

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ângela Maria Valentino

**A PROCESSUALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO NORMATIVA
LEGISLATIVA COMO REFERENCIAL DE DEMOCRATICIDADE: TEORIA DA
LEGITIMIDADE LEGIFERANTE**

Belo Horizonte

2015

Ângela Maria Valentino

**A PROCESSUALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO NORMATIVA
LEGISLATIVA COMO REFERENCIAL DE DEMOCRATICIDADE: TEORIA DA
LEGITIMIDADE LEGIFERANTE**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal.

Belo Horizonte

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

V161p Valentino, Angela Maria, 1984-
A processualização do procedimento de elaboração normativa legislativa como referencial de democraticidade: teoria da legitimidade legiferante / Angela Maria Valentino. – Belo Horizonte, 2015.
89 f. ; 29,5 cm + CD-ROM

Orientador: André Cordeiro Leal
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2015.

1. Processos - Brasil. 2. Estado de direito - Brasil. 3. Legislação - Brasil. I. Título. II. Leal, André Cordeiro. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342.537.4

**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho _____

Prof. Dr. Bruno Wanderley Júnior _____

MESTRANDA: ÂNGELA MARIA VALENTINO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“A PROCESSUALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO
NORMATIVA LEGISLATIVA COMO REFERENCIAL DE
DEMOCRATICIDADE: TEORIA DA LEGITIMIDADE
LEGIFERANTE”.**

NOTA: (85) *oitenta e cinco* _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 03/07/2015

À minha família e aos
amigos,

Sempre incentivando com carinho.

RESUMO

O procedimento de elaboração normativa legislativa no Estado Democrático de Direito não sofre nenhum tipo de controle ou fiscalização durante seu desenvolvimento, seja em esfera estadual, municipal ou federal. O objetivo da pesquisa é por meio de levantamentos teóricos, entender porque o procedimento de elaboração normativa não sofre nenhum controle ou fiscalização, mesmo sob o paradigma do Estado Democrático de Direito e como seria possível reverter essa prática. Para tanto, abordam-se conteúdos doutrinários relacionados ao tema, como conceito de processo para a doutrina processual civil e como esse conceito influencia a doutrina que aborda o procedimento legislativo. Durante o desenvolvimento da pesquisa, realizaram-se estudos acerca do Estado liberal, social, constitucional e democrático e o reflexo desses movimentos históricos na ciência do direito e do processo. Aborda-se a forma como se desenvolve o procedimento de elaboração normativa, bem como a relevância dos princípios constitucionais durante o desenvolvimento do procedimento de elaboração normativa. Destaque para a teoria da objetividade do conhecimento desenvolvida por Popper e a teoria neoinstitucionalista desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal. A teoria neoinstitucionalista cria uma nova via democrática na pós-modernidade criticando a legitimidade do poder estatal, e apresenta um novo paradigma de legitimação. Desenvolvendo a pesquisa utilizando argumentos teóricos para tanto, percebe-se que todas as ações estatais devem respeito e observância aos princípios constitucionais informadores do Estado Democrático de Direito. A partir da teoria neoinstitucionalista, o conceito de processo é ampliado, logo o desenvolvimento do procedimento de elaboração normativa legislativa também suplica por ampliação, e isso acontece por meio da processualização do procedimento de elaboração normativa como forma de legitimar a atuação do poder legislativo.

Palavras chave: Processo. Procedimento de elaboração legislativa. Estado Democrático de Direito. Teoria Neoinstitucionalista. Processualização.

RESUMEN

Las normas de redacción legislativa del procedimiento en un Estado democrático, no sufre ningún tipo de control o supervisión durante su desarrollo, sea a nivel estatal, local o federal. El objetivo de la investigación es por medio de encuesta teóricos, entender por qué el procedimiento de elaboración legislativo no sufre ningún control o supervisión, incluso bajo el paradigma del Estado democrático de derecho y cómo sería posible revertir esta práctica. Nos ocupamos de contenido doctrinal relacionado con el tema como el concepto de proceso en la doctrina procesal civil y cómo este concepto influye en la doctrina que se ocupa del procedimiento legislativo. Durante el desarrollo de la investigación se llevó a cabo estudios sobre el estado liberal, social, constitucional y democrático y el reflejo de estos movimientos históricos de la ciencia del derecho y del proceso. Ocuparse de la forma en que se desarrolla el procedimiento de elaboración legislativa y la pertinencia de los principios constitucionales durante el desarrollo de los procedimientos de elaboración normativa. Destacados la teoría de la objetividad del conocimiento desarrollado por Popper y la teoría neo-institucionalista desarrollado por Rosemiro Pereira Leal. La teoría neoinstitucionalista fundamentada en la teoría de la objetividad crea un nuevo camino democrático en la posmodernidad criticando la legitimidad del poder del Estado, y presenta un nuevo paradigma de legitimidad. En desarrollo la investigación por medio de los argumentos teóricos, darse cuenta de que todas las acciones del Estado deben respeto y observancia a los principios constitucionales informadores del Estado democrático de derecho. A partir de la teoría neo-institucionalista el concepto de proceso se expande, por lo que el procedimiento de elaboración de normativa también suplica por la expansión, que sucede a través de la procesualización del procedimiento de elaboración normativa para legitimar las acciones del poder legislativo.

Palabras clave: Proceso. Procedimiento de elaboración legislativa. Estado Democrático de Derecho. Teoría Neoinstitucionalista. Procesualización.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO.....	11
2.1 Breve história dos textos constitucionais	17
2.2 O giro paradigmático-constitucional: do liberalismo fundante do constitucionalismo moderno ao estado social.....	19
3 CONSTITUCIONALIDADE, LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: ORIGEM DA LEGALIDADE NO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO.....	24
3.1 A lei como objeto de discussão das sociedades	24
3.2 A parlamentarização do direito no Estado Liberal	27
3.3 A legalidade no Estado Social	30
4 PROCEDIMENTO LEGISLATIVO BRASILEIRO E SUA ORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	33
5 REGIMENTOS INTERNOS.....	36
5.1 Alterações dos regimentos internos.....	38
6 PROCEDIMENTO LEGISLATIVO NA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.....	40
6.1 O problema do procedimento de elaboração normativa legislativa.....	44
7 PROCESSO E PROCEDIMENTO PARA A DOGMÁTICA TRADICIONAL DO DIREITO PROCESSUAL E SUA INFLUÊNCIA NA DOGMÁTICA DO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO	46
7.1 Processo e procedimento para a dogmática tradicional do direito	46
7.2 As diferenças entre processo e procedimento para a doutrina do direito processual civil	50
7.3 Processo e procedimento na dogmática da produção legislativa: herança da indistinação.....	54
8 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA OBJETIVIDADE DO CONHECIMENTO EM KARL R. POPPER.....	60
8.1 A influência popperiana na teoria neoinstitucionalista do processo	64
8.2 O princípio da legalidade na teoria neoinstitucionalista do processo	65
8.3 Devido processo constitucional	71

9 A LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO – A NECESSÁRIA PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE LEGIFERATIVA.....	75
9.1 Exemplo de ausência de processualidade democrática	77
9.2 Teoria da legitimidade legiferante.....	78
10 CONCLUSÕES.....	81
REFERÊNCIAS	83

Angela Maria Valentino

**A PROCESSUALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO
NORMATIVA LEGISLATIVA COMO REFERENCIAL DE
DEMOCRATICIDADE: TEORIA DA LEGITIMIDADE LEGIFERANTE**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC.

Belo Horizonte, 2015.

Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal (FUMEC)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

V161p Valentino, Angela Maria, 1984-
A processualização do procedimento de elaboração normativa legislativa como referencial de democraticidade: teoria da legitimidade legiferante / Angela Maria Valentino. – Belo Horizonte, 2015.
89 f. ; 29,5 cm + CD-ROM

Orientador: André Cordeiro Leal
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2015.

1. Processos - Brasil. 2. Estado de direito - Brasil. 3. Legislação - Brasil. I. Título. II. Leal, André Cordeiro. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342.537.4

1 INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais devem orientar a atuação do Estado, seja em âmbito legislativo, executivo ou judiciário, no Estado Democrático de Direito. Assim, o *legislador* durante o desenvolvimento do procedimento de elaboração normativa legislativa deve também atuar sempre pautado pela constitucionalidade.

Torna-se importante destacar que o procedimento de elaboração normativa legislativa, como esta, não sofre nenhum tipo de controle ou fiscalização durante seu desenvolvimento e, portanto, revela-se como simples instrumento utilizado para justificar a vontade da autoridade.

A hipótese discutida é a de que, com base na teoria neoinstitucionalista do processo o procedimento de elaboração normativa legislativa influenciada pela dogmática jurídica processual tradicional justifica essa ausência de controle.

A importância de se analisar o problema reside no fato de que, no Estado Democrático de Direito informado pelos princípios fundamentais, não é admissível aceitar que o processo e o procedimento, em âmbito legislativo, se prestem a revelar a vontade da autoridade: o legislador.

Nesse sentido, a pesquisa se estruturou em dez capítulos. Sendo o primeiro capítulo dedicado a introduzir o tema. Dedicou-se, o segundo capítulo, a uma breve abordagem do constitucionalismo desde a antiguidade clássica até os dias atuais, considerando movimentos sociais, políticos, culturais e econômicos que influenciaram a legalidade criada a partir da constitucionalidade.

Assim, de maneira pontual, no terceiro capítulo, o estudo é voltado para a relação entre constitucionalidade, legalidade e legitimidade. Para isso, aborda-se a parlamentarização do direito desde o Estado Liberal, e o papel da legalidade no Estado Social.

No quarto capítulo, desenvolve-se um estudo acerca do processo legislativo brasileiro e sua organização constitucional, ressaltando a consolidação do poder constituinte originário em um período pós-ditadura.

No quinto capítulo abordam-se os regimentos internos das casas legislativas. Características intrínsecas dos regimentos internos como conceitos da doutrina tradicional e da jurisprudência serão objeto de um breve estudo, com o fim de aclarar temas centrais desta pesquisa, quais sejam: o que são; como acontece sua elaboração; e como acontecem suas alterações.

No sexto capítulo, será apresentado como referencial da pesquisa o procedimento legislativo na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, suas características: o

controle e (a ausência de) fiscalização do procedimento de elaboração normativa mineiro. O problema do procedimento de elaboração normativa legislativa e, por conseguinte, o devido processo legislativo como forma de possibilitar a criação de normas legítimas na medida, em que se torna o eixo central de democraticidade das leis.

No sétimo capítulo, levantam-se os conceitos de processo e procedimento para a dogmática tradicional do direito processual, a partir de Bülow e Fazzalari, e sua influência no procedimento legislativo, para, em seguida, no oitavo capítulo, abordar-se a contribuição da teoria da objetividade do conhecimento de Karl R. Popper para a teoria neoinstitucionalista do processo. Nesse mesmo capítulo serão feitas considerações sobre a teoria neoinstitucionalista e o devido processo constitucional, bem como sobre o princípio da legalidade à luz da teoria neoinstitucionalista do processo.

Por fim, o nono capítulo abordará a questão motriz desta pesquisa, isto é, a necessária processualização da atividade legiferativa para tornar legítimo o procedimento legislativo alicerçado na teoria neoinstitucionalista do processo. Para tanto, aborda-se o que a doutrina diz sobre o tema, apresenta exemplo prático de ausência de processualidade democrática, bem como a teoria da legitimidade legiferante.

No décimo capítulo, tendo em vista todo o conhecimento colacionado, apresenta-se a teoria da legitimidade legiferante como solução para a processualização do procedimento de elaboração normativa.

2 BREVE HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo, em acepção ampla¹, talvez esteja mesmo presente na história da humanidade desde a antiguidade.

Na antiguidade grega e romana são encontrados traços constitucionais. Na Grécia antiga, escritos políticos (normas) regulavam a atuação do Estado. Em Roma, a palavra *constitutio* designava o entendimento de que o “[...] príncipe assumiu o poder de emitir normas com valor de lei, chamadas *constitutiones*²” (SALDANHA, 2000, p.16).

Segundo Saldanha (2000), a idade média não foi a *idade das trevas* de mandos absolutos e de poder ilimitado.

A imagem hoje mais aceitável, ao que parece, é a de que na Idade Média o poder sempre foi limitado, repartido, refratado. E isto por vários motivos: a concepção teocêntrica das coisas, a idéia de que todo poder vinha de Deus e passava ao rei através do povo, a valorização do costume como expressão da vida da comunidade, a dispersão dos centros de produção e de consumo, e a presença de graus e focos de poder nos vários feudos, nas cidades, nos parlamentos, no Império, no Papado, nos reinos (SALDANHA, 2000, p.17).

A tradição constitucional que tem suas raízes no final da idade média representa o confronto entre o direito consuetudinário e o direito religioso. Saldanha afirma que, na Europa medieval, a política estava atrelada à juridicidade, à religiosidade e ao tradicionalismo. Por isso, o constitucionalismo medieval buscava, essencialmente, limitar o poder.

Aparentemente, para nosso atual entendimento, as concepções medievais são como um entrelaçado de planos, envolvendo o direito divino e o consuetudinário em torno da problemática das relações entre o poder político e as limitações jurídicas. Dá para se entender, entretanto, que o essencial foi a limitação do poder, e que este (ao menos em teoria) não foi jamais absoluto, mas sempre compartilhado entre imperador e papa, entre reis e senhores, entre dimensões e lealdades, e ademais controlado aqui e ali por cortes e parlamentos. É essa limitação que autoriza historiadores a falar de um constitucionalismo medieval (Mac Ilwain e Kern, por exemplo) e mesmo a enxergar nas experiências medievais os germes do liberalismo moderno e da teoria constitucional (SALDANHA, 2000, p.36).

¹Pode-se identificar, pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado como a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (TAVARES, 2007, p.1).

²As *constitutiones* eram, portanto, normas provindas diretamente do poder do monarca, mas não atinentes a problemas genéricos, da estrutura do Estado (aqueles que corresponderiam hoje a uma “matéria” constitucional); eram normas referentes a recomendações administrativas, ou decisões remetidas a agentes especiais e a determinados grupos de pessoas, como no caso das *constitutiones ad Populum* (SALDANHA, 2000, p. 16).

O poder absoluto do rei era tema central do constitucionalismo medieval, em cujo cerne estava o direito de resistência limitador das ações do rei.

O direito de resistência correspondia a uma repulsa ético-política ao rei exorbitante e tiranizante, fundado no respeito à lei divina e ao pacto que assinalava o poder à comunidade e punha príncipe e povo num plano de mútuas obrigações; era exercido para recolocar uma ordem quebrada, para restaurar um vínculo violado e deste modo retomar uma continuidade enraizada no tempo (SALDANHA, 2000, p.38).

Movimentos pela derrubada dos regimes absolutistas da Europa eram movimentos constitucionalistas. “Entre os séculos XV e XVII as transformações ocorridas nos países europeus foram grandes, e corresponderam à confluência de várias ‘revoluções’: nas comunicações, na política, na técnica, na religião, na arte militar, na economia, na cultura” (SALDANHA, 2000, p.18).

No meio daquelas transformações, surgia o Estado Moderno, como concentração do poder e absorção de forças históricas. Com ele, se fariam “políticas” as questões culturais e econômicas. Com eles, as nações assumiram forma e papel na história, pondo-se o problema da soberania e, logo depois, o direito das gentes. Com ele e com a unificação das fontes e do ordenamento, fez-se possível o moderno juspositivismo, com diversas variantes e conexões. E é no Estado moderno ou sobre seu arcabouço, que se darão as alterações constitucionais trazidas pelas revoluções demoliberais burguesas, cujo acompanhamento doutrinário forma, precisamente, o pensamento constitucional em sua acepção própria, correspondente aos séculos contemporâneos (SALDANHA, 2000, p.18).

A superação da figura do rei ganha força, portanto, a partir dos ideais liberais. Saldanha (2000), ao explicar a superação do Estado absoluto, ensina que o poder dos reis, que antes se legitimava a partir da vontade divina, passou a ser legitimado por um contrato entre sujeitos livres – o contrato social.

O Estado moderno, como se sabe, havia nascido em termos absolutistas: a superação das antinomias feudais se deu com a concentração do poder e com o rebustecimento das dinastias. A luta política do liberalismo dirigiu-se a destruir o absolutismo, tanto retirando do rei o poder pleno, e distribuindo-o através dos poderes “divididos”, como restaurando sob novas formas a velha idéia de que a comunidade apresenta a verdadeira fonte do poder. Esta idéia era, agora, anexada à concepção do indivíduo como ponto de partida. E a noção do contrato servia em grande medida para isto: para fundar o poder,

aum tempo, sobre a anuência coletiva e sobre a individual. Ou seja sobre o consenso. A problemática da isenção do monarca em relação à norma positiva (*princeps, legibus solutus*), que já havia aparecido no diálogo platônico das leis, fez parte dos temas absolutistas que a crítica liberal revisou e condenou; e o fundamento da autoridade, antes procurado na vontade divina – inclusive presente na unção do rei e no caráter substancialmente sacro da coroa -, era agora encontrado no contrato social (não no modelo de Hobbes, mas no liberal) e na “vontade geral” de que Rousseau viria a falar (SALDANHA 2000, p.24).

Lembre-se, sobre esse aspecto, de que várias concepções desse contrato foram propostas. Hobbes (1974), por exemplo, propôs um fundamento não religioso para legitimar o poder, embora ainda impregnado do absolutismo. Para o autor, tratava-se de um contrato firmado já nos primórdios da humanidade.

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão. Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferir para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa chama-se REPÚBLICA *, em latim CIVITAS. É esta a geração daquele grande LEVIATÃ, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus imortal, a nossa paz e defesa. Pois, graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo na república, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de *conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz no seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros (HOBBS, 1974, p.147/8).

Hobbes (1974) não conseguia visualizar um Estado sem governo e sem lei e defendia a monarquia. Contudo, já sustentava a ideia do contrato como forma de evitar a guerra de todos contra todos, em que um poder acima dos contratantes e deles oriundo tivesse força suficiente para impor seu cumprimento.

Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza (que é uma

condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento, ele não é nulo. Pois aquele que cumpre primeiro não tem qualquer garantia de que o outro também cumprirá depois, porque os vínculos das palavras são demasiado fracos para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens, se não houver o medo de algum poder coercitivo. O qual na condição de simples natureza, onde os homens são todos iguais, e juízes do acerto de seus próprios temores, é impossível ser suposto. Portanto aquele que cumpre primeiro não faz mais do que entregar-se a seu inimigo, contrariamente ao direito (que jamais pode abandonar) de defender sua vida e seus meios de vida (HOBBS, 1974, p.43).

Segundo Hobbes (1974), a limitação do poder superior ou soberano deriva, no fim das contas, da liberdade do homem que renuncia à vontade individual e submete-se a um poder maior que estaria acima dos contratantes representado pelo Estado.

