido durante o Expediente. Evidentemente, se ele não for lido... Isso não é uma prática excepcional aqui nesta Casa. Nós temos lido expediente em qualquer parte da sessão. O importante é que o requerimento seja lido e não postergada a sua leitura: se ele não foi lido no Expediente, ele, então, não será lido em momento nenhum da sessão. Eu acho que não há, como eu disse a V. Ex^a, nenhum prejuízo no fato de ele ter sido lido antes ou durante a Ordem do Dia. (...)

Senador Itamar Franco, quero dizer a V. Ex^a que a Secretaria – e estou tomando conhecimento dessa questão agora – teve o cuidado de levantar: aqui tem desde o ano de 2003 a 2004, e essa sempre foi a sistemática desta Casa, para votar requerimentos de urgência.

O senador Itamar Franco ainda insistiu com o apelo à clareza prescritiva do RISF, que deveria se sobrepôr ao “arbitrio da maioria nesta Casa”. E, passando ao terceiro ponto, pretendeu a aplicação do inciso III do art. 412 do RISF, “na parte que estabelece a impossibilidade de prevalência de decisão do Plenário sobre norma regimental, exceto quando tomada por unanimidade, mediante voto nominal, com quórum de três quintos dos membros da Casa”. Aqui, o Presidente José Sarney articulou um raciocínio efetivamente jurídico e de referência normativa (de consistência questionável, porém), no sentido de que o art. 294 do RISF haveria de se sobrepôr ao inciso III do art. 412, ao determinar que “o processo de votação nominal ‘se utilizará nos casos em que seja exigido quórum especial de votação ou por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, ou ainda, quando houver pedido de verificação’”. Logo, se não foi requerida a verificação, “foi aprovada a matéria e sem a necessidade de votação nominal, porque, para ser votação nominal, ela teria que ser requerida, a requerimento de qualquer Senador, diz o art. 294. Se não foi requerida a votação nominal, eu não podia proceder *ex officio*”.

Pois bem. Deste caso, o que se pode extrair em termos de processo decisório e manejo de precedentes? Em primeiro lugar, que, não raramente e talvez até de modo prevalente, os precedentes costumam ser invocados de forma difusa, genérica, como uma prática ou praxe institucional pretérita. Algo como um costume, portanto²⁶¹. Ocorre

²⁶¹ Carolina Cardoso Guimarães Lisboa conceitua o costume constitucional como a “prática reiterada de determinados atos ou comportamentos, não previstos formalmente na constituição, mas adotados

que, muitas vezes, como nesse caso em específico, procura-se revestir a prática com um figurino normativo. Foi o que fez o presidente José Sarney ao propor e impor a prevalência do art. 294 sobre o inciso III do art. 412, todos do RISF. Esse fundamento, todavia, e aqui não se entra no mérito de sua correção ou não, nem sequer é explicitado no repositório de questões de ordem atualmente existente no sítio eletrônico do Senado Federal. Nem no resumo ou extrato da decisão, nem na aba indicativa dos dispositivos regimentais em discussão (limitados aos que foram invocados pelo autor da questão de ordem). O mesmo sucede com o fundamento, esse já bastante sólido, de que a leitura do requerimento de urgência na Ordem do Dia não apenas não gera prejuízo, como pode dar um destaque ainda maior à matéria.

Referenciar esses fundamentos de modo mais claro e organizado não nos parece exigir esforços institucionais e materiais significativos, e poderia robustecer e incrementar a transparência e a legitimidade da prática decisória do Senado Federal, além de torná-la mais eficiente. Nesse caso, apenas com o avançar do debate sobre a questão de ordem foi que chegou a informação, da Secretária-Geral da Mesa, de que “aqui tem desde o ano de 2003 a 2004, e essa sempre foi a sistemática desta Casa, para votar requerimentos de urgência”. Uma informação pouquíssimo clara, portanto, o que talvez sirva à ideia (não subscrita aqui) de que essa indeterminação seria o modelo mais adequado para se dotar os trabalhos legislativos de flexibilidade para atender às demandas circunstanciais da política. A propósito, não muito depois da QO/SF 1/2011, na **QO/SF 4/2011**, com a sessão conduzida pela Vice-Presidente do Senado Federal, senadora Marta Suplicy, discutiram-se novamente os temas da leitura e da deliberação de requerimento de urgência.

O senador Randolfe Rodrigues invocou o inciso II do art. 339, o inciso II do art. 340 e o inciso I do art. 341, todos do RISF, para argumentar que o requerimento de urgência não poderia ser votado, pois: **(i)** não havia sido lido no Período do Expediente; **(ii)** não teria sido publicado o avulso da matéria sobre a qual se pretendia atribuir urgência, conforme votada na Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal – e não apenas o texto oriundo da Câmara dos Deputados.

efetivamente pelos órgãos do poder público” *Normas constitucionais não escritas: costumes e convenções da constituição*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Sobre o segundo ponto, entendeu-se que o inciso I do art. 341 exige, como pressuposto para o requerimento de urgência, a publicação prévia do avulso da matéria original, e não necessariamente do substitutivo aprovado em comissão – algo bastante questionável em termos de qualidade deliberativa, diga-se de passagem. Já sobre o primeiro questionamento, rigorosamente idêntico ao formulado pelo senador Itamar Franco na QO/SF 1/2011, a decisão foi simplesmente oposta: a Vice-Presidente Marta Suplicy simplesmente concordou com o senador Randolfe Rodrigues e decidiu que o requerimento de urgência deve ser lido no Período do Expediente. Como já se estava na Ordem do Dia, deixou-se a leitura do requerimento para a sessão seguinte. Disse a senadora: “V. Ex^a tem razão. Nós vamos ler isso amanhã”.

