

Fraude no devido processo legislativo e seu controle jurisdicional

Devido processo legislativo é expressão técnica guarda-chuva. Sob a sua cobertura há muito mais do que uma sequência de atos formais necessários para a produção de normas. Nas dobras do devido processo legislativo vigoram exigências decorrentes do princípio democrático, da separação de poderes e da



Paulo Modesto
Professor

A expressão é ambígua quanto ao objeto: abrange o processo de produção

de leis e atos normativos com eficácia equivalente (devido processo legal) e o processo de edição de emendas constitucionais (devido processo reformador). Não é incomum a infração às exigências do devido processo tanto na edição de leis quanto na aprovação de alterações constitucionais. Esse incumprimento pode ser manifesto ou dissimulado. Fraudes e violações ao devido processo ocorrem, mas nem sempre são adequadamente controladas pelo Poder Judiciário, que ora as identifica e syndica, ora sequer delas conhece, invocando a vaga, imprecisa e ultrapassada categoria dos atos "interna corporis".

Duas normas de aprovação recente exemplificam situações de fraude ao devido processo legislativo que provavelmente serão levadas à apreciação do Poder Judiciário: a Emenda Constitucional n. 27/2021, do Estado da Bahia, e o Projeto de Lei de Conversão da MP 1.031/2021, que "Dispõe sobre a desestatização da empresa Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras)".

A atualidade do tema, que abarca os limites da jurisdição constitucional em face da violação dos regimentos internos e demais normas que asseguram dialeticidade, racionalidade e previsibilidade ao processo legislativo, atrai a feliz síntese de Carlos Ayres Britto: "o tédio prometeu, de joelhos e mãos postas, jamais pisar em terras brasileiras".



A abordagem das duas normas referidas, resumida ao máximo, será dividida em dois artigos distintos. No presente texto a análise recairá sobre o processo de aprovação da EC 27/2021, do Estado da Bahia. O próximo texto, publicada a lei federal, cuidará de problemas de legística e do processo legislativo sobre a desestatização da Eletrobrás.

Emenda Constitucional 27/2021

No último dia 27 de maio, o governador da Bahia enviou para apreciação da Assembleia Legislativa da Bahia proposta de emenda constitucional para nova alteração da previdência própria dos agentes públicos do Estado, recentemente modificada pela EC 26/2020. A proposta recebeu o número 163/2021.

A PEC 163/2021 foi analisada em sessão das 10h do dia 16 de junho pela Comissão de Constituição e Justiça em conjunto com outras comissões da Assembleia, ato apenas formal, pois um dia antes a PEC 163 já havia sido incluída na pauta de votação da sessão extraordinária deliberativa marcada para o mesmo dia 16 de junho, 15h. Por isso não houve publicação do relatório da CCJ ou das comissões. A proposição simplesmente foi lida em Plenário na tarde do referido dia, desacompanhada de qualquer informação concreta, relatório ou debate de mérito, sendo submetida a duas votações sucessivas, sem intervalo temporal algum.

Antes da primeira votação, alguns deputados protestaram pela falta de condições para votar, ante a ausência de publicação dos relatórios das comissões e a falta de exposição de motivos da Proposição original, que se limitou a informar que visava "aprimorar a EC 26/2020". Em razão da urgência adotada no procedimento, após protestos, alguns deputados declararam que permaneceriam em "abstenção". Não houve apreciação de emendas e a proposição foi votada e aprovada com votos da situação e da oposição. Um procedimento "fast track", concluído em menos de sessenta minutos.

Essa aprovação desinformada de elementos jurídicos ou fáticos e sem audiência dos interessados não homenageia a democracia participativa e agride o regimento interno e normas constitucionais de obrigatório cumprimento pelo processo reformador. Houve violação ao artigo 180, III, do Regimento Interno da própria Assembleia, que proíbe o regime de urgência [1] para a apreciação de emenda constitucional (Redação dada pela Resolução nº 1.282, de 25/2/2000), sendo infringido ainda o artigo 200 do Regimento, que exige dois turnos de "discussão e votação" (não apenas de votação) para aprovação de Emenda Constitucional e, por fim, o artigo 201, que impõe a instituição prévia de Comissão Especial quando a matéria da proposição seja especialmente relevante.