Este poder soberano pode ser adquirido de duas maneiras. Uma delas é a sarça natural, como quando um homem obriga seus filhos a submeterem-se, e a submeterem seus próprios filhos, a sua autoridade, na medida em que é capaz de destruí-los em caso de recusa. Ou como quando um homem sujeita através da guerra seus inimigos a sua vontade, concedendo-lhes a vida com essa condição. A outra é quando os homens concordam entre si em submeterem-se a um homem, ou a uma assembleia de homens, voluntariamente, com a esperança de serem protegidos por ele contra todos os outros. Este último pode ser chamado um Estado Político, ou um Estado por instituição. Ao primeiro pode chamar-se um Estado por aquisição. Vou em primeiro lugar referir-me ao Estado por instituição (HOBBS, 1974, p.56).

O que se vê, portanto, é que Hobbes (1974), embora contratualista mantinha-se adstrito à fundamentação do poder dos reis. Assim, a relação entre governantes e governados era intermediada por um contrato que legitimava o poder exercido pela monarquia.

Locke (1994), ao contrário, avança na deposição da monarquia de seu lugar político. Opositor do absolutismo monárquico, afirmou que os homens têm direitos anteriores ao governo, são iguais perante Deus, têm livre arbítrio e podem decidir sobre seu governo.

Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade. Esses homens podem agir desta forma porque isso não prejudica a liberdade dos outros, que

permanecem como antes, na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante (LOCKE, 1994, p.61).

As verdades vigentes pela força da autoridade não mais se sustentavam e era preciso dar racionalidade para o governo e para o poder. Montesquieu e Rousseau, por outro lado, apresentam a teoria da separação de poderes para legitimar a atuação da autoridade.

Assim, como síntese, o constitucionalismo do Estado moderno alicerçou-se no liberalismo e na exigência de separação de poderes, como forma de evitar o exercício arbitrário daqueles que o detêm, exigindo da constituição escrita eficácia para limitá-lo e garantir a liberdade.

A Revolução Francesa fortaleceu o movimento constitucionalista moderno. A constituição ganha mais força para limitar o poder estatal, proteger a liberdade do homem e garantir direitos fundamentais, entendidos esses como direitos contra o Estado. Miranda (2011, p. 160) afirma:

[...] diferentemente, o constitucionalismo moderno – produto da rotura histórica ocorrida no século XVIII nas ideias e nos fatos, ou apenas nas ideias – tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; declara uma vontade autônoma de refundação da ordem jurídica; e, declarando-a, pretende abarcar todo o âmbito do Estado, através de normas adequadas aos fins assumidos por governantes e governados em cada época histórica.

A revolução burguesa, ao questionar a legitimidade do poder soberano, apresenta traços modernos para justificar a relação entre governante e governado sob a perspectiva contratual.

Soma-se a essas questões um quadro econômico em que o comércio se desenvolve e cria novas condições para influenciar judeus e servos a lançarem-se em novas atividades comerciais e artesanais – o que os emancipa socialmente. Embora tivessem dinheiro, não tinham voz.

Esses indivíduos emancipados estavam, a cada dia, mais resistentes às interferências absolutistas. A aceleração da circulação de ideais liberais fortaleceu o movimento burguês que radicalizou o questionamento da validade da autoridade tradicional, propondo novos modelos acerca de como devem agir os governos e sobre o respeito aos direitos inafastáveis de seus cidadãos-sujeitos-privados.

Como elemento histórico condicionador do constitucionalismo e do pensamento constitucional, e em conexão vital com o chamado Estado-de-Direito, há que mencionar o liberalismo: como credo, como movimento, como sistema em ascensão. Não apenas sistema político ou econômico. O liberalismo representou todo modo de ser para a vida, nos tempos em que cresceu e dominou: para a vida individual e a coletiva, a oficial e a privada; para a literatura, para a pedagogia, o comércio, a legislação, a religião, as relações internacionais (SALDANHA, 2000, p.20 e 21).

O liberalismo nascente defendia, portanto, como demonstrado, em síntese, que, em nome da liberdade do homem, “[...] a construção do Estado dependia de um consenso, divisão de poderes princípio obrigatório, direito prevalecia em sua forma e a ética social repudiava as intervenções governamentais” (SALDANHA, 2000, p.21). Por isso é que, o constitucionalismo mostra sua presença em documentos que buscavam resguardar direitos individuais, mesmo que apenas de alguns e, de não, de todos os homens.

A constituição ocupa o lugar de expressão primeira da soberania e muda a história das sociedades. Após a generalização da adoção de constituições pelos estados nacionais, a constituição ganha destaque como centro de um movimento político e ideológico. Por isso, o pensamento constitucionalista é um dos principais pilares dos regimes políticos contemporâneos.

A constituição passa a representar um pacto entre os cidadãos que é referência e limite para atuação dos governos e dos indivíduos. Considerar-se que a constituição é vista como limitadora dos arbítrios do poder.

Para Canotilho (2003), existem vários constitucionalismos, dependendo da influência política, social, cultural de cada sociedade. Para o autor, constitucionalismo é a teoria que orienta o governo.

O constitucionalismo exprime também uma ideologia: “o liberalismo é constitucionalismo; é o governo das leis e não dos homens” (MC ILWAIN). A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa). Por isso se pôde afirmar já que o constitucionalismo moderno é, sob o ponto de vista histórico, um “produto da ideologia liberal”. Antropologicamente, a ideia de constituição liberal (melhor: a ideologia do constitucionalismo) orienta-se segundo o arquétipo do indivíduo autônomo, capaz de desenvolver a sua personalidade, de dominar o seu espaço existencial e de conformar livremente a sua “história” (teoria do individualismo possessivo) (CANOTILHO, 2003, p. 65).

Miranda (2011), corroborando as afirmações de Canotilho (2003), ensina que a constituição se adapta aos regimes políticos. Em seguida, elenca o autor as fases de evolução do direito consoante às constituições.

Há uma evolução que se opera em três fases: 1ª) até a primeira guerra mundial e À Constituição de Weimar de 1919; 2ª) entre elas e as novas constituições surgidas após a segunda guerra mundial, mormente a de Bona, de 1949; 3ª) e a seguir a esta Constituição, como sucede em Portugal e no Brasil, embora tardiamente, com as Constituições de 1976 e de 1988. Em síntese, a mudança de paradigma consiste na passagem da centralidade jurídico-positiva da lei na primeira fase para a centralidade jurídico-positiva da Constituição na terceira, com um período intermédio de recondução das normas constitucionais a preceitos pragmáticos sem aplicação imediata. E ela torna-se patente e decisiva no quadro dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2011, p.418).

Adiante, tratou-se, brevemente, da história dos textos constitucionais, com a finalidade de demonstrar como o movimento constitucionalista moderno se vincula à legalidade criada a partir da constitucionalidade.

2.1 Breve história dos textos constitucionais

A carta dos barões de 1215 representa o grande marco do constitucionalismo medieval, criando proteção a importantes direitos individuais.

O documento de 1215, assinado por João Sem Terra³, previa o estabelecimento de condições para exercício de seu poder. Continha garantias sobre como nobres só podem ser condenados por seus pares e como o rei só poderia criar tributos após consultar o conselho comum do reino. Isso porque o rei precisa pactuar com os barões.

A gênese da Magna Carta é bastante conhecida. Ela foi redigida e assinada, depois de uma série de lutas e contramarchas dentro de uma sociedade feudal, expressando o poder dos barões e a necessidade em que e viu rei de pactuar com eles. Observem-se as expressões iniciais do texto: “João, por Graça de Deus, rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e Aquitania, conde de Anjou: aos arcebispos, bispos, abades, condes, barões, justices, guarda-bosques, sherrifs, mordomos, servos, e a todos os seus vassallos” (SALDANHA, 2000, p.50 e 51)

³Irmão do rei Ricardo Coração de Leão que faleceu sem deixar descendentes.

A revolução gloriosa⁴ no final do século XVII, comandada por Guilherme de Orange, que assinou a declaração *Bill of rights*, reconhecendo o direito de o parlamento indicar todos os seus ministros de Estado, fortalece o parlamento inglês onde o poder é organizado por documentos escritos e dirigido por descendentes protestantes. “É nos séculos XVII e XVIII que se elaboram as bases modernas do pensamento liberal e do constitucionalismo” (SALDANHA, 2000, p.39).

O constitucionalismo se fortaleceu na América do Norte com os chamados contratos de colonização. A constituição americana remodelada apresenta um texto que supera o acordo do povo com o rei e apresenta um novo entre integrantes do povo. A suprema corte americana começa a entender que leis infraconstitucionais podem ser inválidas por contrariar previsões constitucionais e, assim, não só o Estado, mas também representantes do povo devem obedecer aos limites constitucionais.

As revoluções e movimentos sociais emergiam de ideais liberais. O homem buscava liberdade e limitação ao poder do monarca. O iluminismo emerge do racionalismo⁵ e outras características próprias da sociedade burguesa. (SALDANHA, 2000)

A revolução francesa foi marco divisor da história do constitucionalismo ao derrubar as instituições feudais, dando lugar ao modelo político constitucional contemporâneo. A experiência constitucional francesa se tornou referência para os povos que queriam criar limites para o poder e ordenar a atuação do Estado.

A revolução francesa foi laboratório do constitucionalismo. Igualdade, segurança, liberdade, participação e propriedade são problemas que permearam o nascimento do constitucionalismo francês moderno e continuam a instigar os estudiosos contemporâneos, como se viu.

A constituição Americana de 1787 e a Francesa de 1791 informaram a concepção de constitucionalismo liberal delineado pelo individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo.

⁴ Revolução gloriosa deu-se em razão do enfraquecimento da república que mostrou governo autoritário e arbitrária a restauração da monarquia, reaviva a guerra entre realeza e parlamento. Carlos II queria oferecer liberdade religiosa aos católicos enquanto o parlamento se opunha. Quando Carlos II faleceu, sem descendentes, assumiu Jaime II seu irmão católico que tomou medidas que desagradaram os protestantes. Quando sua mulher teve um filho, o parlamento buscou apoio de um nobre protestante holandês Guilherme de Orange casado com princesa inglesa. Orange reuniu um exército disposto a garantir a religião protestante na Inglaterra. Jaime II fugiu sem opor resistência.

⁵ O que se tem como racionalismo na cultura europeia dos séculos XVII e XVIII é, em princípio, o seguinte: primeiro, o fruto do antitradicionalismo renascentista e da chamada laicização da cultura; segundo, a influência de filosofias antiescolásticas como a de Giordano Bruno ou de Galileu e, sobretudo, a de Descartes, cujo racionalismo “geometrizante” foi base de muita coisa séria nos saberes de seu século e do seguinte (SALDANHA, 2000, p.40).

Assim, por seu apelo ao povo, a democracia é a base do constitucionalismo moderno. A constituição ganha força e alcança foros de movimento mundial.

Além disso, com o fortalecimento do constitucionalismo, a legalidade passa a ser centro do ordenamento jurídico estatal e chega a tentar reduzir os trabalhos científicos dos juristas a sua análise, explicação e interpretação (MIRANDA, 2011).

2.2 O giro paradigmático-constitucional: do liberalismo fundante do constitucionalismo moderno ao Estado Social

Do século XVIII ao Século XX se iniciam as revoluções que transformam a sociedade moderna. A quebra de feudos e hierarquias buscava libertação quando o homem deixa de ser súdito para ser cidadão. A revolução mais forte foi a Revolução Francesa, cujos ideais eram liberdade, igualdade e fraternidade. Essa revolução propiciou importantes mudanças institucionais para a civilização (BONAVIDES, 2011).

Com a revolução francesa, o homem ocupa o centro do poder na sociedade, e é a revolução francesa uma espécie do gênero revolução, que continha a mais forte das revoluções: a revolução espiritual e racional do homem, quando foi possível universalizar e declarar os direitos fundamentais.

Estado liberal e o Estado socialista frutos de movimentos que revolveram e abalaram com armas e sangue os fundamentos da Sociedade, buscavam, sem dúvida, ajustar o corpo social a novas categorias de exercício do poder concebidas com o propósito de sustentar, desde as bases, um novo sistema econômico adotado por meios revolucionários.

Já o Estado social propriamente dito - não o do figurino totalitário, quer de extrema esquerda, quer de extrema direita - deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa, e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, volvidos, de último, ao seu leito normal.

Afigura-se-nos, assim, o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos Fundamentais (BONAVIDES, 2011, p.32).

O constitucionalismo, conforme explicitado, se fortalece com a superação da figura do rei, a partir dos ideais liberais. O Estado Liberal se desenvolve atrelado à evolução histórica do conceito e da função do Estado e, por conseguinte, com o constitucionalismo moderno.

A constituição pretendia garantir a não intervenção do Estado na esfera decisória dos indivíduos. Logo, o Estado Liberal é fruto da vontade consciente dos indivíduos alicerçado no

contratualismo social, embora não raro, “[...] como o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura quem, na imagem bíblica se volta contra o Criador” (BONAVIDES, 2011, p.41).

O Estado Liberal entra em crise quando se conclui que o conceito de liberdade do liberalismo só seria correto se todos os homens fossem iguais.

Leva Vierkandt seu pensamento às últimas consequências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se todos os homens fossem dotados de igual capacidade.

Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome” (BONAVIDES, 2011, p.61).

Nesse mesmo sentido, leciona Magalhães (2002, p. 63) ao afirmar que “[...] numa segunda fase, ocorre uma evolução do conceito de cidadania, resgatando-se a idéia da igualdade jurídica, e não mais a propriedade privada como alicerce dos direitos fundamentais.”.

Assim, surge o Estado Social em busca de uma total liberdade somada à justiça social e econômica. Para Bonavides (2011, p. 39), “[...] o Estado social é a base das futuras democracias. Sem Estado social não há democracia, e sem democracia não há legitimidade.

O Estado social emana de influxos de justiça liberdade e igualdade cujo objetivo principal é garantir paz e justiça na sociedade. Assim, não deve ser compreendido de outra forma, que não seja aquele Estado democrático e humanizador.

Estado social, qual o entendemos, é democracia, não é decreto-lei nem medida de exceção.

É Estado de Direito, não é valhacouto de ambições prostituídas ao continuísmo dos poderes e dos mandatos.

É governo, não é tráfico de influencia que avilta valores sociais.

É poder responsável e não entidade pública violadora dos interesses do país e alienadora da soberania.

Estado social, por derradeiro, é a identidade da nação mesma, expressa por um constitucionalismo de libertação, por um igualitarismo de democratização e por um judicialismo de salvaguarda dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, Estado social é na substancia a democracia participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça, liberdade e segurança (BONAVIDES, 2011, p.11).

Para Habermas (2011), o Estado Social surgiu da crítica reformista ao direito formal burguês. Segundo esse modelo, uma sociedade econômica, institucionalizada por meio do direito privado (principalmente via direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado.

Assim, o Estado Social é alicerçado na noção de igualdade em que o Direito é concebido como mecanismo de resolução da desigualdade social provocada pelo paradigma do Direito formal burguês.

As constituições que eclodiram no Estado Social eram carregadas de planejamentos de ordem econômica e social, uma vez que o Estado se preocupa com o bem-estar de sua população e estabelece políticas econômicas de geração de emprego e repartição de riqueza a fim de gerar dignidade.

Como, por exemplo, a constituição mexicana de 1717 que incluía medidas relativas ao trabalho e à proteção social, e a constituição alemã de Weimar (1919), adotada após a derrota alemã na Primeira Guerra, apresenta inúmeros direitos fundamentais sociais⁶.

⁶“Dentre o extenso rol de direitos fundamentais de primeira geração constantes da Constituição de Weimar, destacam-se os seguintes: direito à igualdade (art. 109); igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); direito à nacionalidade (art. 110); liberdade de circulação no território e para fora dele (arts. 111 e 112); direito das minorias de língua estrangeira (art.113); inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); sigilo de correspondência e de dados telegráficos ou telefônicos (art. 117); liberdade de manifestação do pensamento (art. 118); vedação à censura, exceto para proteger a juventude e para combater a pornografia e a obscenidade [72] (art. 118, § 1º); proteção ao matrimônio e à família (art. 119) [73]; igualdade jurídica entre os cônjuges (art. 119); igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121); liberdade de reunião (art. 123); liberdade de associação (art. 124); direito ao voto secreto (art. 125); direito de petição ao Poder Público (art. 126); igualdade de acesso aos cargos públicos (art. 128); direito adquirido e reivindicáveis perante o Poder Judiciário, em tema aspirações patrimoniais de servidores públicos e soldados de carreira (art. 129, ‘caput’ e § 3º); liberdade de consciência e crença religiosa (art. 135); separação Estado/Igreja (art. 137); liberdade de associação religiosa (art. 137, § 1º) e liberdade de sindicalização (art. 159). Dentre os direitos de segunda dimensão – que conferem o caráter social à Constituição de Weimar – devem-se destacar as seguintes garantias: proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a ‘bolsa estudos’, ou seja, à ‘adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, afim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos’ (art. 146, § 2º); função social da propriedade [74]; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1º); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (arts. 157 e art.162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (Art. 161 - previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).” Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15422-15423-1-PB.htm>>Acesso em: 10 mai 2015.

A constituição alemã tentou equilibrar desenvolvimento econômico com justiça social. Os direitos fundamentais se irradiam por todo ordenamento, e todas as áreas do direito passam a ser orientadas por essa proposta constitucional. “Assim, a constituição deveria, enquanto produto legislativo, ser entendida como uma aplicação dos princípios jurídicos gerais” (SALDANHA, 2000, p.193).

As constituições que eclodiram no Estado Social eram carregadas de planejamentos de ordem econômica e social, uma vez que o Estado se preocupa com o bem-estar de sua população e estabelece políticas econômicas de geração de emprego e repartição de riqueza a fim de gerar dignidade. Nesse sentido, Magalhães (2002, p. 68 e 69) leciona,

[...] as constituições sociais elevam os direitos sociais e econômicos ao nível de norma fundamental, havendo uma ampliação do leque de direitos fundamentais, somando-se estes ao núcleo liberal de direitos individuais e políticos. Entretanto a leitura oferecida a tais direitos é ainda numa perspectiva liberal. Os direitos individuais são vistos como direitos contra o Estado e a liberdade fundamental existe se o Estado não intervém no livre espaço de escolha individual.

A Constituição social agregou novos direitos e, também, alterou a estrutura do Estado. O Estado é responsável pela realização dos direitos sociais e pelo planejamento econômico. As responsabilidades que foram atribuídas ao Estado Social (provedor) não possibilitaram o cumprimento das promessas de segurança e igualdade social. O Estado provedor enseja o clientelismo que, somado ao custo burocrático, resulta na crise do Estado Social (HABERMAS, 2011).