Pode-se argumentar, é certo, que não houve exatamente uma contraposição à decisão da QO/SF nº 1/2011, pois, na ocasião, o Presidente Sarney teria adotado como fundamento (em essência) a instrumentalidade das formas e o princípio *pas de nullité sans grief*, de modo que não teria vedada, em outras circunstâncias, a aplicação literal do inciso II do art. 339. Seja como for, o certo é que não houve nem sequer a consideração à decisão da QO/SF nº 1/2011 e à prática institucional a que ela fez referência, mitigando a sua função referencial.

Por fim, ainda na ilustração da Presidência do senador José Sarney, vale mencionar a **QO/SF nº 2/2011**, na qual o senador Demóstenes Torres sustentou que a Medida Provisória nº 525/2011, não estaria devidamente instruída com a informação exigida no art. 91 da Lei nº 12.309/2010 - Lei de Diretrizes Orçamentárias -, ou seja, as estimativas de diminuição de receita ou aumento de despesa decorrentes da medida.

O Presidente José Sarney aduziu que não teria “poderes no Regimento para sobrestar a votação de uma matéria que já está em discussão. De maneira que o Plenário decidirá sobre os argumentos que o Senador Demóstenes trouxe”. Foi quando o senador Álvaro Dias invocou o caso, já mencionado aqui, da *devolução* da Medida Provisória nº 446/2008. O argumento foi o de que seria possível interromper a tramitação de medidas provisórias por decisão monocrática do Presidente do Congresso Nacional. O Presidente, então, fez um *distinguishing* do caso com o precedente invocado, decidindo que seria possível o impedimento da tramitação da matéria, *ab initio*, mas não o seu sobrestamento. Correta ou não a distinção, o certo é que houve o diálogo com o caso pretérito posto em debate, o que nos parece ter sido importante para situar a *devolução* de medidas provisórias como instituto excepcional e impassível de aplicação analógica ou

aproximativa para validar outros meios de interferência na tramitação desse tipo de matéria.

Passa-se, agora, à **Presidência do senador Renan Calheiros**. Igualmente experiente²⁶², o Presidente Renan Calheiros também manejou precedentes como reforço de fundamentação, em certos casos. Assim o fez, contudo, de modo mais específico e incisivo quanto às decisões ou casos a que se referiu, procurando individualizá-los - no que se diferencia do Presidente José Sarney, o qual, conforme ilustrado nos casos acima relatados, aludia a práticas ou praxes genéricas do Senado Federal sobre os temas.

Na **QO/SF nº 5/2014**, por exemplo, tratava-se de votação de requerimento de urgência para a indicação do senador Gim Argello ao cargo de Ministro do Tribunal de Contas da União. O objetivo, contestado pelo senador Randolfe Rodrigues, era o de levar a matéria diretamente ao Plenário, suprimindo-se a fase de arguição pública na Comissão de Assuntos Econômicos.

O Presidente Renan Calheiros invocou o que entendia como precedente aplicável: o caso da indicação do Sr. Raimundo Carrero ao mesmo cargo de Ministro do Tribunal de Contas da União, que contou com a aprovação de requerimento de urgência. O senador Rodrigo Rollemberg impugnou a aderência do precedente ao caso, pois, na ocasião, tinha havido unanimidade para a admissão do requerimento de urgência. Ao que o senador Vital do Rêgo replicou, com o argumento de que o art. 52, inciso III, da alínea “b”, da Constituição Federal, somente exige a arguição de ministros indicados pelo Presidente da República, de modo que, na hipótese de indicação de parlamentar, o necessário juízo quanto ao indicado já seria formulado em função do convívio na Casa.

Ao final, o Presidente Renan Calheiros, com a força do precedente que citara, fez prevalecer a admissibilidade do requerimento de urgência para a indicação. Posto em votação, porém, foi rejeitado pelo Plenário.

Outra hipótese de invocação de precedentes pelo Presidente Renan Calheiros, no momento de decidir, deu-se no início da legislatura 2015-2019. Foi a **QO/SF nº 1/2015**, apresentada pelo senador Ronaldo Caiado, e que girava em torno do cálculo da proporcionalidade partidária para a composição da Mesa do Senado Federal. Eis a fundamentação:

²⁶² Está no quarto mandato como senador (1995-2003; 2003-2011; 2011-2019; 2019-até o presente momento) e teve quatro mandatos como Presidente (2005-2007; 2007, interrompido em outubro desse ano; 2013-2015; 2015-2017).

Dessa forma, na linha do entendimento pacífico nesta Casa, repetido em eleições anteriores, esta Presidência entende que, no cálculo da proporcionalidade para a constituição da Mesa, ao adotarmos o número de 11 vagas, ou seja, 7 titulares e 4 suplentes, restam plenamente atendidos os dispositivos regimentais acima citados, os quais determinam expressamente que a proporcionalidade partidária na composição da Mesa tem que ser garantida tanto quanto possível.

Outro caso importante, pois alusivo a uma tentativa de se consolidar uma prática sem base regimental clara, é retratado na **QO/SF nº 4/2015**, de autoria do senador Roberto Requião. Questionou, o senador, o dispositivo regimental em que teria se baseado o Presidente para indicar o Presidente da Comissão Especial formada para analisar o Projeto de Lei do Senado nº 131/2015, de autoria do senador José Serra. O Presidente Renan Calheiros respondeu que comissão citada derivava de uma iniciativa do Presidente do Senado Federal, instrumentalizada por ato próprio e, nessa medida, não sujeito às regras regimentais atinentes à eleição de presidentes de comissões permanentes e parlamentares de inquérito. E então elencou precedentes nesse sentido: os casos da Comissão Especial para o Aprimoramento do Pacto Federativo e da Comissão de Reforma Política do Senado Federal.