Tudo isso deve ser levado em conta, mas muito mais interessantes são os vícios constitucionais do processo adotado pelo reformador estadual. Identificá-los exige compreender diferenças e semelhanças no processo de aprovação de emendas constitucionais na União e nas demais unidades da Federação.

Processo reformador bicameral e unicameral

Na União, ao contrário do que ocorre nos estados da Federação e nos Municípios, vigora o bicameralismo. No bicameralismo, a existência da Segunda Casa favorece a ampliação do debate das proposições normativas, a participação dos cidadãos interessados, a proteção das minorias e a produção de normas com maior maturação e revisão. Não por acaso a segunda Casa Legislativa é por vezes denominada "Câmara de Reflexão" (Laferrière).

Propostas de emendas constitucionais, na União, devem ser discutidas e votadas em dois turnos, em cada uma das Casas Legislativas (Câmara e Senado), sendo aprovadas apenas quando conquistam a maioria qualificada de 3/5 dos votos dos membros de cada Casa separadamente (artigo 60, §2º, da CF). Cada turno é constituído das etapas de *discussão e votação* (SILVA, José Afonso. *Processo constitucional de formação das leis*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 283). Portanto, as propostas de emenda à Constituição submetem-se a *quatro votações em Plenário*, além da discussão e votação em comissões.

No processo reformador federal não há prevalência da Casa iniciadora sobre a Casa revisora: se houver alteração da proposição em uma das Casas toda a proposta voltará à Casa anterior, não sendo possível à casa iniciadora desconsiderar ou superar as alterações promovidas na sucessiva, como é usual no processo legislativo comum. A concordância das duas Casas é obrigatória, resultando dessa peculiaridade importante diálogo institucional.

O interstício entre os turnos de votação recebe disciplina ligeiramente distinta no Regimento Interno da Câmara e do Senado: na Câmara, o prazo mínimo obrigatório entre os dois turnos é de pelo menos cinco sessões; no Senado, cinco dias úteis. Essas disposições regimentais, dotadas de força de lei, preenchem *lacuna constitucional*, pois a Constituição se omitiu de estabelecer interregno obrigatório expresso entre os dois turnos no §2º do artigo 60.

A Constituição, no entanto, foi expressa quando tratou do interstício mínimo no plano municipal e Estadual para aprovação e alteração das respectivas leis fundamentais. Estabeleceu um *intervalo mínimo de dez dias*, consoante o demonstram os artigos 29 e 32:

"Artigo 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o *interstício mínimo de dez dias*, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos."

"Artigo 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em municípios, reger-se-á por lei orgânica, *votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias*, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição."



O interstício mínimo de dez dias entre os dois turnos de votação em reformas constitucionais estaduais e municipais explica-se pela compostura unicameral das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais. Deve ser aplicado a todos os Estados, não apenas ao Distrito Federal, pois a Lei Orgânica do DF equipara-se às Constituições Estaduais, consoante decisão do STF (ADI-MC 980, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. em 03-02-1994). Os artigos 29 e 32 superam a lacuna técnica do §2º, do artigo 60, da CF, cuja formulação inibe a sua aplicação simétrica consistente nas demais unidades federativas, pois nelas não é possível a discussão de proposta em duas casas legislativas. Ante a ausência de filtro de uma segunda casa esse *intervalo reflexivo mínimo entre os turnos de votação se impõe, com vistas a permitir o acompanhamento da opinião pública e o debate entre os parlamentares, antes da decisão definitiva*.

Entrementes, no âmbito da União, penso que a lacuna apontada no § 2º, do artigo 60, da CF, não autoriza que se transforme dois turnos em um turno, ou se banalize a exigência de um interregno para debates e ampliação da transparência pública com o artifício da adoção de dois turnos imediatamente sucessivos, sem intervalo temporal para a avaliação pública do resultado da votação em primeiro turno. A ausência de *entreto efetivo*, isto é, a previsão dos dois turnos no mesmo dia, frauda o propósito dialético e participativo estabelecido na Constituição para a ocorrência de duas sessões de votação em cada casa legislativa no processo de aprovação de emendas constitucionais. É ato que agride a *finalidade da norma* que determina dois turnos de votação no processo reformador (artigo 60, §2º, da CF), a *razoabilidade e a segurança jurídica* do rito previamente estabelecido em normas regimentais (cria fato surpresa) e a própria *democracia participativa* em matéria sensível (alterações constitucionais).