As normas de caráter social, às vezes, resultavam em efeitos contrários ao seu objetivo inicial. Habermas (2011) cita o exemplo das políticas feministas: a proteção legal da maternidade no ambiente de trabalho tem como efeito indesejado agravar o risco de desemprego das mulheres, uma vez que as normas de proteção acabavam por reforçar sua segregação pelo próprio mercado de trabalho, situando-as nos grupos de salário mais baixo, pois um direito de divórcio mais liberal sobrecarregou as mulheres com as consequências da separação e, finalmente, na medida em que o esquecimento das interdependências entre as regulações do direito social, da família e do trabalho fez com que as desvantagens específicas do sexo se acumulassem. (HABERMAS, 2011)

Contudo, o Estado Social entra em crise em razão da ineficiência quanto à distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. O supracitado autor critica a centralização do poder apenas na coisa pública (administração pública). No Estado Social, a centralização do

poder impede materialização da liberdade individual, uma vez que o Estado se torna insensível ao que o cidadão tem a dizer. (HABERMAS, 2011)

O que se vê é que, segundo o autor, tanto o Estado Liberal, quanto o Estado Social se revestem de falta de legitimidade, isto porque “[...] uma ordem jurídica é legítima na medida em que se assegura a autonomia privada e autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias” (HABERMAS, 2011, p.147)

3 CONSTITUCIONALIDADE, LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: O PROCEDIMENTO LEGISLATIVO

Neste capítulo abordar-se-ão a constitucionalidade, a legalidade e a legitimidade do procedimento legislativo, a fim de permitir que a lei, enquanto fruto da atividade parlamentar, seja tratada como foco de discussões na sociedade.

Como dito, a constitucionalidade promove a legalidade ao centro do ordenamento jurídico. A legalidade, por sua vez, está atrelada à elaboração de leis pelo sistema parlamentarista⁷, (Bonavides, 2000, p. 141) explica que

[...] o princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibussolutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

O princípio da legalidade permite uma abordagem direta da lei em sentido estrito, atrelada à atividade parlamentar. Assim, no próximo item, a lei será estudada enquanto referencial de conduta da sociedade.

3.1 A lei como objeto de discussão das sociedades

Desde a antiguidade, a lei, em sentido amplo, como referencial de conduta, é objeto de discussão, seja para organizar o homem em sociedade, seja para garantir direitos. Lloyd (1998)⁸, em sua obra *A idéia de lei*, inicia sua pesquisa perguntando se a lei é necessária. A

⁷“Em nossa humilde opinião, o sistema parlamentarista contemporâneo, que remove a pretensa incomunicabilidade dos poderes, que impõe a supremacia do Legislativo e constitui ordem qualitativamente superior de organização política do Estado, é o sistema que mais se compadece com a moderna proteção constitucional da liberdade, proteção que deixa de ser preponderantemente jurídica (democracia presidencialista) para se tornar política, dissolvendo, contudo, a antinomia Estado-indivíduo” (BONAVIDES, 2011, p. 86).

⁸Torna-se importante destacar que Lloyd (1998) em sua obra *A idéia de lei* apresenta um estudo amplo sobre o tema e não define um conceito determinado para a utilização de *lei*. “A idéia de lei como fator na cultura humana apenas serve para demonstrar como é grande a obrigação daqueles a quem cabe expô-la, assim como aplicá-la na prática, de se esforçarem continuamente por reavivar essa imagem, conservá-la brilhante e sujeitá-la à constante reanálise, a fim de mantê-la em contato com as realidades sociais do período” (LLOYD, 1998, p.420). Apesar da polissemia inerente ao termo, que pode significar norma, em sentido amplo; de textos jurídicos, para se referir aos escritos normativos; e de lei, em sentido estrito, para aludir aos textos jurídicos produzidos por um parlamento. O autor afirma que, em tempos modernos, a ideia de lei tem estado associada à ideia de um poder soberano detentor de autoridade para fazer e desfazer leis (LLOYD, 1998,).

inteligente e importante pergunta permite um levantamento sobre a ideia de lei que as sociedades desenvolveram com o passar dos anos.

O autor explica que, independentemente de se obter uma resposta negativa ou positiva à pergunta que propõe, é estabelecido um processo de avaliação “[...] quanto ao objetivo ou propósitos fundamentais do homem, e quanto àquilo de que ele necessita para a consecução desses objetivos” (LLOYD, 1998, p.3).

É importante destacar o quanto a pergunta enseja uma resposta esclarecedora. Segundo o autor, a lei (ampla e genérica) é necessária de acordo com os objetivos e propósitos do homem e como ele necessita desses objetivos.

Antes do parlamento, no período absolutista, as normas, hauridas de textos jurídicos ou não, eram elaboradas e impostas pelo rei que determinava as liberdades sociais dos indivíduos.

Assim, o absolutismo, radicaliza a insegurança em relação à autoridade e logo reage negativamente. “Todas as eras – e certamente a nossa não é exceção – produzem indivíduos ou grupos que sentem uma inquietude geral com relação a toda a autoridade e que reagem a esse sentimento dando margem a vários atos ou manifestações contra as forças da lei e da ordem” (LLOYD, 1998, p.2).

Segundo o autor, na consciência da humanidade, desde a antiguidade, “[...] se penetrarmos abaixo da superfície, encontraremos na mitologia muita coisa que é fundamental nas atitudes e nos propósitos humanos” (LLOYD, 1998, p.21). Ainda em seu pensamento, sem autoridade e força, o homem não sobrevive. Exemplo disso é que, na Mesopotâmia, o universo era visto como um Estado em que os deuses governavam.

O universo era visto como um estado em que os deuses governavam, mas uma distinção crucial foi estabelecida entre o papel das duas principais divindades na hierarquia. Por um lado, os deuses do céu promulgavam decretos que exigiam obediência pelo próprio fato de manarem da divindade suprema. A obediência era, pois, uma necessidade inelutável, um imperativo categórico que não admitia discussão. Anu era o próprio símbolo da autoridade na ordem cósmica. Entretanto, esses antigos adoradores da autoridade divina, por mais absoluta e irrestrita que pudesse ser, reconheciam, mesmo assim, que não existia nenhuma garantia de obediência automática às ordens vindas do alto. Portanto, disposições tinham de ser tomadas para punir os recalcitrantes, fossem eles deuses ou mortais. Logo, foi invocado o poder da tempestade, o poder compulsório, o deus da coerção, que executa as sentenças dos deuses e os conduz na guerra (LLOYD, 1998, p.21).

A soberania das leis é matéria recorrente que tem origem na antiguidade e que é fruto de um desdobramento de experiências milenares (NOVAIS, 2006).

Na Grécia “[...] o domínio e a generalidade das leis eram justamente assinaladas como garantias contra a tirania do governo dos homens na medida individual”(NOVAIS, 2006, p.30).

Segundo Novais (2006, p. 30), Aristóteles “[...] considera o domínio das leis (<<razão sem paixões>>) como uma soberania equivalente ao <<governo de Deus e da razão>>, contrapondo-a à soberania dos homens equivalente a um <<impulso animal>>.”

O mesmo autor também cita Platão como defensor das leis: “[...] as melhores condições possíveis na vida de um Estado seriam atingidas quando a lei, expressão dos <<ditames da razão>>, fosse ela <<própria o soberano absoluto dos governantes e os governantes apenas os escravos da lei>>” (NOVAIS, 2006, p.31).

Santo Agostinho refere-se à lei em sentido amplo e leciona que “[...] a lei era necessidade natural para reprimir a natureza pecadora do homem e predominou por muitos séculos” (LLOYD, 1998, p.9).

A afirmativa de Santo Agostinho serviu de alicerce para Santo Tomás de Aquino que afirma que “[...] o Estado não era um mal necessário, mas um alicerce natural no desenvolvimento do bem-estar humano” (LLOYD, 1998, p.10).

Novais (2006) leciona que, na idade média, marcada pelo absolutismo monárquico, o sistema político era fundado no vínculo entre suseranos e vassalos.

Entre estes elementos cabe destacar as chamadas cartas de franquia ou os forais ibéricos, que constituíam verdadeiras convenções ou pactos entre os suseranos e a aristocracia feudal, traduzindo-se numa limitação efectiva do Príncipe e na aquisição pelos indivíduos de direitos específicos; tal facto tem autorizado a ver nestes documentos os primórdios das modernas declarações de direitos e as raízes da concepção moderna dos direitos fundamentais, tanto mais quanto a autoridade débil, vendo-se obrigada a respeitar aqueles direitos, tendia a justificá-los filosoficamente considerando-os como direitos naturais (NOVAIS, 2006, p.35 e 36).

Conclui, com isso, o autor, que as regras, enquanto convenções e pactos que orientam o agir humano, estão presentes em sociedades desde as mais simples até as mais complexas. Fazem-se necessárias para organizar a vida em sociedade.

Assim, a lei, em sentido amplo, começa a ser vista como algo positivo, como uma direcção em busca do bem-estar do homem. Assim, “[...] a lei passou a ser considerada não uma força puramente negativa, para coibir o mal, mas antes um instrumento positivo para concretização

daquelas metas pra as quais os impulsos bons ou sociais do homem tendem a dirigi-lo” (LLOYD, 1998, p.10).

Trabalhar-se-á, no tópico seguinte, a lei enquanto fruto da atividade do parlamento, a fim iniciar a discussão sobre o procedimento de elaboração normativa.

3.2 A parlamentarização do direito no Estado Liberal

Essas regras que orientam o agir humano, sejam elas compulsórias ou meramente aconselhadoras, surgem de tradições e repetições não escritas que acabam se materializando, de forma escrita, no parlamento moderno por meio da submissão a diversos procedimentos.

Torna-se importante destacar que, neste trecho do trabalho, tratar-se-á da lei em sentido estrito, ou seja, referir-se-á às normas hauridas de textos jurídicos produzidos pelo parlamento.

Seguindo a afirmativa da ideia de lei associada a uma autoridade soberana, desenvolve-se o tópico em questão tendo em vista a abordagem quanto à parlamentarização do direito, ou seja, lei enquanto fruto da atividade parlamentar.

Para limitar a atuação do Estado, o direito escrito, ou seja, aquele produzido em sentido amplo, e o constitucionalismo mostraram-se essenciais. Paulatinamente, o direito escrito suplantou aos poucos a *velha* ordem consuetudinária, e correspondendo ao racionalismo burguês laico e racional, condicionando uma nova experiência do jurídico (SALDANHA, 2000).

A legalidade representa um importante avanço para o cidadão frente ao Estado, uma vez que garante efetiva limitação ao poder estatal, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, bem como a atuação do Estado deve obedecer aos comandos legais, ou seja, Estado deve atuar de acordo com o que determina e permite a lei⁹ parlamentarizada.

Nesse sentido, o princípio da legalidade procura adequar os comportamentos dos indivíduos e do Estado com fundamento nas normas jurídicas hauridas de textos produzidos pelos parlamentos. Com a consolidação do Estado constitucional, a lei escrita, como expressão de vontade da maioria, ganha força.

⁹“O princípio da legalidade administrativa tem, portanto, para a administração pública, um conteúdo mais restritivo do que a legalidade geral aplicável à conduta dos particulares (CF, art.5º, II). Por outro lado, para o administrado, o princípio da legalidade administrativa representa uma garantia constitucional, exatamente porque lhe assegura que a atuação da administração estará limitada ao que dispuser a lei” (ALEXANDRINO e PAULO, 2013, p.188).

Influenciado pelos ideais liberais, o princípio da legalidade impõe limites para o Estado e para o homem. Por meio do princípio da legalidade, na Inglaterra, o absolutismo do rei perdeu espaço para o absolutismo da assembleia parlamentar por meio do princípio da legalidade, que entendia o direito como aquilo que estava previsto na lei. A isso se denomina Estado de direito que, na concepção dos liberais, serviu de apoio para os direitos do homem¹⁰.

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, executivo a independência e imparcialidade do e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito que configura uma grande conquista da civilização liberal (SILVA, 2007, p. 112 e 113).

Veja-se que, no Estado de direito fica bem demarcado o conceito de lei, que deixa de ser indeterminado, ou seja, visto apenas como norma, não importando a origem, para ser visto no sentido de lei, como produto escrito da atividade legislativa.

O conceito de Estado de direito emanou em um ambiente que clamava como demonstrado, por medidas socioeconômicas suplicadas pela burguesia. Assim, no Estado liberal, a burguesia via o Estado de direito como organização jurídica das atividades do Estado (SCHAPIRO, 2004).

No Estado de direito, o Estado deve agir de acordo com as normas produzidas pelo parlamento, e o princípio da legalidade no Estado liberal permite a racionalização e judicialização da atuação do Estado, bem como tutela os direitos humanos (SCHAPIRO, 2004).

Nesse sentido, a atuação do Estado era obrigada a cumprir a lei. Daí surge a noção de reserva legal:

Ora, se toda a atuação do poder público estava fadada ao cumprimento e ao respeito da lei, o corolário disto é o princípio da reserva legal absoluta, pois

¹⁰«Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade destrói qualquer idéia de Estado de Direito» (SILVA, 2007, p. 114).

todas as questões careciam de tratamento legal e exclusivamente legal. É notável, então, que a legalidade liberal tinha na lei formal o critério exclusivo de conformação da atuação do Estado, vale dizer: a intenção de se racionalizar o exercício do poder político, outrora transcendente, se traduziu no século XVIII, na atuação legislativa parlamentar.

Isto porque, a lei era concebida como fruto da “vontade geral”, o que fazia dela não apenas um critério, mas o adequado critério para limitação do poder político estatal, nos moldes liberais (SCHAPIRO, 2004, p.238).

A lei passa a ser fruto da vontade geral abstrata e universal, elaborada pelo parlamento e imposta, inclusive, sobre o Estado. Assim “[...] a atividade estatal estava vinculada à permissão de um ato legislativo emanado do parlamento” (SCHAPIRO, 2004, p.239).

Nesse contexto, a legalidade, no Estado de direito liberal, alicerçou “[...] a abstenção do Estado dos processos econômicos e sociais” (SCHAPIRO, 2004, p.239).

É importante destacar que o pressuposto do Estado liberal é a observância da forma da lei parlamentarizada, que, respeitada, gera legitimidade¹¹. Habermas (2004) destaca as vantagens e desvantagens do modelo republicano/liberal.

O modelo republicano tem vantagens e desvantagens. A vantagem, vejo-a que se atém ao sentido democrata radical de uma auto-organização da sociedade por cidadãos unidos comunicativamente, e em não fazer com que os fins coletivos sejam derivados somente de um arranjo entre interesses privados conflitantes. Vejo sua desvantagem no idealismo excessivo que ha em tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos orientados para o bem comum. Mas a política não se constitui somente, e nem mesmo primariamente, de questões relativas à auto-compreensão ética dos grupos sociais. O erro consiste em um estreitamento ético dos discursos políticos (HABERMAS, 2004, p.284).

No Estado Liberal “[...] a democracia programa o Estado para que ele possa atender interesses da sociedade: imagina-se o Estado como aparato da administração pública e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social delas” (HABERMAS, 2004, p.278).

¹¹Inicialmente, a legitimidade estava relacionada a valores transcendentais onde o poder era transmitido de pai para filho e eram outorgados poderes divinos aos reis. Com a codificação e a nova posição do homem que passa a ser questionador, a legitimidade passa a ser relacionada com a legalidade. A legitimidade surge no período de formação das sociedades modernas superando o modelo aristocrático e o ingresso do povo na política. Enquanto a legitimação esta relacionada à técnica que torna aceitável a decisão.

O sociólogo alemão Max Weber elaborou um importante estudo sobre a legitimidade. Analisando a legitimidade, Weber afirma que a dominação depende de obediência e questiona o que legitima a dominação e a obediência. O conceito de legitimidade de Weber, esta ligado à legalidade “[...] a dominação costuma apoiar-se internamente em bases jurídicas, nas quais funda sua “legitimidade”.” (WEBER, 1999, p. 128). Weber ensina que haveria três possíveis fundamentos para a legitimidade da dominação política: crença no carisma, na tradição e na racionalidade baseada na legalidade. E é a legalidade que justifica a dominação do direito nas sociedades modernas (WEBER 1999).

No Estado Liberal o cidadão tem direito de escolha perante o Estado e os demais cidadãos. O cidadão escolhe, por meio das eleições, como forma de fazer valer seus interesses privados (HABERMAS, 2004).

Nesse sentido, o Estado Liberal democrático pautado pela legalidade fortalece a parlamentarização do Estado.

Após discorrer sobre como se deu a parlamentarização no Estado Liberal, no próximo item, abordar-se-á o desenvolvimento do princípio da legalidade no Estado Social.

3.3 A legalidade no Estado Social

Assim como ocorreu a superação do Estado absolutista, tendo em vista novos anseios sociais, a sociedade industrial do século XVIII, carregada de novas características econômicas e sociais que não se coadunam com a realidade liberal, ensejava mudanças.

Nesse sentido, “[...] o velho liberalismo não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletariadas da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise” (BONAVIDES, 2011, p.188). Com o fortalecimento da industrialização, o Estado liberal abstencionista foi superado por uma reformulação em que se tornava necessária a intervenção do Estado nos processos econômicos e na elaboração de políticas sociais.

Assim, a formatação conceitual do Estado de Bem-Estar Social, construída desde os anos 50, do século passado, representou a participação do Estado no financiamento da economia capitalista – garantindo de um lado a acumulação do capital, diante da nova fase de desenvolvimento capitalista; e de outro, garantindo a reprodução da força de trabalho, ante as necessidades crescentes de políticas sociais universais (SCHAPIRO, 2004, p.241).

O Estado desvencilhou-se do domínio burguês e passou a buscar a conciliação de conflitos sociais. Nasce o Estado Social. “Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado Social” (BONAVIDES, 2011, p.185).

O Estado Social age em busca de capital que viabilizasse a inovação tecnológica e promovendo serviços públicos como saúde e educação. Para tanto, mudou a forma de circulação do capital e passou a intervir nas relações econômicas.

Enquanto o Estado liberal entende o poder político como exclusivo do parlamento, que evita a arbitrariedade e a vontade unilateral do príncipe, no Estado Social, este se estende ao poder executivo, que passa a também *legislar*, no sentido de que ele próprio cria normas (origem não parlamentar) para instrumentalizar suas ações.

Como visto, no Liberalismo, o princípio da legalidade tinha como pressuposto o pensamento político contratualista de Locke e Rousseau; certo que, concebido como instrumento de proteção dos direitos naturais, fizesse-se coincidir integralmente com outro princípio, o da reserva de lei. Com a politização do Direito e a publicização dos conflitos sociais no âmago do Estado, características típicas do Estado de Bem Estar Social, o princípio da legalidade destaca-se do princípio da reserva de lei, sendo uma considerável e primeira constatação da nova adjetivação assumida pela legalidade. Isto, pois, com a necessidade do Estado de dar respostas para casos concretos, não poderia contar apenas com leis formais, que não instrumentalizassem sua ação (SCHAPIRO, 2004, p.242).

Assim, o Estado Social inaugura uma nova *legalidade* no sentido de que há também normas escritas desvinculadas da forma de lei parlamentar.

Contudo, a atuação do executivo deve ser por derivação, ou seja, dando eficácia à lei de origem. Nasce assim as leis-medida. “As tais Leis-medida estipulam contornos e autorizam o Executivo a desempenhar, naquela moldura, a função normativa” (SCHAPIRO, 2004, p.244).

Há um enfraquecimento do princípio da legalidade no Estado Social a favor de uma proliferação normativa de origem diversa. Ao permitir produção de normas escritas pelo poder executivo, não há eliminação da função do parlamento.