Sobre matéria propriamente processual-legislativa, os senadores Aloysio Nunes e José Agripino questionaram, na **QO nº 5/2015**, o procedimento de submeter a mesma matéria sujeita à apreciação terminativa em comissões, concomitantemente, a requerimento de tramitação em conjunto e a requerimento de urgência, justamente porque o parágrafo único do art. 336 do RISF veda a atribuição de regime de urgência a matérias reservadas à competência terminativa das comissões. O Presidente Renan Calheiros apresentou a seguinte fundamentação regimental: o requerimento de tramitação conjunta deve ser apreciado durante a Ordem do Dia, ao passo que o requerimento de urgência somente após a Ordem do Dia. Logo, quando votada a urgência, a matéria já terá perdido o seu caráter terminativo, não incidindo mais qualquer óbice regimental ao regime de urgência. E, então, mencionou o caso do Projeto de Lei do Senador nº 131/2015, no qual teria sucedido a mesma coisa.

Ainda na Presidência do senador Renan Calheiros, vale a menção à **QO/SF nº 3/2016**, em que o senador Cássio Cunha Lima, na esteira do que ocorrera no ano anterior, por decisão do próprio Presidente Renan Calheiros, provoca a *devolução* da Medida

Provisória nº 717/2016, que criava o cargo de Ministro de Estado Chefe do Gabinete Pessoal da Presidência da República, diante do que considerava ser uma evidente falta de urgência e relevância. O Presidente indeferiu a questão de ordem e, na fundamentação, acabou dando contornos mais claros ao que funcionaria como suporte desse expediente de *devolução* de medidas provisórias: asseverou que não vislumbrava inconstitucionalidade flagrante, embora entendesse politicamente inoportuna a medida.

Por fim, refere-se à **QO/SF nº 15/2016**, em que o senador Ronaldo Caiado formulou questão de ordem com fundamento no art. 383, inciso II, alínea “e”, do RISF, e no *caput* do art. 2º do Ato nº 2/2011, da Comissão de Assuntos Econômicos, em razão de interpretação adotada pela Presidente da Comissão, no sentido de que o prazo para sabatina do indicado à Presidência do Banco Central do Brasil deve ser contado da leitura do relatório na comissão, e não no Plenário do Senado Federal. Sustentou que, embora o RISF não esclareça qual o termo inicial da contagem, o ato da Comissão deixa explícito que a contagem do prazo deve ter início com a leitura da mensagem no Plenário do Senado.

Tem-se, aqui, um raro caso de deferimento de questão de ordem, quando se reafirmou a interpretação a respeito do prazo mínimo a ser estabelecido pela Comissão, na forma do art. 383, inciso II, alínea “e”, do RISF, para realização da arguição pública no processo de escolha de autoridades. Anotou-se que o termo inicial de contagem do prazo se dá a partir da leitura em Plenário e do despacho da matéria à comissão competente. Complementou com o fundamento de que esse tem sido o procedimento adotado na Casa, inclusive no próprio âmbito da Comissão de Assuntos Econômicos, robustecendo o que vinha de argumentar.

Chega-se, enfim, à Presidência do senador Eunício Oliveira. Já de saída, na **QO/SF nº 1/2017**, o senador Humberto Costa pretendia a observância de um interstício mínimo de duas sessões deliberativas entre a leitura de medidas provisórias e a sua votação no Plenário do Senado Federal. Invocou acordo de líderes e prática estabelecida durante a presidência anterior. O Presidente Eunício Oliveira indeferiu a questão de ordem e, sobre o acordo de líderes, afirmou que ele não gera efeitos sobre a nova presidência. No mais, registrou que o interstício postulado não tem base normativa. Rejeitou, portanto, força prescritiva a um acordo político firmado em outro contexto igualmente político.

Quanto à base regimental do direito parlamentar, convém abrir um parêntese para registrar que ela, diferentemente do que decidido acima para as composições

eminentemente políticas, não se sujeita a interrupções por efeito das mudanças de legislatura. O princípio da unidade da legislatura não induz qualquer tipo de limitação temporal à base regimental do direito parlamentar, de modo que os precedentes interpretativos e aplicativos de seus dispositivos, por consequência, também têm lugar no equacionamento de questões de ordem de legislaturas (e, com mais razão, de presidências) vindouras – o que, como se viu em muitos dos casos já mencionados, é comum acontecer.

Fechado o parêntese, e embora não trate de precedentes, é interessante registrar a **QO/SF nº 3/2017**, de autoria da senadora Vanessa Grazziotin, a respeito do Projeto de Lei do Senado nº 200/2015, que figurava na pauta, a despeito de o regime de urgência ter sido aprovado na sessão imediatamente anterior. O Presidente Eunício Oliveira, depois de esclarecer que a pauta decorreria de acordo de líderes, disse que a questão de ordem tinha base regimental, de modo que, se a senadora prosseguisse com a pretensão, ele haveria de acolhê-la, retirando a proposição da pauta, embora a matéria fosse “extremamente importante”. A senadora Vanessa Grazziotin esclareceu, então, que não questionava o regime de urgência, com o qual havia concordado, na condição de líder. Apenas afirmou não se recordar de supressão de prazo. Renovado o alerta, pelo Presidente, de que iria deferir o pleito, a autora retirou a questão de ordem, apenas pugnando que houvesse tempo hábil, na sessão, para discussão da matéria, como um “apelo político”.

O caso evidencia a tantas vezes referida tensão entre a necessidade política, e a pressão temporal que ela muitas vezes suscita, e a predeterminação e a abstração regimentais. A Presidência não resistiu à normatividade, mas se valeu das suas consequências como elemento dissuasório da pretensão formulada na questão de ordem, fazendo prevalecer, com isso, o arranjo político. Veja-se:

O SR. PRESIDENTE (Eunício Oliveira. PMDB -CE) -Não, Senadora, então vamos deixar claro: V. Exa quer a questão de ordem ou V. Exa quer apenas inscrição para o debate? Porque a matéria vai ser debatida... Se todos os Senadores se inscreverem, todos os Senadores terão direito a debater a matéria, todos, por inscrição, além do encaminhamento de Líderes. Há dois caminhos: ou nós seguimos aqui o que foi o entendimento do colégio ele Líderes, uma solicitação feita por este Presidente, ou eu atendo, porque é regimental, defiro, porque é

regimental, a questão de ordem ele V. Ex^a. Só que a questão ele ordem de V. Ex^a, Senadora Vanessa, vai adiar a votação da matéria para amanhã, quinta-feira. Então, amanhã, quinta-feira, eu convocarei sessão ordinária para as 11 horas e votarei matérias que terão que ser votadas nominalmente aqui nesta Casa. Então, não tem problema, é só saber de V. Ex^a o seguinte: V. Ex^a retira a questão de ordem...