Embora tudo isso pareça imediatamente decorrente da Constituição, nomeadamente do princípio democrático e da segurança jurídica, há precedente de 2013 do STF que admitiu a legitimidade de Emenda à Constituição com a realização de dois turnos sucessivos de votação, no mesmo dia, mediante acordo de líderes, sob o argumento de se tratar de matéria sem parâmetro constitucional obrigatório e sujeita a interpretação "interna corporis" dos regimentos internos (STF, ADI 4425, rel. min. Ayres Britto, relator(a) p/ acórdão: min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013). Na ocasião, avaliava-se a constitucionalidade formal e material da EC 62, promulgada em 09.12.2009, aprovada no Senado em duas votações no mesmo dia, com menos de uma hora de intervalo entre ambos os turnos, transgressão evidente do art. 362 do Regimento Interno do Senado, que preconiza um interstício mínimo de cinco dias entre cada turno de votação.

No julgamento, o relator original, ministro Carlos Ayres Britto, ficou vencido, mas fixou com clareza o conceito de fraude constitucional para as votações sucessivas:



"O artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas não atende à exigência constitucional da realização de uma segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo até para a serenização de ânimos eventualmente exacerbados, ao lado de amadurecimento das ideias. Segundo turno que, não se limitando a uma nova e imediata votação, implica a necessidade de um tão renovado quanto amplo debate da proposta de emenda à Constituição, volto a dizer. O que demanda o encarecido espaçamento temporal, ora maior, ora menor, mas nunca num mesmo dia, ou no curso de uma única noite e, pior ainda, de mecânicos sessenta minutos. [...] Seja como for, a pretensa segunda rodada de discussão e votação da emenda *sub judice* implicou um tipo de arremedo procedimental que não tem como escapar à pecha de fraude à vontade objetiva da Constituição."

O voto condutor, do ilustre ministro Luiz Fux, conquanto bem fundamentado, extrai equivocadamente das previsões dos artigos 29 e 32 da Constituição, já citados, a ideia de que a omissão do intervalo temporal no §2º do Art. 60 revela um "silêncio eloquente" para o reformador federal, a autorizar a livre integração da lacuna pelos Regimentos da Câmara e do Senado, encerrando "questão política" insindicável no controle abstrato.

Subscrevo a orientação do voto vencido. Com o devido respeito pela maioria formada, considero a decisão final equivocada, pois potencializa o *vale-tudo processual* em matéria sensível, atinente à própria rigidez constitucional, e cria um *bill* de indenidade para os regimentos internos, convertidos em zona de exclusão da tutela judicial incompatível com a garantia da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da CF). Colocar nas mãos do órgão limitado o absoluto arbítrio para definir as fronteiras de sua própria limitação é contrariar o sentido natural da "pragmática da comunicação normativa constitucional", para usar expressão cara ao mestre Edvaldo Brito (*Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993).

O Poder Judiciário deve ser deferente em face de escolhas e decisões da Administração e do Legislativo exercidas no âmbito de alternativas jurídicas indiferentes, mas nunca pré-excluir uma classe de atos jurídicos, normas ou decisões da apreciação jurisdicional, sobretudo quando presente violação ou ameaça de violação a norma constitucional estabelecida como limitação ao poder de reforma constitucional. O fato de a Constituição não fixar um intervalo expresso para o reformador federal não significa que a duplicidade de turnos deliberativos possa ser suprimida em concreto ou diluída em frações de horas.



Sempre será admitido o exame do cumprimento do *devido processo legislativo democrático*, a proteção de direitos individuais, os obstáculos levantados ao debate e à crítica das minorias parlamentares e da opinião pública. Como bem destaca Orlando Bitar, "“onde quer que haja direitos individuais lesados é competente o Judiciário, segundo concepção que a lei 221 já adotava, no seu famoso artigo 13, caput e §1º, 3º e 4º. Se a lei não pode vedar ao Judiciário aprecie qualquer ofensa ao direito individual, não importa a origem do ato ou o seu autor, diante do nosso Judiciarismo ou, na expressão feliz de Pedro Batista Martins, diante do monopólio da jurisdição pelo Judiciário. Mesmo que se trata de ato discricionário, a autoridade judicante detém-se na sua qualificação na legitimidade dos meios, sempre amparando direitos individuais lesados. É doutrina já firmada em Rui Barbosa, desde 93" (BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar*, Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.605-606).