Saliente-se que a deslegalização acima referida não significa uma eliminação da lei parlamentar como fonte de estatuição primária; como cuidamos de tratar, a adaptação do princípio da legalidade é dialética, decorrendo da síntese alcançada a manutenção da reserva legal para determinadas matérias. Conforme se aludiu, a habilitação de competência não é o único papel reservado à legalidade no Estado de Bem-Estar Social; ao lado da lei como autorizadora da função normativa, exsurge um segundo papel, e de muitos interesses, qual seja o que decorre da manutenção do princípio da reserva de lei. Assim como é verdade que o WelfareState procedeu a uma disjunção de ambos os princípios, é igualmente verdade que não eliminou nenhum deles (SCHAPIRO, 2004, p.244).

Assim, no Estado Social, há um inchaço do papel normativo do poder executivo e, conseqüentemente, uma mitigação do conceito de separação de poderes, tornando o executivo também um legislador, em nome do bem-estar social.

Habermas (2011) afirma que, no Estado Social, a materialização do direito traz consequências para atuação do poder executivo e, por conseguinte, para divisão funcional de poderes.

Em nosso contexto, é mais importante saber que o desengate entre o poder administrativo autônomo e as normas do Estado de direito traz consequências. Uma administração que se programa a si mesma tem que abandonar a neutralidade no trato com normas, prevista no esquema clássico da divisão de poderes. Sob este aspecto, não se observa nenhuma tendência à objetivação. Na medida em que a administração assume as tarefas do legislador político e passa a desenvolver programas próprios, ela tem que decidir por conta própria a questão da fundamentação e da aplicação de normas (HABERMAS, 2011, p.180).

O Estado Social sofre influências dos movimentos socialistas e das conquistas dos direitos sociais como saúde, educação, moradia dignidade e, ao mesmo tempo, mantém as conquistas do liberalismo referentes à liberdade individual que se amplia levando a liberdade a todos, o que não ocorria no Estado liberal clássico.

Estado Liberal é pautado pela conquista dos direitos individuais e pelos direitos políticos restritos ao homem. O Estado Social representa uma releitura desses direitos fundamentais, tendo em vista a minimização do direito de liberdade. Uma vez que, além dos direitos individuais e políticos, direitos relativos à vida, liberdade, propriedade, direitos políticos de votar ser votado, vai acrescer direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, bem como o aparecimento de novos direitos sociais como saúde pública, educação pública, moradia e os direitos econômicos, em que o Estado regula a economia, diminuindo as liberdades, em nome da justiça econômica e social.

O Estado contemporâneo, portanto, forma-se com base nas experiências vividas nos Estados Liberal e Social, com exigências de diferentes compreensões de democracia e diferentes relações com a lei parlamentarizada. Para Bonavides (2011), o Estado contemporâneo “[...] compreende direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos sociais, aos direitos da fraternidade e finalmente o direito à democracia” (BONAVIDES, 2011, p.161).

4 PROCEDIMENTO LEGISLATIVO BRASILEIRO E SUA ORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para iniciar a discussão acerca do chamado *procedimento legislativo* brasileiro, em sentido amplo, faz-se mister ressaltar os caminhos determinados pela Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, observa-se o preâmbulo da Constituição.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Torna-se importante esclarecer quem seriam os *representantes*. Os representantes eram congressistas, mais precisamente, 559 membros, entre eles, deputados federais e senadores eleitos em 1986 e que tomaram posse em fevereiro de 1987 que foram convocados pelo Presidente da República José Sarney.

Liderada por Ulisses Guimarães, do PMDB, os membros da Assembleia Constituinte eram apoiados pelo poder executivo e eram em sua maioria parlamentares do PMDB, PFL, PTB, PDS e outros partidos menores.

Em um texto comemorativo sobre os vinte anos de Constituição, José Sarney afirma que a constituinte era livre para deliberar. “Tendo convocado a Assembléia Constituinte de 1987, dei-lhe plenas condições de trabalhar em paz e liberdade foi a constituinte mais livre do Brasil, sem peias e interferências” (DANTAS, 2008. p. 14).

É interessante destacar que o poder constituinte foi convocado por meio da emenda constitucional n. 26, de 27/11/1985, no governo de José Sarney, primeiro presidente civil após a ditadura militar, a fim de que se elaborasse a nova ordem constitucional.

Levado, por força da fatalidade, a Presidência da República, me coube convocar a Assembléia Nacional Constituinte. Em 28 de junho enviei ao Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional dando aos parlamentares a serem eleitos em novembro de 1986 "poderes para elaborar e promulgar a nova lei fundamental e suprema do País" (DANTAS, 2008. p. 14).

Analisando-se a redação do artigo 1º da Emenda constitucional, resta clara a convocação livre e soberana: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional” (BRASIL, 1985).

Sabendo-se que a Constituição da República de 1988 nasceu¹² de um poder constituinte originário formado por congressistas, seu artigo 1º afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal. No mesmo artigo, em seu parágrafo único, diz, “[...] todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente¹³”.

No artigo 2º, a constituição afirma que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹⁴.

Destaca-se que no Título III, trata da organização do Estado e no Título IV, trata do poder legislativo.

Na constituição, resta claro que todos os entes da federação são autônomos e tem poderes para legislar: a União por meio do Congresso Nacional; estados por meio das assembleias legislativas; e os municípios via câmaras municipais são livres para legislar.

É imperioso destacar que o artigo 24 da Constituição da República trata da legislação concorrente e afirma que a União tem competência limitada em estabelecer normas gerais, bem como deixa claro que, inexistindo norma geral, o Estado exerce competência legislativa plena.

¹²A promulgação da Constituição Cidadã, cujo sistema de direitos fundamentais, como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva do movimento de retorno ao direito no País. Não se trata como poderia parecer a primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pode reencantar o mundo. Seja pela doação do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do judiciário, é no âmbito do constitucionalismo brasileiro que se pretende resgatar a força do direito (CITTADINO, 2004, p. 14).

¹³ Nesse momento, a Constituição da República consagra a democracia representativa e participativa.

¹⁴ A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes. A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmara, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula a ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder. A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2007, p 108).

Importante lembrar que os estados têm autonomia para também legislar, desde que observem o texto constitucional.

Para fins da temática deste estudo, cita-se o art. 27, §3º que trata dos regimentos internos de forma geral e ampla.

Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

§ 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

§ 3º - Compete às Assembléias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos.

§ 4º - A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual (BRASIL, 1988).

Vê-se, portanto, que o poder constituinte originário definiu na Constituição da República a competência para elaboração dos regimentos internos às assembleias legislativas. Após levantamento de origem constitucional, no item seguinte, realizar-se-á pesquisa relacionada aos regimentos internos, a fim de esclarecer como são elaborados e qual é a interpretação da doutrina e a jurisprudência sobre o tema.

5 REGIMENTOS INTERNOS

De acordo com o texto da Constituição da República, a Assembleia Legislativa disporá sobre seu regimento interno¹⁵. Em atendimento à determinação, a Constituição Estadual de Minas Gerais prevê a elaboração do regimento interno da Assembleia Legislativa¹⁶.

A iniciativa da lei que trata do Regimento Interno também está bem definida na Constituição Estadual no artigo 66¹⁷.

De acordo com o artigo 55 da Constituição Estadual¹⁸, o regimento interno é de competência privativa da Assembleia Legislativa e de iniciativa da mesa da Assembleia, com prazo fixado em 180 dias após a promulgação da Constituição Estadual.

A mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais se formará assim: os deputados eleitos a cada legislatura, nos primeiros quinze dias de mandato, deverão deliberar acerca da definição dos membros atuantes na mesa da Assembleia Legislativa¹⁹. Deverão compor a mesa, deputados eleitos em partidos políticos distintos, para que seja garantida maior participação de diferentes ideologias²⁰.

Insta salientar que a Constituição, seja ela federal ou estadual, não prevê obediência ao modelo procedimental legislativo, para elaboração do regimento interno dos poderes. Ainda assim, para a alguns doutrinadores e para a jurisprudência, o regimento interno é lei material, como será elucidado mais adiante.

¹⁵Regimento interno é um conjunto de normas que regem o funcionamento de uma instituição pública, ou particular.

¹⁶ Art. 62 – Compete privativamente à Assembléia Legislativa:

I – eleger a Mesa e constituir as comissões;

II – elaborar o Regimento Interno; (MINAS GERAIS, 1989)

¹⁷ Art. 66 – São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:

I – da Mesa da Assembléia:

a) o Regimento Interno da Assembléia Legislativa; (MINAS GERAIS, 1989)

¹⁸ Art. 55 – A Assembléia Legislativa elaborará, no prazo de cento e oitenta dias contados da promulgação da Constituição do Estado, o seu Regimento Interno, adaptado às novas disposições constitucionais. (MINAS GERAIS, 1989)

¹⁹ Art. 53 – (...)

§ 3o – No início de cada legislatura, haverá reuniões preparatórias, entre os dias primeiro e quinze de fevereiro, com a finalidade de:

I – dar posse aos Deputados diplomados;

II – eleger a Mesa da Assembléia para mandato de dois anos, permitida uma única recondução para o mesmo cargo na eleição subsequente, na mesma legislatura ou na seguinte. (MINAS GERAIS, 1997)

²⁰ Art. 60 – (...)

§ 1o – Na constituição da Mesa e na de cada comissão é assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional dos partidos políticos ou dos blocos parlamentares representados na Assembléia Legislativa. (MINAS GERAIS, 1997)

Antes de discorrer sobre o entendimento jurisprudencial, resta imperioso aclarar distinção entre lei no sentido formal e no sentido material. Para tanto, utiliza-se a obra de Miranda (2011) que leciona que “[...] a lei em sentido material corresponde a lei como ato da função legislativa, e é sempre, necessariamente, também, lei em sentido formal. Já não a lei em sentido formal, que pode ser ou não ser revestida de conteúdo legislativo” (MIRANDA, 2011, p. 419).

Torna-se importante destacar o entendimento de Marques (1999) em que o regimento interno é considerado lei material, apesar de não ser em sentido formal, assim estaria em uma posição de inferioridade perante a lei. Contudo, deve ser considerada lei material.

O regimento é lei em sentido material, embora não o seja em sentido formal. Na hierarquia das fontes normativa do Direito, ele se situa abaixo da lei, porquanto deve dar-lhe execução [...]. Sempre que a norma jurídica, contida em lei formal, apresente regras vagas, imprecisas, estabelecendo apenas princípios gerais, omitindo detalhes necessários à efetiva observância, cumpre à lei material, contida em preceito regulamentar (como o regimento), desenvolvê-la com novas normas, dela extraíndo-se, assim, sentidos e conseqüências nela implícitos, ou os detalhes para sua fiel execução. Em tal caso, o conteúdo exato da norma superior (lei) determina-se através da norma inferior (regulamento)(MARQUES, 1999, p. 186).

Cretella Júnior (1988), por sua vez, afirma que o regimento interno é lei material e que deve seguir de forma rígida as normas e garantias processuais:

O legislador constituinte estabeleceu com minúcias os parâmetros a serem obedecidos pelos tribunais na elaboração de seus respectivos Regimentos Internos, lei material que esse segmento importante do Poder Judiciário pode e deve fazer. Além da rígida observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, o regimento Interno deverá dispor sobre a competência e sobre o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos organizando suas secretarias e serviços auxiliares [...]. Desse modo, O Regimento Interno, que é lei material dos tribunais, estabelecerá seu regime jurídico-administrativo, quanto às funções processuais e as funções administrativas. Quanto às normas processuais, os tribunais são obrigados a transpô-la para o regimento respectivo, não podendo nenhuma inovação a respeito. (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 3033)

Em contrapartida e ainda sobre os regimentos em geral, utiliza-se a obra de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Ao tratarem do tema no âmbito dos tribunais, afirmam que as atribuições dos regimentos são meramente administrativas.

Regimento interno de tribunal tem natureza jurídica de normas administrativas – e não de lei –, que regula o procedimento *interna corporis* do tribunal, não podendo criar direitos nem obrigações para os jurisdicionados (CF 5º II) (2006, p. 784).

Diante dos distintos entendimentos doutrinários, faz-se mister verificar o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o regimento interno é lei material e, na taxonomia das normas jurídicas, o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. Se houver conflito entre lei e regimento interno, a prevalência de um sobre o outro depende da matéria a ser regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual, prevalece a lei; no que tange ao funcionamento dos tribunais, o regimento interno prepondera (BRASIL, STF, ADI 1105, Rel. Min. Paulo Bossard, 1994).

Não obstante, tais discussões, como adiante se adentra, resta claro que o regimento interno, enquanto estatuto procedimental lefigerativo que tende a orientar a provisão de leis, é também considerado lei, logo, deve respeito ao instituto constitucional da teoria do processo para garantir regularidade do procedimento legislativo (DEL NEGRI, 2008, p. 23).

Tendo em vista a importância do tema, abordar-se-á no item seguinte como se dá sua alteração textual, a fim de destacar se há algum tipo de controle no procedimento de alteração regimental ou se tem o destino de, simplesmente, revelar a vontade da autoridade.

5.1 Alterações dos regimentos internos

Segundo doutrinadores tradicionais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o regimento interno é lei. Trata de matéria de interesse interno. Contudo, sua alteração acontecerá por meio de resolução conforme dispõe a constituição estadual.

Primeiramente, insta salientar que as resoluções são espécies normativas que, via de regra, tem efeito interno, porém podem ter efeitos externos quando tratar de delegação legislativa (MORAES, 2011, p.724).

Observe-se que, segundo a perspectiva referida, por tratar-se de assunto interno, o procedimento para elaboração de uma resolução depende de previsão no próprio regimento interno. As resoluções das casas legislativas serão instruídas, discutidas e votadas pela respectiva casa legislativa, cabendo ao seu presidente promulgá-la e determinar sua publicação. No caso do Congresso Nacional, será diferente, sem falar que não ha participação do poder executivo.

No caso do Congresso Nacional, a aprovação devera ser bicameral, cabendo ao presidente do Senado, no exercício da presidência do Congresso Nacional, a promulgação.

Por fim, da mesma forma que no processo legislativo do decreto legislativo, não haverá participação do Presidente da República no processo legislativo de elaboração de resoluções, e, conseqüentemente, inexistirá veto ou sanção, por tratar-se de matérias de competência do Poder legislativo (MORAES, 2011, p. 724).

Sendo assim, a mesma regra aplica-se às assembleias legislativas estaduais. O regimento interno da Assembleia Legislativa de Minas Gerais prevê, em seu art. 79²¹.

É competência da mesa da assembleia apresentar projeto de resolução para tratar de regimento interno, inclusive suas alterações. Logo, as alterações realizadas pelas autoridades competentes servem, também, como técnica e instrumento para legitimar sua vontade.

As resoluções, tecnicamente, não alteram diretamente a vida da sociedade, mas alteram indiretamente, uma vez que sustentada nessas regras é que o procedimento legislativo se desenvolve e gera o produto final, que é a lei parlamentarizada.

É importante perceber que aqui há um paradoxo, uma inconsistência, uma contradição. Conforme exposto acima, o regimento é lei. Sendo assim, tem que ser submetido aos atos procedimentais de elaboração normativa, o que não se concretiza. Sem falar que, uma vez considerado lei, tem os mesmos efeitos de lei, não poderia, portanto, ser alterado por meio de resolução.

Nesse sentido, resta claro que os regimentos internos influenciam a vida em sociedade, logo, não podem manter-se blindados. Importante que seu processo de elaboração e alteração também, sejam submetidos a um controle amplo.

²¹ Art. 79 – À Mesa da Assembleia compete, privativamente, entre outras atribuições:

[...]

VII – apresentar projeto de resolução que vise a:

a) dispor sobre o Regimento Interno e suas alterações; (MINAS GERAIS, 1997).

6 PROCEDIMENTO LEGISLATIVO NA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Primeiramente, é importante destacar que, neste capítulo, abordar-se-á o procedimento legislativo desenvolvido na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

O procedimento legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais é organizado em dois turnos, para que as matérias sejam mais bem discutidas. No primeiro turno, aprova-se a ideia principal; no segundo, o projeto está sujeito a sofrer alterações para seu aprimoramento.

Na Assembleia legislativa de Minas Gerais, o regimento interno prevê uma ordem de atos a serem executados durante o procedimento de elaboração normativa. Em seu Título VII, o regimento interno da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais trata do Processo Legislativo (artigos. 170 a 287).

Conforme previsto regimentalmente, o projeto de lei inicia sua tramitação com a apresentação de uma proposição que é a formalização da matéria sujeita à apreciação da Assembleia Legislativa. Em seguida, o regimento elenca as espécies de proposições em seu artigo 171²².

São competentes para apresentar proposições, segundo a Constituição Estadual de Minas Gerais, qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, o governador do estado, o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas, o procurador-geral de justiça e os cidadãos, na forma e nos casos definidos na Constituição estadual.

Na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, aqueles competentes redigem a proposição levando em consideração orientações técnicas, previstas no Regimento interno art.

²² Art. 171 – São proposições do processo legislativo:

I – a proposta de emenda à Constituição;

II – o projeto:

a) de lei complementar;

b) de lei ordinária;

c) de lei delegada;

d) de resolução;

III – o veto a proposição de lei e matéria assemelhada.

Parágrafo único – Incluem-se no processo legislativo, por extensão do conceito de proposição:

I – a emenda;

II – o requerimento;

III – o recurso;

IV – o parecer e instrumento assemelhado; 121

V – a representação popular contra ato ou omissão de autoridade ou entidade públicas, na forma do inciso V do § 2º do art. 60 da Constituição do Estado;

VI – a mensagem e instrumento assemelhado (MINAS GERAIS, 1997).

173, e apresentam para protocolo na Secretaria de Gerencia Geral de Apoio ao Plenário art.174, em que ganham um número para acompanhamento.

Em seguida, são encaminhadas para a próxima reunião ordinária em plenário, quando é reservado um momento na reunião ordinária para que a mesa da assembleia receba essas proposições e delibere acerca das comissões temáticas²³, a que cada uma será submetida, lembrando que elas podem ser permanentes ou temporárias²⁴.

Torna-se importante lembrar que todas as proposições serão submetidas, primeiramente, à análise da Comissão Permanente de Constituição e Justiça, independentemente da matéria, para que, principalmente, sejam analisadas legalidade, juridicidade e constitucionalidade do projeto de lei²⁵. As proposições federais, ao contrário,

²³As comissões são grupos de deputados que opinam sobre os projetos em tramitação na ALMG, orientando as votações no plenário. Essas estruturas especializadas têm também outras atribuições, como realizar estudos, fiscalizar os atos do governo, promover visitas, audiências e debates sobre temas de interesse da sociedade. Nas comissões o tema central da proposição, ou seja, matéria central pode ser saúde, educação, tributos, segurança, entre outros. Dependendo da matéria serão definidas as comissões que emitirão parecer pela aprovação ou reprovação do projeto de lei. Disponível em:<http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/comissoes/>Acesso em: 14 dez. 2014.