A SR^a VANESSA GRAZZIOTIN (Bloco Socialismo e Democracia/PCdoB - AM) - Claro que sim, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE (Eunício Oliveira. PMDB -CE) -... ou mantém a questão de ordem?

A SR^a VANESSA GRAZZIOTIN (Bloco Socialismo e Democracia/PCdoB - AM) - Claro que sim, Sr. Presidente, eu apenas faço um apelo político. Eu sei da importância da matéria que nós vamos votar hoje.

O SR. PRESIDENTE (Eunício Oliveira. PMDB -CE) -Senadora, o Regimento não comporta apelo político, o Regimento é para ser cumprido.

(...)

O SR. PRESIDENTE (Eunício Oliveira. PMDB -CE) -Eu só quero ... Isto aqui é regimental, há uma ata. O Brasil todo está nos assistindo. Então, eu, como prometi que ia cumprir o Regimento -por isso que eu estou fazendo uma consulta à Senadora. No momento em que a Senadora retira a questão de ordem, eu vou dar a palavra ao Senador Otto para fazer o relatório dessas emendas e, na sequência, quem quiser se inscrever vai se inscrever para fazer o debate. Inclusive, se a Senadora quiser, eu já inscrevo de ofício o nome de V. Ex^a para fazer o debate da matéria.

A SR^a VANESSA GRAZZIOTIN (Bloco Socialismo e Democracia/PCdoB-AM) - Sim, Sr. Presidente, eu retiro e vamos dialogar aqui com o Relator.

Essa mesma dinâmica, aliás, verificou-se na **QO/SF nº 11/2017**, quando o senador Ronaldo Caiado abordou a leitura e a votação do requerimento de urgência do Projeto de Lei da Câmara nº 39/2017, de renegociação das dívidas dos estados. Defendeu, o autor

do questionamento, que o requerimento poderia ser lido e votado após a Ordem do Dia, porém o projeto de lei, em si, deveria ser remetido para a segunda sessão subsequente, nos termos do inciso II do art. 336 do RIS. O Presidente Eunício Oliveira relatou que a apreciação da matéria logo na sequência da aprovação de seu requerimento de urgência seria resultado de um acordo de líderes. Todavia, não havendo consenso, teria de deferir a pretensão do autor da questão de ordem, remetendo a matéria para a segunda sessão subsequente, dado o comando regimental nesse sentido. O senador Ronaldo Caiado, posteriormente, retirou a questão de ordem.

A tensão (ao menos aparente) entre o princípio da eficiência e o princípio da deliberação fica bastante nítida nesses casos em toma corpo um entendimento pela premência do exame da matéria. O que chama atenção é o estilo peculiar do Presidente Eunício Oliveira, que, sem mencionar uma prática estabelecida ou um precedente, baseia-se na estrita normatividade regimental para anunciar qual será o desfecho da questão de ordem, caso mantida. Assim o faz, todavia, com um evidente intuito de usar a regra regimental como elemento de pressão para que prevaleça a solução política – o que acabou por ocorrer nos dois casos.

Em suma, vê-se que o estilo decisório do Presidente Eunício Oliveira não inclui a menção a precedentes, situando-se na tensão entre texto regimental e contexto político.

Da análise (ainda que ilustrativa) das questões de ordem ao longo do período indicado, compreensivo de duas legislaturas, quatro presidências e três presidentes, percebe-se que a articulação de precedentes no processo decisório varia sensivelmente conforme o presidente. Não há um padrão discursivo na forma de lidar com decisões pretéritas sobre os temas em debate. Aliás, não há (como se vem dizendo desde o item anterior) um repositório robusto, detalhado e bem indexado de questões de ordem. Basta ver que, para o período legislativo de 2012, o sistema apresenta apenas um total de duas questões de ordem formuladas e decididas. Há, portanto, que se avançar em termos de organização institucional e clareza decisória quanto à interlocução com os precedentes legislativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação gravitou pelo tema específico dos precedentes em questões de ordem no Senado Federal, sabido serem elas o principal mecanismo de controle parlamentar sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas atinentes à atividade parlamentar em geral e ao processo legislativo mais especificamente.

Todo o encadeamento de ideias e segmentos temáticos em que se dividiu o trabalho foi orientado para a investigação dogmática do significado jurídico de precedentes em questões de ordem (e outras decisões procedimentais) formuladas e equacionadas no processamento de proposições e matérias legislativas em geral. Ainda que o art. 406 do RISF pré-exclua, das decisões em questões de ordem, uma eficácia vinculante e obrigatória, o certo é que o mesmo dispositivo as denomina de “simples precedentes”.

Portanto, perquirir o que se deve entender como “simples precedente” na ordenação dos trabalhos legislativos do Senado Federal foi o *leitmotiv* deste trabalho, permeando todos os capítulos cujo desenvolvimento nos pareceu necessário para *cobrir* as angulações do tema. O que compreendeu, de saída, no **Capítulo 1**, a abordagem teórica do devido processo legislativo, enquanto categoria dogmática e normativa no direito brasileiro. O perfil processualizado da elaboração legislativa foi apresentado como o elemento que, embora tenha mais destaque nas incursões teóricas sobre o assunto, carece de potencial justificativo de suas bases normativas – ao menos se utilizadas as *lentes emprestadas* do processo judicial.