Além da imprecisão do conceito de questões políticas há confusão entre o *juízo político* (substância das escolhas políticas) e o *cumprimento do processo de sua formulação* (questão jurídica). De outra parte, deve-se também avaliar o impacto da medida adotada (ato, norma, decisão) sobre direitos e garantias igualmente previstas no diploma constitucional (questão igualmente jurídica). Tudo isso deve servir de alerta contra a adoção de *fórmulas vazias*, *carimbos decisórios* ou *álbis retóricos* na avaliação do cumprimento do devido processo legislativo.

Tem plena razão Jorge Vanossi quando afirma que "las cuestiones políticas constituyen en su conjunto una categoría o standard creado por los propios jueces, que le fijan los alcances, con un sentido empírico y de pura oportunidad". "Toda as cuestiones políticas pueden dejar de serlas y, viceversa, pueden aparecer otras nacidas de los actos que hasta hoy no son considerados como tales". E, conclui:

(...) "El trasfondo de la tesis de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas exhibe una supuesta virtud de *prudencia política* y oculta — a nuestro entender — una razón de *imprudencia institucional* que se traduce en el notable acrecentamiento de la esfera del poder discrecional, que sustrae de la órbita de las facultades regladas no sólo los aspectos de oportunidad y conveniencia de los actos en cuestión, sino también el control mismo de la legalidad en el ejercicio del poder. Y esto parece grave" (*Teoría Constitucional*, Vol. II, Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 192-193).

Por tudo isso, considero inaplicável aos Estados e Municípios o precedente que inibe o controle jurisdicional do intervalo entre turnos de votação do processo reformador da União. A ausência de uma segunda Casa Legislativa torna especialmente relevante a existência de *interregno efetivo* entre os dois turnos de votação nas Casas Legislativas estaduais e municipais e as disposições expressas da Lei Fundamental (arts. 29 e 32) por isso o consagram. Sem o filtro real de duas sessões de *discussão e votação* — é isso que significa um *turno* — e o filtro de uma segunda casa legislativa, o processo de reforma constitucional nos Estados converteria as Cartas Estaduais em *direito flexível*. Foi o que tentou fazer, com violação do devido processo, a EC nº 27/2021, aprovada segundo fórmula de duas votações sucessivas imediatas, sem debate substantivo prévio, e sem o interregno de dez dias previsto e exigido no artigo 32 da Constituição, aplicável a todos os Estados da Federação.



As Cortes não podem ser indiferentes ao abuso do processo deliberativo das emendas constitucionais, especialmente se pretendem defender a democracia (ideia de uma democracia auto defensiva, em alemão referida como o *wehrhafte Demokratie* ou *Demokratie streitbare*). A interpretação realizada por lideranças ocasionais do poder legislativo sobre o sentido de limitações formais asseguradoras da própria rigidez da Constituição não traduz questão *interna corporis*. É questão constitucional, sobretudo quando ameaça atrofiar a discussão pública e parlamentar. Em uma democracia, *devido processo justo* é devido processo participado, aberto à crítica e à pluralidade de perspectivas, informado e motivado, permeável às minorias e à cidadania, não sendo indiferente que a cláusula do duplo turno de votação seja banalizada em dupla votação formal, sem debate, sem discussão e sem publicidade adequada.

NOTA

[1] O Art. 173 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia define o regime de urgência: "Urgência é a dispensa de exigências regimentais para que determinada proposição seja, de logo, considerada até o seu termo. Parágrafo único – O regime de urgência não dispensa, contudo: I – número legal; II – parecer de Comissão ou de Relator especial." Porém, no Art 180, III, o Regimento dispõe: "Art 180 – Não se admitirá a urgência: (...) III – para apreciação de veto, de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei orçamentária, de projeto de código e nas matérias incluídas nas atividades de julgamento e fiscalização da Assembleia".

Date Created

01/07/2021