²⁴ Nos termos do art. 96 do regimento interno, as comissões da Assembleia Legislativa são permanentes, as que subsistem nas legislaturas e temporárias, as que se extinguem com o término da legislatura, ou antes dele, se atingido o fim para que foram criadas ou findo o prazo estipulado para seu funcionamento.

²⁵ E também para discutir e votar proposições, apreciar os assuntos, emitir parecer, iniciar o processo legislativo, realizar inquérito, realizar audiência pública com entidades da sociedade civil, realizar audiência pública em regiões do Estado, para subsidiar o processo legislativo, observada a disponibilidade orçamentária, convocar Secretário de Estado, dirigente de entidade da administração indireta ou titular de órgão diretamente subordinado ao Governador do Estado para prestar, pessoalmente, informação sobre assunto previamente determinado, sob pena de responsabilidade no caso de ausência injustificada, convocar outra autoridade estadual para prestar informação sobre assunto inerente às suas atribuições, constituindo infração administrativa a recusa ou o não atendimento, no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhar, por intermédio da Mesa da Assembleia, pedido escrito de informação a Secretário de Estado, a dirigente de entidade da administração indireta, ao Comandante-Geral da Polícia Militar e a outras autoridades estaduais, receber petição, reclamação, representação ou queixa de qualquer pessoa contra ato ou omissão de autoridade ou entidades públicas, solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão, na forma do inciso VI do § 2º do art. 60 da Constituição do Estado, apreciar plano de desenvolvimento e programa de obras do Estado, de região metropolitana, de aglomeração urbana e de microrregião, acompanhar a implantação dos planos e dos programas e exercer a fiscalização dos recursos estaduais neles investidos, exercer o acompanhamento e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades administrativas dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, das entidades da administração indireta, inclusive das fundações e das sociedades instituídas e mantidas pelo Estado, e das empresas de cujo capital social ele participe, determinar a realização de diligência, perícia ou inspeção de auditoria nas entidades, podendo, para isso, solicitar o auxílio do Tribunal de Contas, exercer a fiscalização e o controle dos atos da administração pública, propor a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem da competência regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, elaborando o respectivo projeto de resolução, estudar qualquer assunto compreendido no respectivo campo temático ou área de atividade, podendo promover, em seu âmbito, conferência, exposição, seminário ou evento congênere, realizar, de ofício ou a requerimento, audiência com órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta e da sociedade civil, para elucidação de matéria sujeita a seu parecer ou decisão, ou solicitar colaboração ou informação para a mesma finalidade, não implicando a diligência dilação dos prazos, de acordo com art. 100 do Regimento Interno.

serão analisadas pela Comissão de Constituição e Justiça depois de passar pelas comissões temáticas²⁶.

Os projetos são votados em primeiro e segundo turnos, ou seja, as matérias nas assembleias legislativas precisam ser votadas e discutidas duas vezes nas comissões e em plenário²⁷.

Na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, depois de apreciadas pela comissão de Constituição e Justiça, as proposições receberão parecer positivo ou negativo pela constitucionalidade, legalidade e juridicidade.

Se o parecer for positivo, a proposição segue para as demais comissões temáticas, onde serão discutidas e analisadas, até chegar, em primeiro turno, ao plenário. Se o parecer for negativo, as proposições não seguem para análise nas demais comissões e voltam para o plenário.

Se o plenário aprovar o parecer contrário, a proposição é arquivada e não poderá ser apresentada na mesma Sessão Legislativa²⁸. No entanto, se o parecer da Comissão de Constituição e Justiça for rejeitado, o projeto segue para análise nas demais comissões temáticas e, se tiver impacto financeiro, os projetos de lei passarão, por último, na comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária.

Os pareceres são publicados, e o projeto é remetido para o plenário. O presidente da Assembleia inclui o projeto, na ordem do dia, do plenário para discussão. Na fase de discussão poderão ser apresentadas emendas ao projeto. Se não houver emendas, o projeto

²⁶ Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas:

I - pelas Comissões de mérito a que a matéria estiver afeta;

II - pela Comissão de Finanças e Tributação, para o exame dos aspectos financeiro e orçamentário públicos, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, e para o exame do mérito, quando for o caso;

III - pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso;

IV - pela Comissão Especial a que se refere o art. 34, inciso II, para pronunciar-se quanto à admissibilidade jurídica e legislativa e, quando for o caso, a compatibilidade orçamentária da proposição, e sobre o mérito, aplicando-se em relação à mesma o disposto no artigo seguinte.

²⁷ O Plenário da ALMG é formado pelos 77 deputados estaduais e é o órgão deliberativo do Poder Legislativo. Durante as reuniões, os parlamentares discutem e votam as proposições, definindo sobre o conteúdo de novas leis e da legislação atual do Estado. É também um local de debates, negociação política e articulação de acordos para as votações. Os deputados apresentam suas opiniões e debatem assuntos de interesse da população do Estado. (Disponível em: <http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/plenario/index.html> Acesso em: 12 dez 2014).

²⁸ Sessão legislativa ordinária é aquela que se realiza a cada ano da legislatura, independentemente de convocação. As sessões legislativas na ALMG realizam-se de 1º de fevereiro a 18 de julho e de 1º de agosto a 20 de dezembro. A sessão legislativa extraordinária é a que ocorre fora desses períodos. (Disponível em <http://www.almg.gov.br/a_assembleia/entenda_assembleia/index.html>. Acesso em 12 dez. 2014).

entra na fase de votação em primeiro turno. Se houver emendas, elas são remetidas para as comissões temáticas. As comissões temáticas irão analisar e emitir parecer sobre cada uma das emendas e, em seguida, devolvem as emendas ao plenário para votação de primeiro turno.

O plenário votará, para aprovar ou não, o projeto e as emendas. Se o projeto e as emendas forem rejeitados, arquiva-se o projeto. Em caso contrário, se o projeto e algumas emendas forem aprovados, inicia-se a tramitação em segundo turno com a remessa do projeto e das emendas aprovadas para as comissões temáticas para nova análise.

Caso o projeto tenha sofrido alguma alteração, via emendas em primeiro turno, a comissão deve elaborar a redação do vencido, que é o projeto aprovado no primeiro turno, acrescido das alterações. Contudo, as comissões podem, no momento dessa análise de segundo turno, propor novas emendas. Publicado o parecer, o projeto, já com a redação alterada, acompanhado das novas emendas propostas em segundo turno, retorna ao plenário, para análise e votação em segundo turno. Se rejeitado, o projeto é arquivado. Se aprovado, o projeto é remetido para a Comissão de Redação Final junto com as novas emendas aprovadas.

Mesmo com parecer pela aprovação, depois da análise de segundo turno do plenário, a proposição, ainda, não pode ser considerada lei. É preciso passar pela redação final para adequar o texto de emendas e substitutivos à técnica legislativa. Em seguida, será submetido à aprovação do texto final pelo plenário. Por conseguinte, o projeto é enviado para sanção ou veto do governador. Somente depois de sancionada, o projeto vira lei que seguirá para publicação final.

Observa-se que, durante o procedimento de elaboração normativa, não há nenhuma previsão de controle e fiscalização das matérias. Assim, as comissões permanentes ou temáticas emitem pareceres técnicos carregados de interesses políticos.

Considerando as fases do procedimento legislativo elencadas, pode-se concluir que não há nenhum tipo de controle. Logo, a elaboração normativa legislativa está sujeita aos interesses pessoais ou políticos, que ditam se determinada matéria será legislada ou não.

Assim, o procedimento legislativo como posto revela-se instrumento técnico utilizado para justificar e revelar a vontade da autoridade: o legislador.

6.1 O problema do procedimento de elaboração normativa legislativa

O procedimento de elaboração normativa praticada pelo poder legislativo mineiro da forma como se desenvolve, atualmente, mostra-se contaminado tecnicamente de influências de perfil legislativo monárquico.

No perfil legislativo monárquico, a figura do rei era dotada de sabedoria (autoridade) para tomar as decisões mais acertadas para o bem do povo e, assim, elaborava textos normativos de acordo com seu interesse, sem submeter-se a qualquer tipo de controle. Os parlamentares (autoridades) continuam elaborando textos normativos de acordo com seu interesse, no parlamento, onde os controles existentes não passam de mera legitimação da atividade parlamentar.

O problema central do procedimento de elaboração normativa envolve o desinteresse e o distanciamento²⁹ do parlamento e do povo. A livre atuação dos parlamentares durante o procedimento de elaboração normativa indica que, no fim das contas, eles possam defender seus interesses próprios. Procedimento legislativo, em suma, se presta, em última instância, a revelar a vontade da autoridade como se desenvolverá adiante.

Nesse contexto, processualizar o procedimento legislativo, no sentido adiante articulado, talvez possa evitar a criação de normas inconstitucionais que nascem gerando efeitos sociais e que só *a posteriori* são submetidas ao controle de constitucionalidade.

O procedimento de elaboração normativa fundado no Devido Processo Legislativo³⁰ possibilitará a abertura da produção de legislativa para uma fiscalização ampla por uma teoria do controle democrático de constitucionalidade³¹.

O Devido Processo Legislativo e seus elementos preocupados em garantir e efetivar os direitos e garantias fundamentais, realizado com o rigor de um Processo Constitucional Legiferante, pode fundamentar e alicerçar a legitimidade da lei.

É importante destacar que o Devido Processo Legislativo é democrático e busca a utilização de meios que visam efetivar direitos e garantias fundamentais devem ser expandidos.

²⁹”No contexto da ‘democracia representativa’, a legitimidade do Executivo e do Legislativo apurava-se exclusivamente do resultado das urnas. Logo, o cidadão participava da vida política de maneira regular (apenas durante as eleições), mas de forma distanciada, criando um verdadeiro fosso entre representantes e representados, que só podia ser resolvido pela construção de uma efetiva democracia representativa” (CRUZ, 2004, p.7).

³⁰É importante destacar o conceito de Devido Processo Legislativo apresentado por Del Negri: produção de leis que se abre para fiscalização ampla da teoria do controle democrático de constitucionalidade (DEL NEGRI, 2008).

³¹”Procedimento de elaboração normativa é a sequencia de fases necessárias para produção normativa. Logo, vários procedimentos com observância dos princípios constitucionais formam um processo, ou seja, o devido processo legislativo” (DEL NEGRI, 2008, p.123).

Por meio do Devido Processo Legislativo, a obediência ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia controla a legitimidade da atuação do poder legiferante, uma vez que o processo possibilita a criação de normas legítimas, na medida em que se torna o eixo central da teorização da democraticidade das leis.

7 PROCESSO E PROCEDIMENTO PARA A DOGMÁTICA TRADICIONAL DO DIREITO PROCESSUAL E SUA INFLUÊNCIA NA DOGMÁTICA DO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO

Vale, por oportuno, aventar os conceitos de processo e procedimento, abordando o novo enfoque dado a esses institutos pelos processualistas Bülow e Fazzalari para, assim, captar sua influência na dogmática do processo legislativo.

A partir do desenvolvimento do direito processual e de suas teorias será realizado um paralelo entre o direito processual e sua influência na dogmática do processo legislativo.

Assim, no tópico seguinte, elencar-se-ão conceitos de processo e procedimento a fim de compreender qual é a contribuição da teoria neoinstitucionalista do processo nesse contexto.

7.1 Processo e procedimento para a dogmática tradicional do direito processual

Inicialmente, é importante citar as doutrinas que influenciaram o conceito de processo na atualidade do pensamento jurídico.

O processo, antes de ser considerado autônomo, era visto como um mero procedimento utilizado para servir o direito material violado. Processo e procedimento só começam a demonstrar alguma diferença, quando o direito processual é reconhecido como autônomo: “[...] diante dessa mudança de rota, tem a sua natureza particularizada por servir à jurisdição, já que através dele o Estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico”. (MARINONI, 2008, p.389)

Oscar von Bülow, em 1868, publicou na Alemanha a obra “A teoria das exceções processuais e seus pressupostos processuais”, em que estuda a relação jurídica processual que existe entre as partes e o juiz.

André Cordeiro Leal (2008), em sua obra *Instrumentalidade do processo em crise*, ressalta o que é processo para Bülow:

Em Bülow, o processo é, como se viu, o meio pelo qual chega-se a uma decisão vinculativa pelo poder estatal (“instrumento da jurisdição”, como diria Dinamarco) que tem os destinatários da decisão como meros colaboradores, coadjuvantes, ou mesmo embaraçadores da atividade de dicção do direito por juízes magnânimos, produtores de respostas, cuja legitimidade ora se remete às próprias origens de formação ou de justificação do Estado, ora à capacidade desses julgadores em captar e aplicar valores dissolvidos na linguagem social. (BÜLOW, *apud* LEAL, 2008, p.38 e 39).

Observa-se que ao afirmar que o Estado se manifesta para fazer valer o ordenamento jurídico, o direito processual passa a ser reconhecido enquanto segmento autônomo do saber jurídico, e o processo deixa de ser privatisticamente abordado. Bülow (1964) propôs o processo como relação jurídica de direito público.

Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se tratam no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também a partes se tomam conta unicamente em seu aspecto de vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidencia, ao direito público e o processo resulta, portanto, de uma relação pública.

A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra singular característica, que pode haver contribuído, em grande parte, a desconhecer sua natureza de relação jurídica continua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem matéria do debate judicial, se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual é como um embrião. (BÜLOW, 1964, p.1, tradução da autora da dissertação)³²

Enxergar o processo como uma relação jurídica que avança gradualmente, foi importante para a autonomia do direito processual, porque o direito processual deixa sua natureza de direito privado para tornar-se direito público. Ao tornar-se autônomo do direito privado, passa a merecer estudos próprios. Marinoni (2008) cita a importância da obra de Bülow.

A importância da obra de Bülow foi a de sistematizar, embora a partir da teoria da relação jurídica já edificada pelo direito privado – mas com base nas premissas de autonomia do processo em relação ao direito material e da sua natureza pública -, a existência de uma relação jurídica processual de direito público, formada entre as partes e o Estado, evidenciando os seus pressupostos e os seus princípios disciplinadores (MARINONI, 2008, p. 391).

³²Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.

La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluídas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión.

Apesar do avanço da teoria de Bülow (1964), o conceito de processo que tem suas raízes no Estado Liberal é considerado, apenas, uma relação jurídica para chegar a uma sentença. Marinoni (2008, p. 401) afirma que:

[...] a definição clássica de processo, ao ignorar o procedimento, tem íntima relação com os valores do Estado liberal e com os fundamentos da doutrina que se encarregou de demonstrar as bases do direito processual. Lembre-se que no Estado liberal, cabia ao juiz dizer apenas as palavras da lei. Para o desenvolvimento da sociedade, aspirava-se um direito previsível ou a chamada “certeza do direito”. Desejava uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim, eliminasse a necessidade da edição de novas leis, e especialmente a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e características de uma determinada situação.

A teoria de Bülow (1964) viabiliza o aperfeiçoamento das técnicas de poder jurisdicional (Estado). Leal (2008, p. 130) é incisivo nesse sentido.

Isso se dá, basicamente, em razão de que, consoante ao exposto, como Bülow não inaugurou o que atualmente se poderia nominar de uma ciência do processo, mas uma tecnologia da jurisdição (como atividade do juiz ou como poder ou função do Estado) tratou, apenas, do aperfeiçoamento das técnicas de reforço do poder estatal, sem, no entanto, empreender qualquer reflexão sobre os marcos (democráticos) de legitimação do direito.

Bülow (1964) em sua teoria, afirma que o processo é instrumento da jurisdição e que o procedimento é o meio através da qual se desenvolve o processo. Assim, a teoria de Bülow (1964) coloca em ascensão a ciência do processo ao defini-la como relação jurídica que permite a elaboração do provimento, mas deixou lacuna ao não questionar o poder jurisdicional do Estado. Vale destacar que o autor não questionou porque não pretendia. Seu objetivo era exatamente exaltar o poder do estado-juiz e, não, controlá-lo.

Cerca de um século depois da teoria de Bülow (1964) Fazzalari (2006), processualista italiano, desenvolveu novo conceito de processo, o qual, como adiante se verá, ao contrário da teoria bülowiana, distingue processo e procedimento fazendo-a, ademais, a partir de um critério lógico. Gonçalves (1992, p. 68) ensina que

[...] pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que distinção há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento

em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. 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 opostos.

Fazzalari (2006), portanto, apresentou conceitos de processo e de procedimento, em que o contraditório ocupa lugar de destaque. A partir do contraditório, o procedimento passa a ser visto como uma sequência de atos necessários para construção do provimento jurisdicional.

Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. Como ressaltado, quando se fala de procedimento plurissubjetivo refere-se ao esquema de atividade em sequência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro e próprio processo. De resto, ninguém considera que a participação do privado consiste no pedido de licença de caça, e a participação do órgão consultivo que fornece ao autor do provimento o próprio parecer transforme o procedimento em processo. É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente o contraditório.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Para Fazzalari (2006), portanto, o processo é procedimento realizado em contraditório em simétrica paridade entre as partes. Por meio do contraditório é possível viabilizar uma participação simétrica no processo, das partes envolvidas.

O processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades (FAZZALARI, 2006, p. 118 e 119).

Torna-se importante destacar que o processo, é procedimento realizado em contraditório, que busca um provimento, pautado na participação simétrica dos sujeitos do processo. Gonçalves (1992, p. 120) leciona que

[...] o contraditório não é apenas “a participação” dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor (GONÇALVES, 1992, p. 120).

A teoria de Fazzalari (2006), que permite atuação simétrica entre as partes justificada pelo contraditório, foi um marco do direito processual que distingue da abordagem bülowiana que, como se verá, torna indiscerníveis os contornos conceituais de processo e procedimento, na medida em que separa processo de procedimento.

Tendo em vista os conceitos elencados, tem-se que o conflito inicial, instaurado para definir processo e procedimento, tanto para Bülow (1964), quanto para Fazzalari (2006), tem em vista um provimento final, que será elaborado pela autoridade estatal.

7.2 As diferenças entre processo e procedimento para a doutrina do direito processual civil

Tendo em vista a importância dos institutos processo e procedimento para a atividade legiferante, neste item será realizado um levantamento doutrinário sobre seus conceitos.

Inicia-se o levantamento doutrinário com o entendimento de Cintra; Grinover; Dinamarco (2014). Os autores pretendem demonstrar, em seu trabalho, o significado etimológico das palavras processo e procedimento.

Etimologicamente processo significa marcha avante ou caminhada (do latim, *procedere* = seguir adiante).

O processo então pode ser encarado pelo duplo aspecto (a) dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e (b) das relações entre seus sujeitos.

O procedimento e, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; e a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção do processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) e o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p.301).

Nesse sentido, segundo a autora, processo é a relação entre os sujeitos. Enquanto procedimento são atos coordenados, pelos quais essa relação se exterioriza.

Para Marinoni (2008), processo e procedimento são complementos um do outro. Afirma, a partir dessa perspectiva, que, no Estado constitucional, processo e procedimento não podem ser indiferentes aos princípios fundamentais norteadores do Estado democrático de direito.