A dimensão processual da elaboração normativa, nada obstante seja uma realidade com implicações importantes em termos descritivos, não nos parece, como dito ao longo do trabalho, *ancorar* o tema em bases propriamente normativas. Para além da observância formal de fases processuais e regras sucessivas de condutas, é preciso examinar a prática institucional sob uma ótica substantiva, assim orientada pelos vetores normativos que, extraídos da Constituição Federal, orientam e controlam o curso da ação legislativa.

Nesse sentido, aludiu-se ao vínculo funcional entre representação política e devido processo legislativo. Este como parte relevante da institucionalização daquela, de modo que o processo legislativo há de ser orientado pela estabilidade, previsibilidade e fortalecimento dos laços de representação política. No caso, laços representativos em sentido substantivo, para designar um fluxo comunicacional aberto, responsivo e permanente, cuja legitimidade reside em sua validade jurídica. Daí por que se fez

necessário referenciar os princípios estruturantes do processo legislativo, adotando-se a proposta dogmática de Victor Marcel Pinheiro, cujo rol principiológico é formado por: igualdade política, participação social, publicidade, deliberação e eficiência.

Chegando-se ao **Capítulo 2**, o foco recaiu sobre a natureza jurídica das normas regimentais parlamentares, justamente o que, ao lado das normas constitucionais, integra o objeto das questões de ordem. O histórico de afirmação institucional da ordenação regimental dos trabalhos parlamentares foi brevemente apresentado, como forma de situar a noção ainda hoje corrente de autonomia parlamentar. Perspectivas teóricas sobre a natureza jurídica das normas regimentais também foram elencadas, notadamente a partir do compêndio elaborado por Tomás Vidal Marín. Isso, claro, sem descurar da realidade brasileira, que faz dos regimentos internos das Casas legislativas atos de normatividade e centralidade primárias na arquitetura jurídica dos trabalhos parlamentares.

O tema da controlabilidade judicial da aplicação de normas regimentais, embora não tenha composto o cerne do trabalho, foi sucintamente examinado, pois a natureza jurídica dos comandos regimentais costuma ser enfocada nesse contexto, seja no Brasil, seja em outros países, razão pela qual foram abordadas as experiências jurisprudenciais do tema nos principais países da Europa Continental (Espanha, Itália, França e Alemanha), dada a proximidade histórica e a influência que seus sistemas jurídicos mantêm com o nosso.

No caso da Espanha, mais destacadamente, apresentou-se a ideia de que infringências regimentais, para serem tomadas como causas de invalidação de uma lei, devem repercutir de modo sistêmico e substantivo no processo deliberativo das Casas legislativas. A ideia é traduzida por Vidal Marín pela distinção entre vícios essenciais e vícios não essenciais. Ou seja, retomando o que se disse no Capítulo 2, a infringência regimental é tomada como ponto de partida do exame de validade e higidez processual da lei, mas o ponto conclusivo já reside na principiologia constitucional atinente à representação política e atividade estatal legiferante, pelo abalo que a violação regimental possa ter suscitado nesse domínio.

No Brasil, a questão foi objeto do Tema 1120 de Repercussão Geral do STF, quando se decidiu que o controle jurisdicional do sentido e do alcance de normas meramente regimentais é defeso ao Poder Judiciário, salvo se caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo. Fez-se, então, uma correlação entre essa ressalva da tese de julgamento e a relevância da delimitação dogmática dos princípios constitucionais do processo legislativo, pois, a depender do

maior ou menor alcance que se dê à normatividade constitucional, maior ou menor, em função direta, será a cognição judicial sobre validade do processo legislativo.

Destacou-se, a partir daí, a constatação de Ana Paula de Barcellos no sentido de que o STF não se recusa a incluir normas regimentais em seu exame jurisdicional se chega a concluir que há normas constitucionais, mesmo implícitas, em jogo. E, conclusivamente, subscreveu-se uma posição intermediária entre a insindicabilidade de violações regimentais e, de outro lado, a consideração das normas regimentais como parâmetros jurídicos tão rígidos e coercitivos quanto as regras constitucionais sobre as etapas e fases do processo legislativo. Ou seja, adotou-se o entendimento de que é preciso correlacionar essa ou aquela violação regimental com a *moldura principiológica* do processo legislativo. O que suscita o tema das questões de ordem, de modo a saber se os precedentes e a forma como são considerados mantêm vínculos funcionais com os princípios constitucionais estruturantes do processo legislativo, servindo, entre outras coisas, para aprimorar o necessário diálogo institucional que se estabelece sempre que uma questão processual legislativa é endereçada à apreciação judicial.

Antes de passar a esse ponto em específico, fez-se, no **Capítulo 3**, uma nota adicional sobre a interpretação das normas constitucionais atinentes ao processo legislativo. Com o suporte teórico do pensamento de possibilidades, e ilustrando o argumento com dois casos julgados durante a pandemia de Covid-19 (um no Brasil, outro em Portugal), apresentou-se o juízo de que a dinâmica ínsita à atividade legislativa se correlaciona com a maleabilidade de suas estruturas normativas, mesmo no plano constitucional, em situações-limite. Ainda que se esteja em sede constitucional, circunstâncias podem surgir e por à prova os arranjos normativos e institucionais, demandando a sua reformulação tópica, localizada e conjuntural, desde que se atendam aos princípios constitucionais e à preservação do sistema como um todo.

Excepcionalíssima em termos constitucionais, essa tensão entre normatividade tópica e dinâmica política é bem mais comum no *varejo normativo* dos regimentos parlamentares. Donde se ter afirmado a relevância de se reforçar a conexão normativa necessária entre a resolução do caso e a preservação de princípios estruturantes do devido processo legislativo. Nesse ambiente, então, é que se deve investigar se os precedentes legislativos, ao envolverem a aplicação de uma norma regimental nessa ou naquela conjuntura fática e processual, devem, ou não, produzir algum tipo de eficácia jurídica no âmbito institucional do Senado Federal.