Diante de tudo isso fica fácil perceber que o procedimento, ao contrário do que se pensava em outra época, tem fim e conteúdo, e que o processo não pode se desligar de um procedimento com essas qualidades. Ou melhor, o processo necessita de um procedimento que seja além de adequado a tutela dos direitos, idôneo a expressar observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão a qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. Portanto, o processo e o procedimento que, adequado à tutela dos direitos confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional. (MARINONI, 2008, p. 404).

Processo e procedimento, para Theodoro Júnior (2009), são o mesmo que um movimento interno e movimento externo respectivamente. Processo é uma relação processual que busca prestação jurisdicional, e procedimento exterioriza essa relação.

O processo é o movimento em sua forma intrínseca, enquanto o procedimento é esse mesmo movimento em sua forma extrínseca.

Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento e a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser.

A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimentos.

Procedimento é, destarte, sinônimo de rito do processo, ou seja, "o modo e a forma por que se movem os atos no processo" (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 265 e 374).

Processo tem sentido teleológico em busca da paz social, e procedimento são todos os atos que revelam o processo, segundo Marques (2003).

Não se confunde processo com procedimento. Naquele, a nota específica dos atos que o compõem está na finalidade que os aglutina, ou seja, a composição do litígio *secundumius*, para dar-se a cada um o que é seu. Tem o processo, portanto, um sentido preponderantemente teológico ou finalístico, como instrumento que e da paz social, da justiça e do império da ordem jurídica. Em função dessa *causa finalis*, os atos processuais reúnem-se e coordenam-se como relação jurídica complexa, em que figuram, ao lado do órgão jurisdicional do Estado, os sujeitos da lide, ou partes.

Todos esses atos reunidos, em razão do signo finalístico da composição do litígio segundo as regras do direito objetivo, exteriorizam-se sob a forma de procedimento. *Forma dat* esse rei. E o procedimento que revela o processo, dá-lhe realidade formal e torna possível, mediante seu *modus faciendi*, que se atinjam os fins compositivos da jurisdição (MARQUES, 2003, p.10).

Processo é o fenômeno que permite a solução de conflitos e procedimento- sucessão de atos em que o processo se desenvolve nos dizeres de Montenegro Filho (2008, p.160),

[...] o processo, visto como o fenômeno que permite a solução do conflito de interesses desencadeia-se através da prática dos atos processuais, a maioria deles originados das partes (como a apresentações de petições nos autos, por exemplo), alguns do juiz (como a prolação das decisões interlocutórias, sentenças ou despachos, as designações das audiências, a determinação para que determinada prova seja colhida de ofício etc.) e outros dos auxiliares da Justiça (como se da, com o cumprimento de um mandato por parte do oficial de justiça encarregado da efetivação da diligência; com as certidões que são lançadas nos autos atestando a fluência de prazos, etc.).

A essa sucessão de atos, que representa a forma como o processo se desenvolve, atribuímos a denominação procedimento. Quanto mais complexo for o procedimento, no sentido de admitir a prática de múltiplos atos, maior será o tempo de duração do processo, característica que é peculiar ao procedimento comum ordinário.

Neves (2014) afirma que processo não vive sem o procedimento. O processo busca um objetivo final que será alcançado por meio do procedimento. Assim, o procedimento é a exteriorização do processo.

De qualquer forma, e para afins somente didáticos, compõe analisar os três elementos que, façam ou não parte da natureza jurídica do processo, estarão presentes no processo:

- (a) procedimento;
- (b) relação jurídica processual, e
- (c) contraditório.

O procedimento é entendido como uma sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequencial visando a obtenção de um objetivo final. Costuma-se dizer que o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto, enquanto a noção de procedimento é formal, significando essa sucessão de atos com um objetivo final. Ainda que não seja possível confundir o procedimento com o processo, como feito à época imanentista, o certo é que o processo não vive sem o procedimento. Tanto essa constatação é verdadeira que os próprios defensores modernos da teoria da relação jurídica explicam que a relação jurídica não é sinônimo de processo, sendo sempre necessária a presença de um procedimento, ainda que impulsionado pelos participantes da relação jurídica processual no exercício contínuo e suas posições jurídicas ativas e passivas (NEVES, 2014, p.65).

Dinamarco (1999) apresenta um binômio entre direito e processo para conceituar o processo e afirma que o processo e direito estão diretamente relacionados porque o processo se rege por normas de direito a fim de que o processo chegue ao seu objetivo.

Na realidade, e dúplice a relação entre o processo e o direito. Em primeiro lugar, como é natural em regime de legalidade, o processo se rege por normas de direito, as quais ditam o modo como a jurisdição se exerce e o processo se realiza; com isso, reduzindo as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo, o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações na ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos. Não é disso que se fala, todavia, quando se alude no binômio direito-processo: pensa-se, então, nos modos como este concorre para a vida daquele, qual instrumento a serviço de uma ordem exterior (DINAMARCO, 1999, p.181).

Corroborando os ensinamentos já elencados, Dinamarco (2004) ensina que procedimento é composto de vários atos que exteriorizam o processo.

Embora o processo seja um só e sempre o mesmo do início ao fim, o procedimento em que se exterioriza é composto de inúmeros atos e variadas fases que se sucedem no tempo. Com a realização de atos e ocorrência de fatos ao longo do procedimento que vai da propositura da demanda inicial até à sentença que põe fim a ele, novas situações jurídicas vão se criando e outras se extinguindo. Essas situações caracterizam-se como direitos processuais adquiridos, tomada essa locução no amplíssimo sentido tradicional de situações jurídicas consumadas (DINAMARCO, 2004, p.67).

Conforme se vê, não há, entre os autores da dogmática tradicional, uma uniformidade na conceituação de processo e procedimento. O processo pode ser: uma relação entre os sujeitos; complemento do procedimento; relação que busca a paz social; fenômeno do qual emana solução de conflito; busca de um objetivo; ou, até mesmo, o processo aparece atrelado ao direito para se chegar a um fim. O mesmo se aplica para o procedimento que, também, diverge em sua conceituação: ato coordenado, complemento do processo, exteriorizador do processo, atos que revelam o processo, atos em que o processo se desenvolve meio pelo qual se permite alcançar um objetivo exterior e outros.

Nos autores bülowianos contemporâneos brasileiros, no entanto, o processo apresenta um ponto comum, que é buscar um fim, que pode ser: a paz social, a prestação jurisdicional ou até a solução de um conflito, e o procedimento, também tem um ponto comum, que é o meio/forma por meio da qual se chega ao provimento final.

Vê-se que não há distinção conceitual claramente demarcada para a doutrina tradicional do direito processual, uma vez que sua conceituação continua atrelada ao modelo de relação jurídica processual. Aliás, é o que adverte Gonçalves (1992, p. 67).

A evolução dos conceitos de procedimento e de processo, como se percebe na exposição dos itens anteriores, não se fez em trajeto linear, mas foi bastante assemelhada a uma dialética de oposição, em que a antítese se levanta contra a tese, para negá-la, até que advém o momento da síntese, que absorve as afirmações e as negações em uma nova tese.

[...]

O conceito de procedimento mudou, acompanhando o desenvolvimento da realidade normativa, do Direito positivo, e não foi por acaso que as maiores contribuições, para sua alteração, vieram do campo do Direito Administrativo, que iria se inspirar justamente no modelo de processo, buscado nos domínios do Direito Processual. Entretanto, a doutrina processual não extraiu dessa mudança as consequências adequadas para definir o processo. Mesmo diante de um novo conceito de procedimento, os processualistas não aproveitaram essa contribuição para a conceituação do processo e, necessitando de um suporte teórico para defini-lo, prenderam-se ao antigo modelo da relação jurídica processual.

Frise-se que o Estado Democrático, em sua versão processualizada, não se coaduna com esse entendimento. É imperioso que o processo escape à lógica relação jurídica tradicional que visa um fim, que se desenvolve por meio de procedimentos (atos). Esse entendimento representa prejuízo para o processo legislativo, tema que será tratado mais adiante, já que engessa seu desenvolvimento, ignorando princípios informadores do Estado Democrático.

O Estado Democrático busca a promoção da constitucionalidade aos legitimados ao processo “[...] que se auto incluindo na fruição de direitos de sua própria fundação (direitos fundamentais), como líquidos, certos e exigíveis (vida, contraditório, liberdade, ampla defesa, isonomia, dignidade) estabelecem uma sociedade humana (democrática) de seres responsáveis pelo seu próprio destino” (LEAL, 2013, p.38).

Observa-se que, conforme demonstrado, os autores não conseguem distinguir processo de procedimento, na medida em que ambos estão a serviço da autoridade estatal. Nesse sentido, nada esclarece a distinção supostamente proposta pelos autores do direito processual tradicional.

Conforme aludido, no próximo item, verificar-se-á a influência que a doutrina tradicional processual civil exerce sobre a doutrina do processo legislativo.

7.3 Processo e procedimento na dogmática da produção legislativa: a herança da indistinção

A elaboração normativa legislativa merece atenção da doutrina pátria, uma vez que, a partir dela, textos normativos são colocados no ordenamento jurídico. Estes trazem consequências para toda a sociedade³³, daí a necessidade de garantir que sejam legítimos desde o processo de elaboração.

Após analisar-se o conceito de processo e procedimento para a doutrina do direito processual no âmbito jurisdicional, trabalhar-se-á o conceito de processo e procedimento no contexto do legislativo.

Iniciar-se-á com Carvalho (2003) que entende o processo legislativo como conjunto de atos praticados por órgãos do poder legislativo visando à elaboração normativa.

Processo legislativo compreende o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto) realizado pelos órgãos legislativos visando a formação de emendas a Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções que, como espécies normativas, constituem seu objeto.

[...]

Assim, se o processo traz em seu âmago a ideia de "atos coordenados que se desenvolvem no tempo e tendem a formação de um ato final, donde decorre a ideia de *procedere*, ou seja, *dirigir-se* para uma meta", o processo legislativo constitui esse conjunto de atos, postos em movimento, no exercício da função legislativa (CARVALHO, 2003, p.80 e 81).

Para Moraes (2011), o processo legislativo tem sentido jurídico (conjunto de disposições que coordenam a produção legislativa) e sociológico (conjunto de fatores reais que impulsionam as tarefas do legislador), e o procedimento não se distingue do processo.

O termo processo *legislativo* pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste num conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

³³ Tenha ou não consciência disso, a dona de casa, quando adquire uma simples caixa de fósforos no quiosque ou gêneros alimentícios no supermercado, realiza um contrato de compra e venda. Diariamente, quando milhares de pessoas tomam o trem, ônibus, o Metro, ou outro qualquer transporte público, realizam, até inconscientemente, um contrato de transporte, através da qual, mediante o simples pagamento da passagem, a transportadora se obriga a leva-los incólumes ao ponto de destino. E se por infelicidade ocorrer um acidente do qual resulte lesão ou morte a alguém, segundo as regras do direito, será a transportadora obrigada a indenizar os prejuízos, envolvendo danos emergentes e lucros cessantes, isto e, tudo aquilo que a vítima efetivamente perder e aquilo que deixar de ganhar em razão do acidente, pelo restante da sua sobrevivência. [...] Como se vê, o Direito invade e domina a vida social desde as mais humildes as mais solenes manifestações, quer se trate de relações entre indivíduos, quer entre o indivíduo e o grupo social, como a família e o Estado, que se trate ainda de relações entre os próprios grupos (CAVALIERI FILHO, 2010, p.30).

Assim, juridicamente, a Constituição Federal define uma sequência de atos a serem realizados pelos órgãos legislativos, visando a formação das espécies normativas previstas no art. 59: Emendas Constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (MORAES, 2011, p.668).

Há três espécies de processo ou procedimentos legislativos, comum ou ordinário, o sumário e os especiais. (MORAES, 2011, p.671).

Para Cunha Júnior (2011), o processo legislativo é um conjunto de atos, interdependentes e contínuos, preordenados que criam o direito. Já o procedimento é o rito ou a forma pela qual desenvolvem as propostas legislativas.

Entende-se por processo legislativo o instrumento por meio do qual o Estado cria o Direito, elaborando normas jurídicas. Sob outro ângulo, pode-se afirmar que o processo legislativo corresponde a um conjunto de atos, interdependentes e contínuos, preordenados a feitura das espécies normativas. (JÚNIOR CUNHA, 2011, p.1.027).

[...]

O processo legislativo pode envolver, basicamente, três procedimentos. Entende-se por procedimento o rito ou a forma de tramitação das propostas legislativas. A constituição contempla: 1) o procedimento ordinário; 2) o procedimento sumário; 3) os procedimentos especiais (JÚNIOR CUNHA, 2011, p.1.040).

Utilizando entendimento doutrinário, Casseb (2008) afirma que processo legislativo é uma sequência definida de atos e etapas que se cumprem no intuito de estabelecer novas normas jurídicas e que o procedimento é o ato que organiza o processo legislativo.

Como o processo legislativo é o ramo do direito processual a diferenciação entre processo e procedimento é a mesma que se realiza no processo judiciário. O próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados do Brasil, art. 62, V, consubstancia essa orientação, ao prescrever que as secretarias das comissões parlamentares, entre as várias atribuições que lhes competem, devem organizar os "processos legislativos na forma dos autos judiciais, com a numeração das páginas por ordem cronológica, rubricadas pelo secretário da Comissão onde foram incluídas". Desse modo, a definição abstrata de processo legislativo se materializa, no interior das Câmaras, sob a forma de "autos judiciais" (CASSEB, 2008, p. 19).

Silva (2007), por sua vez, ensina que o processo legislativo é um conjunto de atos que visam à criação do direito e que procedimento é o modo pelo qual os atos do processo se realizam.

Processo legislativo é um conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito. Esses atos são (a) iniciativa legislativa; (b) emendas; (c) votação; (d) sanção e veto; (e) promulgação e publicação (SILVA, 2007, p.525).

Procedimento legislativo é o modo pelo qual os atos do processo legislativo se realizam. Diz respeito ao andamento da matéria nas casas legislativas. É o que na prática se chama tramitação do projeto. No sistema brasileiro podemos distinguir (1) procedimento legislativo ordinário; (2) procedimento legislativo sumário; (3) procedimentos legislativos especiais (SILVA, 2007, p.530).

É importante destacar o conceito de processo legislativo segundo texto publicado no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Ali ele é “[...] o conjunto de atos realizados pelos órgãos do Poder Legislativo, de acordo com regras previamente fixadas, para elaborar normas jurídicas (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias e outros tipos normativos dispostos no art. 59 da Constituição Federal)” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

No mesmo sentido, a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais afirma que o processo legislativo “[...] são os atos que acontecem desde a apresentação de uma proposição até sua transformação em lei, segundo as regras da Constituição Estadual e do Regimento Interno da ALMG” (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2015).

Como já esperado, para a Câmara Municipal de Belo Horizonte, processo legislativo é “[...] uma sequência de atos praticados de forma ordenada, compostos das etapas de iniciativa, discussão, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação, dentre outras, visando à elaboração das leis e outras normas” (CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, 2015).

Resta claro que a doutrina processual civil influencia a doutrina do processo legislativo. Conceituar o processo como ato ou como sequência de atos que buscam um fim, como já visto, é o conceito mais comum na doutrina do direito processual tradicional. Contudo, o mesmo se repete em âmbito legislativo, que, na mesma linha, afirma que o processo legislativo é um conjunto de atos que objetivam um determinado fim, que é a lei.

Por sua vez, Leal (2008), ao questionar os conceitos apresentados pela dogmática jurídica alicerçada na teoria de Bülow, trabalha a ciência como técnica a serviço da jurisdição.

As considerações que até agora aduzimos sobre os problemas enfrentados pelos autores da chamada ciência processual fundada por Bülow deixam a descoberto o fato de que suas cogitações não passaram do plano da técnica procedimental a serviço da jurisdição como poder ou atividade do Estado que

se resume e se efetiva, em última análise, pela atividade do próprio julgador (LEAL, 2008, p.129).

Utilizando a teoria de Oscar von Bülow, Leal (2008) demonstra que o processo legitima a vontade do Estado por meio da ciência como técnica de dominação.

Portanto, visando à preservação do sistema, a ciência do século XIX pôs-se a serviço e como fundamento da técnica destinada ao aparelhamento de um poder estatal regulador o qual passava a se legitimar por aderência a finalidades ou a interesses e valores pretensamente sociais, e cuja problematização, no entanto, permaneceu silenciada (LEAL, 2008, p.129).

Por fim, leciona que, não só as decisões precisam ser institucionalizadas assegurando contraditório, ampla defesa e isonomia, mas também no processo legislativo.

É de se advertir, nesse passo, que a regência dos princípios (normas) constitucionais do processo atinge não apenas a questão das decisões judiciais, mas também a questão das decisões administrativas e, principalmente, legislativas como longamente discorreu Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2000), concluindo pela necessidade também de um devido processo legislativo (LEAL, 2008, p.149).

Em razão disso é que Leal (2008) critica a doutrina processual que não se desvincula da ciência como técnica de dominação que pretende tornar o direito operacionalizável, que não investiga, nem questiona os paradigmas.

Por conseguinte, a Câmara dos Deputados, a Assembleia Legislativa de Minas Gerais e a Câmara Municipal de Belo Horizonte, enquanto poder legislativo em âmbitos federal, estadual e municipal, respectivamente, demonstra a força da influência que o conceito de processo, presente na doutrina processual civil, exerce sobre a doutrina processual legislativa, uma vez que afirmam ser o processo ou procedimento legislativo, indistintamente, conjunto de atos preordenados que visam um fim: a lei.

Observa-se que nem a doutrina, nem o próprio poder legislativo desenvolvem qualquer consideração acerca do processo fora das concepções tradicionais; sequer consideram o processo como teoria da lei democrática³⁴, o qual imporia a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia também no âmbito da produção legislativa.

³⁴O Leal (2010) tem uma obra intitulada *Processo como teoria da lei democrática*, onde coloca uma reflexão sobre a importância do princípio da legalidade no Estado de Direito, a partir desse, conjectura o Estado Democrático.

Nessa obra, ele entende que a norma legislativamente juridificada não pode ser entendida como uma rede de textos que, conseqüentemente, garanta instrumentalidade jurídica de dominação que emana de repressores dirigentes que utilizam linguagem antiga e ultrapassada.

A teoria neoinstitucionalista desenvolvida por Leal (2010), investigando a jurisdição e o papel do Estado sob a ótica do Estado Democrático de Direito, crítica o poder que é suposto em Oscar von Bülow, Elio Fazzalari e os processualistas posteriores, para legitimar as decisões do juiz e a atuação do Estado.

Insta salientar que a teoria neoinstitucionalista será desenvolvida em capítulo posterior. No entanto, adentrando superficialmente no tema envolvendo o procedimento legislativo, é importante destacar que não basta que a norma tenha conteúdo constitucional, é preciso que o procedimento de elaboração normativa legislativa respeite os princípios fundamentais constitucionais da ampla defesa, isonomia e contraditório. Assim, propõe-se uma reflexão sobre a processualização do procedimento de elaboração normativa legislativa, no sentido da teoria neoinstitucionalista do processo.

8 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA OBJETIVIDADE DO CONHECIMENTO DE KARL R. POPPER PARA A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO DE ROSEMIRO PEREIRA LEAL

Popper (2009) propôs uma teoria epistemológica que afirma que a falseabilidade e a criticabilidade dão ao conhecimento um caráter científico e independente, portanto, da certeza subjetiva ou da autoridade de quem o produz.

Para entender a teoria do supracitado autor, é preciso, primeiramente, entender o que ele chama de mundo 1, 2 e 3: “[...] Mundo 3; produto da mente humana (teorias); Mundo 2: experiências mentais; Mundo 1: objectos físicos incluindo organismos.” (2009, p.75).

Mundos 1 e 2 dois são, respectivamente, corpos físicos e estados mentais, explica melhor o autor:

Desse modo, além do primeiro mundo, o mundo dos corpos físicos e fisiológicos, a que chamarei <<mundo 1>>, parece existir um segundo mundo, o dos estados mentais, que designarei por <<mundo2>>. Surge assim o problema do relacionamento estes dois mundos, mundo 1 dos estados ou processos físicos e o mundo 2 dos estados ou processos mentais; é este o problema corpo-mente (POPPER, 2009, p.18).

Quanto ao mundo 3, ou seja, os produtos da mente humana ele é o lugar dos problemas objectivos, dos argumentos e das teorias,

[...] pensamento no sentido subjectivo é um processo mental que pode diferir muito consoante a ocasião e a pessoa. No caso do nosso exemplo, consistirá em perceber que as três linhas são raios, e, por conseguinte com o mesmo comprimento. Acontece num determinado momento. Pensamento no sentido objectivo é o conteúdo de uma afirmação (ou asserção ou proposição) ou o encadeamento de um argumento, ou a dificuldade constituída por um problema por resolver. Embora possa ter sido inventado ou descoberto em determinada altura, só depois, em qualquer ocasião é que porventura será absorvido ou subjectivamente compreendido (POPPER, 2009, p. 51).

Popper (2009) afirma que a autonomia do mundo 3 está relacionada com os problemas, argumentos e teoremas que ainda não se constatou e que talvez nunca se chegue a descobrir.

Direi ainda que, conquanto tenha origem em nós, o mundo 3 é em grande parte autónomo; existirão inúmeros problemas autónomos, argumentos e teoremas de que até agora não apercebemos e que talvez nunca cheguemos a descobrir. Este último ponto é de importância decisiva, pois demonstra o seguinte: muito embora tenhamos dado início à geometria e à aritmética (quer dizer, à

teoria de números), os problemas e os teoremas terão existido antes de alguém os descobrir, sendo por isso impossível de pertencerem ao mundo 2 – não podem ser estados mentais ou pensamentos subjectivos. Tal facto determina com rigor aquilo a que dou o nome de “autonomia” do mundo 3. Uma expressão adequada, mas não importante, ao contrário do que afirmo a seguir: não obstante os vários domínios ou áreas do mundo 3 surgirem como invenções humanas, aparecem também na qualidade de consequências involuntárias destas, os problemas autônomos e as suas possíveis soluções. Tais problemas existem independentemente da consciência deles, mas podemos descobri-los no mesmo sentido em que descobrimos outras coisas, novas partículas elementares ou montanhas e rios desconhecidos, por exemplo.” (POPPER, 2009, p.53).

A teoria dos três mundos (corpo, mente e o produto da mente) tem como base, a afirmativa de que o conhecimento nasce em problemas e termina em problemas. Assim, ao tratar do conhecimento objetivo e sua relação com os problemas, o autor explica que:

Um exemplo do conhecimento objetivo que começa e termina num problema prático foi o problema original de Henry Ford: como prover de transportes o vasto território dos Estados Unidos? Era o seu P^1 . Como teoria, propôs que se construíssem automóveis baratos. Após diversas tentativas experimentais e diversos erros, isso conduziu a um novo problema: como providenciar estradas e estacionamento para os carros? O problema original, P^2 , foi o dos transportes; o novo problema, P^2 , o do trânsito – um problema frustrante (POPPER, 2009, p.26).

Nesse ponto, o autor apresenta a fórmula geral, segundo a qual o conhecimento poderia evoluir a partir da tentativa de resolver problemas:

A minha teoria da evolução baseia-se no já referido esquema quádruplo muito simplificado: $P1 \rightarrow TE \rightarrow EE \rightarrow P2$
 Neste caso, TE pode ser uma teoria experimental ou, em termos mais gerais, um ensaio experimental, EE . Tal como nas vezes anteriores, é a eliminação de erros, não necessariamente através do debate crítico, mas também, por exemplo, por meio da selecção natural ou devido ao facto de não se conseguir solucionar o problema $P1$. $P2$ representa o novo problema e pode resultar da eliminação de erros ou do ensaio experimental (POPPER, 2009, p.119).

Assim, a teoria popperiana da evolução do conhecimento, parte de um novo problema e propõe uma nova solução e, para a nova solução, outro problema será encontrado. É por isso que, para Popper (2009), como se vê, a fórmula da evolução do conhecimento aponta para o conhecimento que parte de problemas e acaba em problema.

Em razão disso, o autor defende a relatividade das teorias científicas. Para ele, as teorias científicas não são imutáveis e, sim, conjecturais e provisórias. Para tanto, explica que o teórico interessado pela verdade deve ser interessado, também, pela falsidade.

O teórico interessado pela verdade deve estar também interessado pela falsidade, porque descobrir que uma asserção é falsa é o mesmo que descobrir que sua negação é verdadeira. Assim, a refutação de uma teoria será sempre de interesse teórico. Mas a negação de uma teoria explanativa não é, por sua parte, uma teoria explanativa (nem tem como regra o “caráter empírico” da asserção de teste de que é derivada). Por interessante que seja não satisfaz o interesse do teórico em encontrar teorias explanativa verdadeiras (POPPER, 1999, p.24).

E não sendo imutáveis, devem ser submetidas à testificações. Para testar uma teoria (solução), faz-se necessário verificar se todas as teorias (soluções) suportam críticas e aceitação. Mesmo que uma teoria (solução) seja aceita, não existem garantias de que sobreviva a novas críticas (POPPER, 2009).

Baseado nessa afirmativa, Popper (2009) desenvolve o conceito de conhecimento objetivo, em que as teorias são instrumentos que duelam e, na discussão crítica aplicada, vence a teoria sobreviva.

Temos aqui várias teorias concorrentes, cada qual dando origem a novas experiências – a tentativa de fazer fracassar as teorias – e a novos problemas. *DCA* significa <<debate crítico apreciativo>>, por meio do qual procuramos decidir qual das teorias rivais será suficientemente forte para sobreviver e qual deverá ser eliminada por completo.

O esquema mostra que a evolução do conhecimento pode ser encarada como uma luta pela sobrevivência entre teorias em competição; apenas as mais aptas sobrevivem, embora possam ser eliminadas a qualquer momento (POPPER, 2009, p.27).

Aliás, segundo o autor, o conhecimento objetivo está ligado às ciências e técnicas científicas, enquanto o subjetivo se dá no sentido de ter conhecimento sem profundidade técnica e científica.

O conhecimento objetivo consiste em suposições, hipóteses ou teorias, habitualmente publicadas sob a forma de livros, revistas ou palestras. Consiste também em problemas não resolvidos e em argumento pro ou contra diversas teorias rivais. Por consequência, é obvio que o conhecimento objetivo forma parte do mundo 3 dos produtos da mente, deste modo, o progresso do conhecimento objetivo representara parte do crescimento do mundo 3, o que nos fornece uma pista para compreender como evoluirá o terceiro mundo (POPPER, 2009, p. 25).

Popper (2009, p. 17) afirma, ainda, que “[...] o conhecimento objectivo é construído por muitos elementos de conhecimento subjectivo que de algum modo estão ligados entre si, mas que não se confundem.”.

Um exemplo de conhecimento objetivo e subjetivo é o processo de criação, onde o artista e a obra influenciam-se mutuamente: a obra oferece-lhe constantes sugestões que interferem na ideia inicial do criador (POPPER, 2009).

O autor afirma não se preocupar com o significado das palavras, mas, sim, com suas teorias e o problema da sua verdade, ou aproximação da verdade, uma vez que, para ele, palavras soltas são destituídas de importância (POPPER, 2009).

Contudo reconhece o importante papel que as palavras desempenham no conhecimento objetivo.

No que se refere ao conhecimento objetivo, poder-se-á dizer que abrange o universo das bibliotecas dos livros e dos jornais, assim como o relato verbal e a tradição oral. Como é óbvio, a linguagem desempenha um papel importantíssimo no mundo do conhecimento objetivo; mas também tem papel relevante nas artes (POPPER, 2009, p.55).

Torna-se imperioso destacar que o autor trabalha a evolução da linguagem humana e demonstra a importância biológica da evolução da linguagem humana, bem como o papel do conhecimento objetivo (POPPER, 2009).

Por meio da linguagem surgem novas ideias de verdade, uma vez que, do argumento, surge a crítica, a fim de verificar a validade do argumento.

Estamos perante a situação seguinte: a ideia de verdade diz respeito à descrição e à informação, mas surge apenas em presença do argumento e da crítica, porque afirmar que uma teoria é verdadeira ou falsa representa fazer um juízo crítico sobre ela. A ideia de validade relaciona-se assim com a função argumentativa ou crítica, do mesmo modo que a ideia de verdade se associa à função descritiva ou informativa – dizer que uma crítica ou argumento é válido ou não consiste em estabelecer um juízo crítico sobre ele. Contudo, no que toca a ideia de validade, há que reforçar ainda mais a crítica e apreciar criticamente o argumento ou a crítica a fim de estabelecer sua validade (POPPER, 2009, p.136 e 137).

A teoria da evolução do conhecimento desenvolvida pelo autor permite que o saber objetivo mantenha-se aberto a críticas. Através do método da experimentação e da eliminação do erro, a ciência evolui.

Conforme leciona Popper (2009), tudo o que se pode fazer é comparar as teorias linguisticamente formuladas com as experiências e eliminar os erros. Nesse sentido, todo o conhecimento será para sempre conjectural e provisório.

8.1 A influência popperiana na teoria neoinstitucionalista do processo

Na Teoria Neoinstitucionalista, logo em sua primeira página, Leal (2013) utiliza a teoria da falseabilidade de K. R. Popper para fundamentar seus argumentos.

A minha teoria neoinstitucionalista do processo dá seguimento às conjecturas de Popper, migradas, à minha instância, para a área jurídica, sobre a sociedade aberta, a miséria do historicismo e principalmente sobre o seu método de encaminhar o conhecimento científico: o falseacionismo (falseabilidade) (LEAL, 2013, p. 1).

Utilizando-se da teoria de Karl R. Popper, Leal (2013) defende que as teorias científicas são conjecturais e provisórias e, assim, questiona a dogmática do direito processual e, por conseguinte, testa-a.

A partir dos conhecimentos de Karl Popper, constata-se que, de acordo com sua proposta epistemológica, pode-se linguisticamente controlar as teorias e escolher aquela que melhor se sustenta, diante de uma testificação teórica.

Em Popper, como se infere, não há proibição, pela via da discussão crítica (linguístico-evolucionária-problematizante), de eleger uma entre várias teorias como marco de controle de nosso pensar, como também, a partir da teoria adotada, podemos controlar as nossas teorias. Não quer dizer que as teorias não possam ser trocadas, substituídas, eliminadas. Porém, entre teorias concorrentes, há de se buscar o melhor padrão teórico-regulador para não abolir emocionalmente o sistema que se sustenta por uma testificação teórica continuada à realização de propósitos e objetivos (LEAL, 2013, p. 81).

A não vedação quanto à possibilidade de eleger a teoria que melhor se sustente se coaduna com o direito democrático na medida em que “[...] não é dado na democracia discursivo-processual excluir alguém da formação exossomática de sua consciência teórico-coletiva” (LEAL, 2013, p.81).

O direito que se pretenda democrático não pode fechar-se em uma proposta, tendo-a como imunizada às críticas. Abrir-se a falseabilidade possibilita aperfeiçoamento e testificação do direito. A simples reprodução de doutrinas processuais, que servem para legitimar a existência da autoridade, não permite que o direito processual avance.

A teoria neoinstitucionalista propõe a superação da dogmática³⁵ processual tradicional, no sentido de que as decisões sejam construídas, em simétrica participação dos interessados, e que não sejam fruto da interpretação da autoridade.

Destaca-se o conceito de processo utilizado pelo autor, que não se alinha à dogmática tradicional, uma vez que afirma estar relacionado com a observância e efetivação de princípios constitucionais.

Em minha teoria, e o "Processo" a instituição constitucionalizante e constitucionalizada do ordenamento (sistema jurídico) implantado, não impondo imanência do procedimento ao processo para ser assegurado o contraditório nas estruturas da procedimentalidade. A chamada "jurisdição constitucional" (normas constitucionais conduzidas pelo saber do juiz) concebe ainda o "processo" como seu particular instrumento realizador do mito da Justiça, do bem comum e dos fins sociais (metajurídicos) aos moldes da Teoria bülowiana alcançada ao nível da operacionalização da "Lei Magna" (LEAL, 2013, p.5).

Para Leal (2013), o devido processo legal é um marco no sistema normativo que permite a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais e, conseqüentemente, do direito processual democrático.

A obra de Leal (2013) apresenta o processo como teoria da lei democrática, em que as instituições e institutos jurídicos, desde a elaboração da norma até sua aplicação e interpretação, garantam que os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia sejam efetivados.

Tendo a vista o questionamento desenvolvido na teoria neoinstitucionalista do processo sobre a legalidade, dedicar-se-á o próximo capítulo para verificar seus argumentos.

8.2 O princípio da legalidade na teoria neoinstitucionalista do processo

Leal (2013), em sua obra *Processo como teoria da lei democrática* denuncia o caráter retórico do princípio da legalidade.

O autor entende que, ao não se questionar a instituição da lei, torna-se a constituição escritura sagrada só decifrável pelas autoridades investidas numa escuta sobrenatural restritas ao Estado-juiz.

³⁵ "Ciência Dogmática do Direito que, a meu entender, é um instrumento lógico-jurídico de livre manobra dos *experts* e autoridades para realizar, de modo monológico e tópico-retórico (doutrinário), com apoio na *dogmática analítica*, a mítica dos ideais de falaciosa justiça, paz, bem comum e fins sociais de um direito que pode ou não ser legislado" (LEAL, 2013, p. 14).

Segundo o autor, a sociedade, pressuposto que critica na obra, só é aceitável ”pelo caráter retórico do princípio da legalidade que se transmuta a cada dia mais fortemente em princípio da jurisdição e que alguns juristas no Brasil entendem que é extraível da constituição vigente (art.5º, XXXV), sendo superponível aos princípios constitucionalizados do *devido processo*” (LEAL, 2010, p.131).

O princípio da legalidade, além de ser retórico, se abordado da perspectiva do Estado Social e Liberal, deixa lacuna para atuação da autoridade.

Com efeito, a lei escrita para o positivismo por se formular pelo princípio retórico da legalidade, nos Estados liberal e social de direito, abre uma “esfera pública” (vazio) no próprio âmago estrutural da lei onde se aloja a autoridade para, em nome do Estado-juiz, dirigir o “privado” por “interesses públicos” de sua livre escolha e transitada convicção (LEAL, 2010, p.133).

Em seguida o autor afirma:

Mais grave que o “caráter retórico” da legalidade é a tirania decisória que seus efeitos acarretam com a consequente exclusão da possibilidade processual de uma democratização do sentido da lei, o que tem levado a humanidade a experimentar secularmente a ditadura da linguagem historicista (paideica) dos líderes carismáticos que se apresentam como dirigentes predestinados, juízes oniscientes, funcionários íntegros e talentosos, patriotas autênticos e burocratas indispensáveis (LEAL, 2010, p.134).

As críticas incluem também o princípio da extralegalidade legalizada e da reserva legal que ampliam o caráter retórico do princípio, porque podem ser invocadas e utilizadas acima dos princípios fundamentais - o que ofende os princípios de Estado Democrático de Direito.

Como ponto central para discutir o princípio da legalidade, o autor levanta uma crítica a respeito do significado das palavras que dependem de interpretação.

Acontece que o caráter determinista das “valorações e práticas sociais” não emerge inocentemente dos “usos e sentidos da linguagem” jurídica, preventiva ou repressiva (deôntica), caracterizadora dos textos de leis. O que não se percebe é que a vontade do legislador e a vontade autônoma da lei não são inócuas ante a “convenção social”, mas funcionam como superestruturas estratégicas (removíveis) da “sociedade-simulacro” historicamente reimplantada na consciência cultural pela razão do iluminismo que difundiu a convicção de uma “moral” (substratos de valores de retidão universal) como estatuto ético de uma solidariedade imanente à natureza humana (organismo) que deveria ser perpetuamente conservada e exaltada. Por isso é que a “arbitrariedade do signo” egressa do “caráter convencional” que lhe subjaz pelos “valores” e práticas sociais é tida pelos positivistas da dogmática jurídica como imanente ao próprio signo, devendo as suas “relações de sentido” ser resolvidas pela via de “meios de interpretações” que, de certo,

pioram a expectativa da prometida possibilidade democrática de fixação do sentido da lei para todos (LEAL, 2010, p.140 e 141).

Contudo, Leal (2010) apresenta um meio de superação da supervalorização do princípio da legalidade, e a superação de dispositivos legais de cunho liberalizante/social. Para tanto, cita trecho da dissertação de mestrado de Rosa Maria Cardoso da Cunha que elenca pontos fatais dos mitos relativos à legalidade:

- 1 – que existe um legislador racional produzindo um sistema jurídico coerente, econômico, preciso, etc;
- 2 – que o ordenamento jurídico não possui contradições e redundâncias, e, especificamente, o direito penal não exhibe lacunas;
- 3 – que a ordem jurídica é finalística, justa e protege, indistintamente, os interesses de todos os cidadãos;
- 4 – o que o julgador é, axiologicamente, neutro enquanto decide, portanto não há arbítrio da justiça;
- 5 – que o julgador, no direito penal, busca a verdade real e não o preferível do ponto de vista valorativo (CUNHA, *apud* LEAL, 2010, p. 150).

O autor ensina que é preciso abandonar as máximas utilizadas no Estado liberal e social que justificam o princípio da legalidade, porque, nelas, a lei emana de uma racionalidade entre legislador e julgador derivada de uma realidade social posta por convenções sociais (LEAL, 2010).

O que a autor pretende é discutir por que são aceitas as decisões de um grupo detentor de poder, capazes de modificar significativamente a vida dos cidadãos, sem questionar suas raízes:

Assim trabalham o mito da sociedade pressuposta de um homem auto-iluminado pela sua inata Razão, devendo este homem ser severamente responsabilizado (até morto, banido!) pelo não uso de sua prodigiosa Razão (livre arbítrio miraculoso para salvar essa fantasmal sociedade). Esse homem kantiano e a maior monstruosidade já inventada (e já academicamente venerada e eternizada) e fundadora de um mito ainda mais escabroso que o do "agente capaz" (livre, cidadão nato e civilizador intuitivo) para criar e praticar "atos jurídicos", inclusive fazer leis e ditar o direito. E esse "agente", como detentor legiferativo e natural do "poder constituinte originário" (que se autotutela pelo seu próprio saber) que é o maior entrave a construção de uma democracia contemporânea (pós-moderna) aos moldes de minha teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2013, p.7).