Como última etapa aproximativa dessa questão, o **Capítulo 4** foi dedicado aos fundamentos e funcionalidades dos precedentes nos sistemas jurídicos. A trajetória história e institucional dos precedentes inaugurou o capítulo, com a brevidade e a síntese necessárias. E a premissa central que nele se apresentou foi a de que há um *traço-de-união* entre precedentes, direito e instituições. Decisões pretéritas produzem efeitos em termos de previsibilidade, cognoscibilidade e aceitabilidade desse ou daquele modo de agir. Por isso mesmo, precedentes formam um componente próximo da elementaridade, da essencialidade de todo e qualquer modelo de ordenação e decisão. É dizer: ao longo do tempo, os precedentes foram se afirmando enquanto elemento diretamente normativo, ou seja, fonte do Direito. Mas também passaram a se apresentar como instrumento de coesão e praticabilidade da ordem normativa exterior a eles

O desenvolvimento e a conformação específica dos modelos de precedentes têm, naturalmente, variado no tempo e no espaço. Ao se abordarem elementos históricos associados à consolidação do modelo de precedentes vinculantes e obrigatórios nos países de *common law*, foi mencionada uma contribuição relevante em termos de *modelagem institucional*: a elaboração de compilados dos julgamentos e das decisões proferidas pelas cortes inglesas, os *Law Reports*, repositórios jurisprudenciais importantes para que se atribuíssem certeza e praticabilidade ao manejo dos precedentes.

Sobre o conceito e a funcionalidade dos precedentes, procurou-se deixar bem *vincado* que o precedente emerge de uma contextura factual muito bem delimitada e equacionada, mas dela se desprende para adquirir valor jurídico enquanto regra prescritiva universalizável. Daí se ter conceituado precedente como a decisão ou o conjunto de decisões judiciais que, a partir de um determinado substrato factual, é capaz, a um só tempo, de conformar e decidir uma questão de Direito, fazendo-o de modo a projetar uma regra jurídica com eficácia externa e futura. Essa regra jurídica é extraída dos motivos decisórios determinantes, de sua *ratio decidendi*.

Para os fins desta dissertação, foi mandatório destacar a classificação doutrinária dos precedentes conforme a sua eficácia. Tratou-se, portanto, de vinculação em sentido forte, de vinculação em sentido fraco ou brando e de efeitos meramente persuasivos. Enquanto a primeira manifesta uma autoridade normativa apriorística dos precedentes, equiparável à dos atos normativos e pré-excludente de argumentos em sentidos contrários, a segunda veicula um dever de consideração dos precedentes, ainda que seja para refutá-lo – impondo-se, portanto, um diálogo entre o caso e o precedente. Os precedentes como elementos persuasivos, por fim, tomam parte no conjunto argumentativo, adquirindo

valor a depender da qualidade e da consistência que reúnam, tanto quanto outras espécies de argumentos.

Encerrando-se o capítulo, e sem pretensão de exaurir o tema, foi apresentado o que se entende como núcleo valorativo da concepção de precedentes. Nesse sentido, discorreu-se sobre igualdade, enfatizando-se que, assentada a distinção entre texto normativo e norma, o tratamento jurídico igualitário exige que seja percorrido todo o processo formativo, e também interpretativo/aplicativo, de uma norma jurídica. Segurança jurídica foi o outro valor central abordado. Subjacente ao sistema de precedentes, a segurança jurídica proporciona estabilidade e continuidade normativas, de modo que se possa tomar o direito como técnica de ordenação social fundada na emissão tão legítima quanto estável de referenciais normativos. Isso passa, decisivamente, pela estruturação de algum sistema de precedentes, voltado a correlacionar condutas e consequências jurídicas ao longo do tempo. O que se acentua pela consideração de que a pluralidade de sentidos normativos é demandante de um mecanismo capaz de prover estabilidade decisória.

Registrou-se, por fim, a existência de *um quê* de eficiência no manejo de precedentes, pois com eles se permite que o trabalho jurisdicional seja *apropriado* pela instância decisória do caso futuro e igual ou semelhante ao que gerou o precedente. Assim como o respeito a precedentes faz crescer a ideia de respeito e responsabilidade institucionais.

O **Capítulo 5**, o derradeiro, ocupou-se da questão central do trabalho, expressa na seguinte pergunta: há espaço normativo para se extrair algum grau de eficácia jurídica dos precedentes decisórios em questões de ordem decididas no Senado Federal? E a resposta que se propôs foi positiva. Entende-se que os precedentes de que trata o art. 406 do RISF, embora não obrigatórios, dotam-se de eficácia jurídica vinculativa em sentido fraco.

Precedentes legislativos devem ser considerados e enfrentados, nem que seja para serem refutados. Em primeiro lugar, pela própria consideração do processo legislativo como realidade normatizada juridicamente. Há uma conexão lógico-jurídica entre a concepção jurídica das normas que disciplinam o processo legislativo e, de outro lado, a consideração de precedentes, que funcionam como uma das garantias institucionais desse modo jurídico de ser da atividade parlamentar. Pouca utilidade e serventia ressaíam da afirmação jurídica das normas regimentais se a sua interpretação e aplicação derivassem

do arbítrio e da absoluta discricionariedade do decisor, com seguidas e reiteradas variações de sentido decisório para casos equiparáveis.

A autonomia institucional do Senado Federal e a natureza eminentemente política de sua atividade, traduzidas numa maior *plasticidade instrumental* do direito parlamentar, não obstaculizam a consideração de precedentes no processo decisório. Buscou-se ressaltar, nesse sentido, que a noção de precedentes e de vinculação entre razões e sentidos decisórios é corolário da ideia de que a dimensão prescritiva da ordem jurídica não se encerra textualmente. Ou seja, precedentes ganham força à medida que se entende serem limitados os predicados normativos do texto prescritivo. Razões de decidir articuladas de modo claro e racional envolvem, portanto, o diálogo com os precedentes, como uma espécie de *mandado de racionalização* do processo decisório.

Além disso, também se procurou evidenciar que o tratamento dos precedentes e a apresentação de razões claras e fundamentadas, no processo decisório de questões procedimentais pelas Casas legislativas, embora possa obstar propósitos políticos específicos, bem pode levar à afirmação institucional. Foram mencionados, nessa linha, o caso da interpretação dada pela Presidência da Câmara dos Deputados ao trancamento de pauta decorrente do lapso de tramitação de medidas provisórias, nos termos do § 6º do art. 62 da Constituição, e o expediente de *devolução* ou rejeição sumária de medidas provisórias pelo Presidente do Congresso Nacional.

De um e de outro caso, extraiu-se a conclusão de que é possível fundamentar os rumos do processo legislativo e da atividade parlamentar em bases normativas e decisórias mais sólidas, com a articulação mais clara de razões jurídicas e a consideração e o diálogo com precedentes.

Além disso, foram apresentadas conexões normativas entre os princípios constitucionais e estruturantes do processo legislativo e o tratamento jurídico devido aos precedentes. O devido processo legislativo, portanto, a resplandecer na atividade decisória suscitada pelas questões de ordem, e na consideração de precedentes, tanto quanto a consideração de precedentes vitaliza os princípios estruturantes do processo legislativo.

Por outro lado, rejeitando-se a adoção de um processo decisório judicialiforme para as questões de ordem, indicou-se o que se entende como pontos de partida (e não mais do que isso) para que a observância de precedentes em sentido brando ou fraco seja reforçada institucionalmente. Em primeiro lugar, o *investimento* na elaboração detida e escrita de razões de decidir, com a consideração mais analítica dos eventuais precedentes

sobre o tema, quando a relevância do caso o justificar e as circunstâncias temporais assim o permitirem. Em segundo lugar, para os casos rotineiros e instantânea e oralmente decididos, a estruturação de um repositório ou acervo temático de questões de ordem que seja muito mais funcional e amplo do que o que se tem atualmente.

Por fim, ilustrou-se a prática decisória do Senado Federal, notadamente quanto à *lida* com os precedentes legislativos, a partir de casos decididos na 54^a e na 55^a Legislaturas. O propósito foi o de apresentar a praxe decisória, ainda que ilustrativamente, a fim de facilitar a concepção de um sistema institucional mais adequado à consideração de precedentes legislativos. Foram examinados casos decididos nas Presidências de José Sarney (2011-2013), Renan Calheiros (2013-2017) e Eunício Oliveira (2017-2019). E se concluiu que não há um padrão discursivo na forma de lidar com precedentes sobre os temas em discussão, de modo que o sistema carece de avanços em termos de organização institucional e clareza decisória quanto à interlocução com os precedentes legislativos. Com isso, entende-se que se poderia integrar, mais proximamente, o processo legislativo da noção de ordem jurídica, assim provida de um arcabouço institucional e de um ambiente normativo aptos a consolidar, conforme dito, uma cultura de mais estabilidade e menos arbitrariedade decisórias.

O Poder Legislativo, no exercício de sua atividade legiferante e no desempenho do mister decisório que lhe compete para determinar os seus próprios rumos procedimentais, deve, então, inscrever-se nessa ambiência tão jurídica quanto cultural, adotando comportamentos estáveis e cada vez mais nítidos. Ao fazê-lo, dará um passo importante para adensar e consolidar institucionalmente o devido processo legislativo. E, com isso, evitar que o seu funcionamento gere, *aqui e acolá*, estupefação, surpresa e indignação, não apenas de seus próprios integrantes, mas, principalmente, da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*. Southern California Law Review, v. 63, 1989-1990, p. 1-64.
- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *As lideranças parlamentares no processo legislativo brasileiro*. Dissertação de mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2022.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- AYRES BRITTO, Carlos. *O Perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Ed. Znt.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Direito Constitucional e Direito Parlamentar*. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim [orgs.]. *Direito Parlamentar: discussões contemporâneas*. Belo Horizonte: Ed. Vorto, 2018.
- BARAK-EREZ, Daphne. *The doctrine of legitimate expectations and the distinction between the reliance and expectation interests*. European public law, v. 11, dez. 2005.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- BARBOSA, Samuel. *Formalismo como conceito sociológico: uma introdução ao conceito weberiano de direito*. In: José Rodrigo Rodriguez; Felipe Gonçalves Silva. (Org.). *Manual de sociologia jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BARRETO, Tobias, Estudos de Direito- I, Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012, pp. 49-55. Organização de Luiz Antonio Barreto.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 99/1987*, de 11 de junio. BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/831>. Acesso em 10 ago. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno do Senado Federal* (Resolução nº 93, de 1970). Compilação produzida com base no texto consolidado na forma do artigo 402 do RISF pela Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, publicado no Suplemento “B” do Diário do Senado Federal de 4.2.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5.127/DF*, Relatora: Ministra Rosa Weber. Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin, DJ. 15.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 4.357/DF*, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux, DJ 14.03.2013. Vo

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1.635/DF*. Relator: Min. Maurício Corrêa, DJ 19.10.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 661/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 15.09.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 15.09.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 663/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 31.03.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança: MS 22.503/DF*. Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Maurício Corrêa, DJ 08.05.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 6.991/DF*, Relatora: Ministra Rosa Weber, DJe 15.09.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário: RE 1297884/DF*, Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. DJe 14.06.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 6.363/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 23.11.2020.

CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lenio L.. *Comentário ao art. 59*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito?* In: MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade [orgs.]. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Constitucional Legislativo*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

Considerações sobre a devolução de medidas provisórias no Brasil. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-20/rodrigo-bedritichuk-devolucao-medidas-provisorias-brasil>. Acesso em 10 ago. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. GZ: Rio de Janeiro, 2. ed., rev. e atual., 2021.

CUEVA, Lucas Murillo de la. *El examen de la constitucionalidad de las Leyes y la soberanía parlamentaria*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Do devido processo legislativo*. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; et al. (org.). *Direito, Instituições e Políticas Públicas*. São Paulo, Quartier Latin, 2017.

Devolução de Medida Provisória não afasta por completo os seus efeitos. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/paulo-mohn-efeitos-devolucao-medida-provisoria>. Acesso em 10 ago. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O que é pesquisa em direito?. In: Marcelo Nobre (org.), *O que é pesquisa em direito?*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. rev. e atual. 2012.

FERREIRA ROSA, Bruna Borghetti Camara. *Prerrogativa do parlamentar ao devido processo legislativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GÓMEZ, Juan Carlos Cervantes. *Derecho Parlamentario: organización y funcionamiento del Congreso*. Mexico: Cámara de Diputados, CEDIP, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 10ª ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffré, Milano, 1993.

HÄBERLE, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken *apud* MENDES, Gilmar F. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos*

constitucionais. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 10 ago. 2023.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IDP. *Governabilidade: disfunções nos sistemas de governo na atualidade*. Youtube, 17 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KsNA2jsOmbk>. Acesso em 10 ago. 2023.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. De Eduardo Garcia Maynez, México, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KRONMAN, Anthony T. *Precedent and tradition*. The Yale Law Journal, v. 99, 1990, p. 1029-1068.

LAGES, Cintia Garabini. *Interna Corporis Acta e os limites do controle judicial dos atos legislativos*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 6, nº 2, 2016.

LANCEIRO, Rui; VIOLANTE, Teresa. *A resposta à Covid-19 em Portugal: da normalidade constitucional ao estado de emergência*. Observatório Almedina. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/08/a-resposta-a-covid-19-em-portugal-da-normalidade-constitucional-ao-estado-de-emergencia/>. Acesso em 10 ago. 2023.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas: costumes e convenções da constituição*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A imunidade dos parlamentares na Espanha*. Revista de direito constitucional e internacional: vol. 10, n. 40 (jul./set. 2002).

LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *Derecho Parlamentario Español*. Madrid: Dykinson, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 221.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: University Press Scholarship Online, 2010.

MAIA NETO, Orlando; SANTOS COSTA, Leonardo P. *A inconstitucionalidade das leis estaduais sobre fornecimento de energia durante a pandemia*. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/329140/a-inconstitucionalidade-das-leis-estaduais-sobre-fornecimento-de-energia-durante-a-pandemia>. Acesso em 10 ago. 2023.

MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. RT: São Paulo, 4ª ed. rev. e atual., 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, v. 172, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos 'contrabandos legislativos'*. In: FELLET, A.; NOVELINO, M. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Jus Podium, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 4. ed. rev. e amp. 2021.

MODUGNO, F. *In tema di regolamentari parlamentari e di controllo sugli interna corporis acta delle Camere en Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. II. Giuffrè: Milano, 1970.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *El Estatuto de los parlamentarios. Problemas Generales*. In: *Parlamento y Derecho*. FIGUEROA, Alberto; SILVA, Juan Carlos da (Coord.). Vitoria, 1991

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Sobre a constitucionalidade da 'devolução' de medidas provisórias*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sobre-a-constitucionalidade-da-devolucao-de-medidas-provisorias-29062020>. Acesso em 10 ago.2023.

O desastre dos "pareceres de Plenário": por que as comissões são fundamentais. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-13/observatorio-constitucional-desastre-pareceres-plenario-comissoes-sao-fundamentais>. Acesso em 10 ago. 2023.

PINHEIRO, Victor Marcel. *Decisões vinculantes do STF: a cultura de precedentes*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021.

PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: princípios, elaboração das leis ordinárias no Congresso Nacional e controle judicial*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

PRIETO, Luis María Cazorla. *Problemas de la organización y el funcionamiento de los Parlamentos actuales*. In: MORALES, Ángel Garrorena (org.). *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Madrid: Tecnos, 1990.

Questões de Ordem. Atividade Legislativa. Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem?_gl=1*ipajll*_ga*NTc3NjExMjI4LjE2Njg0MzM2ODM.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MTU2MTU5NS41Mi4wLjE2OTE1NjE1OTUuMC4wLjA. Acesso em: 10 ago. 2023.

Questão de Ordem do Senado Federal 2/2005 de 18/05/2005. Atividade Legislativa. *Senado Federal*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2607>. Acesso em 9 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à segurança jurídica na Constituição de 1988*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-11/direitos-fundamentais-direito-fundamental-seguranca-juridica-constituicao>. Acesso em 23 jul. 2023.

SCHAUER, Frederick. *Authority and authorities*. Virginia Law Review, v. 95, 2008.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 52

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRAUSS, David. *The living Constitution*. New York, USA: Oxford University Press, 2010.

TARUFFO, Michelle. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo, v. 36, n. 199, set. 2011, p. 140-155.

THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. *Precedentes Judiciais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

TORRES MURO, Ignacio. *Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984*. Revista Española de Derecho Constitucional. n.11. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho Parlamentario*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutions Design Writ Small*. Oxford: Oxford University, 2007.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2015.

VIEIRA, Fernando Sabóia. *Regras, instituições e decisões na Câmara dos Deputados do Brasil*. Curitiba: Appris, 1 ed., 2019

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, Revista dos Tribunais, 1977.

VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo: Amministrazione locale 3*, Quarta edizione riveduta e aggiornata, Giuffrè editore – Milano.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Political Theory*. Oxford: Harvard University, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia apud MENDES, Gilmar F. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 10 ago. 2023.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge University Press, sixth edition, 2004.