A partir da aplicação da falseabilidade, no sentido de possibilitar criticar as decisões às quais a sociedade fica submetida, permite-se que a teoria neoinstitucionalista apresente uma nova concepção para os direitos fundamentais, melhor, não se trata de uma nova concepção, mas, sim, de utilizar os direitos fundamentais constitucionais, como base do direito.

Enxergar os direitos fundamentais, sob essa perspectiva, permite perceber o problema da inefetividade das leis. Como consequência, faz refletir sobre suas causas e consequências. Leal (2013) afirma que a inefetividade do direito está relacionada à entrega da atuação do direito ao Estado Dogmático.

A inefetividade do direito, ao longo dos milênios, máxime, com maior transparência, a partir do sec. XVI ocorre pela entrega da atuação do direito ao Estado Dogmático, isto é, aquele que, como Estado-juiz, filia-se a dogmática analítica em que a crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei parlamentarizada a pretexto de que a lei é dotada de uma incompletude fatal. Quando é crido que a lei tem uma incompletude fatal e que as leis não regulam a sua própria aplicação, ainda não se cogitou de uma teoria da lei como fiz, por obra publicada, na teoria neoinstitucionalista do processo. Preconizar a completude ou incompletude da lei é fenômeno acessível ao senso comum do conhecimento, mas dizê-las fatais como justificação de lhes sobrepor a soberania da vontade da autoridade judicante e desistir de pensar, conjecturar, teorizar. E render-se a tirania da jurisdição positivista que hoje já se julga altaneira e intocável sob rótulos de tribunais excelsos que acintosamente jurisprudencializam a priori o direito em flagrante substituição ao processo jurídico-legiferativo (LEAL, 2013, p.3).

A teoria neoinstitucionalista propõe ultrapassar a concepção de democracia que visa, apenas, instrumentalidade jurídica de dominação. Reconhecendo a incompletude da linguagem humana, o saber permite “construir decisões jurídicas, numa concepção democrático-processual neoinstitucionalista, com referente logico-jurídico-autocritico-discursivo (devido processo)³⁶, a fim de que destinadores e destinatários alcancem uma hermenêutica isomênica.” (LEAL, 2010, p. 282)

A hermenêutica isomênica, segundo Leal (2013) é aquela que garante um direito de igual interpretação e argumentação.

A minha teoria me conduziu a conjecturar o exercício de uma "hermenêutica isomênica" que vinculasse os argumentantes a sentidos normativos, atinentes a direitos fundamentais, já pré-estabilizados na base instituinte da Lei Constitucional de tal modo a assegurar (garantir) um direito igual de

³⁶“O importante em minha teoria, como veremos nos capítulos seguintes, é o direito fundamental do devido processo - eixo sistêmico (construtivo operativo) da constitucionalidade que e também direito líquido, certo e exigível, pré-julgado no nível instituinte e constituinte do direito a ser constituído (Lei Publicada), não podendo ser postergado em nome de qualquer outro direito, sendo que como já explicitado, tais direitos se definem em normas teórico-principiológicas de denotação biunívoca: vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, e isonomia-igualdade (dignidade). Em minha teoria, a oferta retórica do contraditório não gera direito fundamental, se o próprio contraditório não é acolhido para realizar o direito a "vida humana" (digna), assim como seria inócua a oferta de liberdade de ir e vir, de livre manifestação de ideias, como negativa do exercício processual da ampla defesa como coextensiva ao contraditório ordinariamente procedimentalizado com os recursos a ela pertinentes no sentido de sempre "ampliar" (testificar) o julgamento monocrático nas democracias não paideicas por um estado superior de reapreciação recursal colegiada (eliminação de erros) de que não participe o autor da decisão recorrida (aqui indescartável duplo grau de competência (jurisdição?) pela lógica (esquema) problematizante de Popper)”. (LEAL, 2013, p.10.).

interpretação e argumentação para todos (o que não deve ser confundido com um direito de igual interpretação), porque nada adiantaria a engenhosa concepção de processo de Fazzalari, se o "provimento final" estivesse, desde a instauração procedimental, cercado de total incognibilidade para as partes e assim continuasse após prolatado, em face das mutações jurisprudenciais e de compreensibilidade revisional que o surpreenderiam na trajetória recursal (LEAL, 2013, p. 10).

Em suma, a teoria neoinstitucionalista só é compatível com o Estado de Direito Democrático em que o devir processual é conformado e articulado com seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia) não violem os princípios da liberdade e dignidade, mas, sim, se articulassem de modo biunívoco (LEAL, 2013).

A teoria neoinstitucionalista nas palavras de seu idealizador.

O que minha teoria trabalha é o controle processual de democraticidade sistêmica, desde o nível instituinte da lei até sua aplicação, aberto a qualquer do povo (comunidade jurídica de legitimados ao processo) segundo os elementos linguísticos-autocríticos-jurídicos do devido processo em concepções deste ensaio sobre o *dueprocess* e o devir processual democrático (LEAL, 2013, p.103).

Assim, a democracia impõe pela teoria neoinstitucionalista, a processualização do procedimento de elaboração normativa legislativa que se mostra livre de qualquer tipo de controle criando o monstro da livre vontade legiferante³⁷. Segundo Leal (2013), a livre vontade legiferante é que fortalece a dominação social.

É importante destacar que o controle processual de democraticidade alcança qualquer modalidade procedimental.

A fiscalidade é desenvolvida a partir da compreensão de um sistema jurídico coconstitucional (constitucional) teoricamente construído segundo os elementos linguístico-autocrítico-jurídicos do devido processo em concepções não dogmáticas (ver meu artigo "o *dueprocess* e o devir processual democrático"). Com efeito, a fiscalidade processual pela via incidental, ao exercício do controle de democraticidade pelo paradigma de Estado Democrático de Direito, na estrutura dos procedimentos instaurados, é inarredável em minha teoria. (...) Esse controle processual de democraticidade alcança toda e qualquer modalidade procedimental (o civil, o penal, o administrativo, o lefigerativo, o tributário, o trabalhista e demais tipos de procedimentos).

Por isso, na minha teoria, esse controle é obstativo da instalação das autocracias e cleptocracias próprias dos pseudosistemas de poderes políticos-jurídicos que se disfarçam em democracias estatizadas nos modelos de Estado Social e Liberal do Direito ao longo dos séculos (LEAL, 2013, p. 104).

³⁷ Essa expressão é usada por Rosemiro no desenvolvimento de sua teoria, uma vez que sua teoria abraça todas as fases do direito desde sua instituição até sua aplicação.

A teoria neoinstitucionalista mostra o quanto se tornou impraticável a visão de democracia fundada nos modelos social e liberal. O Estado Democrático de Direito deste século é pautado pela proteção dos direitos e garantias fundamentais. Assim, todo sistema jurídico, desde sua instituição até sua aplicação, deve observância e proteção aos direitos fundamentais constitucionais.

Em razão disso, a teoria neoinstitucionalista, em construção permanente, propõe um enfrentamento crítico para desmistificar a criação e aplicação do direito pela intuição e talento de especialistas (autoridades) (LEAL, 2013)

O processo, na ótica pós-moderna, fundamenta o Estado Democrático de Direito compreendido como assegurador dos direitos fundamentais informados pela constituição. Desde que construído de acordo com os princípios da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes num plano horizontal, em conformidade com a teoria neoinstitucionalista do processo, conforme exposto, e, não mais, em um plano vertical, impositivo de prestação jurisdicional.

A teoria neoinstitucionalista do processo de Leal (2013) afirma a necessidade de criação de procedimentos acolhedores do devido processo.

O vir-a-ser pelo processo cria juridicamente existência presencial na realidade fracassada (restos institucionais de violência histórica) a promover uma constitucionalidade a serviço da comunidade jurídica de legitimados ao processo que, auto incluindo-se na fruição de direitos de sua própria fundação (vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade), estabelecem uma sociedade humana (democrática) de seres responsáveis por seu próprio destino. Portanto o devir processual democrático (Devido Processo) não é um vir a ser pelo já ser (o passado irreflexo), porem se enuncia como construtivo de um ser (existência jurídica) teoricamente corroborado (constitucionalizado) e operativo de direitos fundamentais líquidos, certos e exigíveis, desde os níveis instituinte e constituinte da produção normativa (LEAL, 2013, p.38).

Nesse sentido, torna-se clara a necessidade de processualizar o procedimento de elaboração normativa legislativa, uma vez que somente será possível constitucionalizar o procedimento, em sua totalidade, com a processualização constitucional, desde a atuação dos legitimados para legislar e, não apenas, na aplicação da lei.

Destacar-se-á a necessidade de lutar contra a criação de um direito legislado em que, apenas, se sobrepõe uma vontade dita soberana.

8.3 Devido processo constitucional

Com a evolução do devido processo legal, para o *status* de direito fundamental assegurado pela Constituição, é que, de acordo com Leal (2001), se obtém o que hoje é conhecido como devido processo constitucional.

Segundo Leal (2013), o Direito Processual Constitucional tem sua origem em conteúdos da teoria pura de Kelsen:

[...] que, ao trabalhar o processo como *Devir* instrumental do *trial*, para decidir para decidir entre livres e iguais em seu ser e haver pelo ter como *property* adquirida na atemporalidade, desgarrar-se da instrumentalidade bülowiana de cumprimento prévio de pressupostos de delimitação judicante para se transmutar em substantive process e significar a atuação jurisdicional (*jurisdictio*) da *lawoftheland* pelo rito de condutas procedurais livremente postas pelos juízes (LEAL, 2013, p.36).

Dos ensinamentos de Kelsen extrai-se a ideia do “[...] devido processo pelo *trial* é o *Devir* como *vir-a-ser* conforme a necessidade historizada da *traditio* à solução de conflitos de (Von Jhering) entre patrimonializados”.(LEAL, 2013, p.36)

É importante destacar que Leal (2013) entende que o *devir* processual democrático não é um *vir a ser* pelo simples fato de já ser e, sim, um *vir-a-ser* que viabiliza a atuação dos direitos fundamentais em nível instituinte e constituinte da produção normativa.

Leal (2013) critica a teoria pura de Kelsen que se desenvolveu, sem levar em consideração o Estado Democrático de Direito, e que, por conseguinte, impõe um Processo Constitucional eivado de “[...] rótulos tecnicistas que premiam um saber absoluto e ininterrogável de decisores onipotentes escorados em “doutrinadores” talentosos, sensíveis, sensatos e intuitivos” (LEAL, 2013, p. 37).

A teoria neoinstitucionalista do processo apresenta um devido processo como se vê na citação seguinte:

A teoria neoinstitucionalista do processo inaugura uma concepção de **devido processo** como *devir* a partir de uma linguisticidade jurídica que é marco interpretante de criação (*vir-a-ser*) e atuação de um sistema normativo de tal modo a permitir a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade (igualdade), como direitos fundantes (fundamentais) de uma constitucionalidade instrumental à sua respectiva implementação. A constituição não é um mero artefato gráfico-cartular (ou eletrônico), mas um **discurso** cujo **texto** se faz por uma **teoria do processo** como **interpretante** construtivo e operacional do sistema a possibilitar um igual direito de interpretação para os produtores e destinatários normativos, rompendo-se, assim, com o axioma positivista de que “não é possível construir um saber unitário e coerente sobre o direito, oferecendo respostas no âmbito de uma só teoria” (LEAL, 2013, p.37).

Considerando o artigo publicado por Leal (2001), intitulado *Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático* tem-se que o devido processo constitucional se apresenta em duas vertentes, sendo uma o *devido processo legal* (no sentido de procedimento), e outra ao *devido processo legislativo* (concretizador de direitos).

A Jurisdição Constitucional, nas democracias plenas, tem seu controle de atuação pelo devido processo legislativo que é o instituto jurídico de sustentação permanente do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL. Aliás, a própria constituição é produzida, nas democracias, com total observância do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL (devido, porque fiscalizável pelo POVO legitimado ao processo) – eixo de geração do texto constitucional como cláusula teórico-fundante dos fundamentos do paradigma da Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático (LEAL, 2001, p. 22).

A Constituição Federal de 1988, ao apresentar o devido processo constitucional (garantidor dos direitos fundamentais), conseqüentemente, alterou as formas do devido processo legal e do devido processo legislativo. No tocante ao devido processo legislativo, a elaboração de leis deve desenvolver-se por meio do povo, por meio de seus representantes, a partir de uma ampla discussão. (LEAL, 2001)

No mesmo sentido, o devido processo legal não pode ser concebido como simples procedimento, uma vez que tem conteúdo material e processual informado pelo devido processo constitucional. Logo, tanto o devido processo legislativo, quanto o devido processo legal são formas de consolidar o Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil.

É importante destacar que a Constituição Federal/1988, em seu inciso LIV do art. 5º, é incisiva quanto à obrigatoriedade de submissão ao devido processo legal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

Diante da previsão constitucional elencada acima, o devido processo legal é um instituto que merece dedicação no mundo acadêmico, tendo em vista sua importância constitucional. André Del Negri (2008, p. 15) leciona conceito de processo e devido processo legislativo.

Portanto, pode-se, neste trabalho, distinguir a diferença entre Procedimento Legislativo e Devido Processo Legislativo, sendo que esse último só se configura quando o procedimento de elaboração das leis se abre a uma fiscalidade ampla por meio da teoria do controle democrático de constitucionalidade.

Torna-se relevante observar que o devido processo tem como destinatário todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, em todos os procedimentos administrativos ou judiciais. E, mesmo em casos de instabilidade democrática, como estado de sítio e estado de defesa e na intervenção federal, os destinatários não sofrerão restrição a esse direito.

Apesar de não seguir a mesma linha de pesquisa da teoria neoinstitucionalista, Didier Jr.(2012) reconhece a importância do devido processo legal e ensina que nenhuma norma pode existir sem a devida observância.

Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional (DIDDIER JR, 2012, p.45).

Segundo a teoria neoinstitucionalista, no entanto, o devido processo legal é visto como uma instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento, seja ele administrativo, legislativo ou judicial (DEL NEGRI, 2008).

Segundo Del Negri (2008), o Devido Processo Legislativo é um direito-garantia que os cidadãos têm para que a produção normativa seja realizada nos termos do seu eixo teórico.

Nesse sentido, o Procedimento Legislativo, para atingir suas plenas condições de regularidade deve guardar fundamental observância à Lei Constitucional (Devido Processo Constitucional), regenciadora da estrutura normativa (Procedimento) e dos atos do legislador que, interessado no provimento final (lei), pode participar na sua preparação desde que submetido às diretrizes formais do processo constitucionalizado. Como se pode perceber, o Devido Processo Legislativo, o qual é também Devido Processo Legal, é um direito garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o eixo teórico-discursivo atual (Direito democrático), concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional (DEL NEGRI, 2008, p.117).

O devido processo legislativo constitucional, que assegura a efetivação dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia de modo institucionalizado, representa o paradigma

do Estado democrático de direito, uma vez que os afetados pelas decisões legislativas participem da construção e interpretação normativa.

Como dito, o Direito é uma ciência aberta em constante construção, portanto, o conceito de devido processo legal sofreu e ainda sofre influências, desde os tempos do Império. Contudo, não se pode olvidar que, ainda que teorias anteriores tenham dado suporte às ditaduras e tiranias, devem ser vistas e utilizadas como marco referencial a ser esquivado.

A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.) em que pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às “leis do Império”.

Esse Decreto inspirou a Magna Carta de 1215, pacto entre o Rei João e os barões, que consagrava a submissão do rei inglês a *law of the land*, expressão equivalente a *due process of law*, conforme conhecida lição de Sir Edward Coke. A Magna Carta costuma ser tida como documento histórico mais remoto de consagração do devido processo legal, até mesmo em razão da forte influência que exerceu na formação dos Direitos inglês e estadunidense. A origem, porém, é germânica e um tanto mais longínqua (a influência germânica no desenvolvimento do direito comum inglês deve-se certamente à invasão normanda de 1.066 d.C., comandada por William, o conquistador, duque da Normandia).

Obviamente, o que se entendia como devido no século XIV (época do absolutismo monárquico, teocracia etc.) não foi o que se entendeu como devido no início do século XX (consolidação da igualdade formal, separação entre igreja e Estado, desenvolvimento acelerado da industrialização etc.), não é o que se entende como devido atualmente (informatização das relações, sociedade de massas, globalização etc) nem será o que se entenderá daqui dois séculos (DIDDIER JR, 2012, p.46 e 47).

Nesse sentido, a expressão “*Devido Processo Legislativo*” indica que, para uma lei ser legítima, seu procedimento de elaboração precisa superar os ensinamentos das teorias anteriores, que deram sustentação para a ditadura e, por conseguinte, deve observância aos princípios constitucionais.

9 A LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO – A NECESSÁRIA PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE LEGIFERATIVA

Inicialmente, insta salientar que, no Estado Democrático de Direito, os conceitos de processo e procedimento, utilizados pela doutrina tradicional não mais se sustentam. Assim, faz-se necessária ruptura com as estruturas do passado, para que futuros estudiosos não continuem se equivocando e reproduzindo teorias que já não se coadunam com o Estado atual.

Nesse diapasão, torna-se essencial destacar a perspectiva de Leal (2014), em que o processo não pode ser considerado, apenas, relação jurídica que se desenvolve por meio de

uma sequência de atos e, sim, uma teoria que constitucionaliza os procedimentos garantindo às partes o contraditório.

O procedimento, distinguindo-se do processo, pela ausência da qualidade constitucional principiológica do contraditório, é que deve merecer estudo especial para defini-lo, não mais como ritualística manifestação perceptível do processo, mas como uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, que se configura pela sequência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativas do modelo procedimental. De conseguinte, o procedimento é a manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica. É a estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo princípio da reserva legal que, na CF/1988, está inscrito no art. 5, II. Há de se notar, a rigor, que o procedimento, em sua construção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este precondição do ato sequente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato) o qual encerra uma etapa significativa ou o ciclo total do procedimento. Por óbvio, o procedimento não se concretiza pela lógica diretiva da atividade jurisdicional do juiz, mas atualmente pelas condicionantes lógicas dos princípios (institutos) do processo constitucionalizado, como visto em minha teoria neoinstitucionalista (LEAL, 2014, p. 96).

De acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo, tratada neste trabalho, o processo é uma teoria constitucional de direito democrático que promove a cidadania e que estrutura os procedimentos para que os provimentos finais resultem de uma paritária participação isonômica e democrática entre os sujeitos do processo.

Deve-se lembrar que a constituição determinou que o Brasil é um Estado Democrático de Direito³⁸ que deve respeitar direitos e garantias fundamentais. As leis devem, portanto, ser alicerçadas em princípios constitucionais desde sua elaboração, o que se coaduna com a teoria neoinstitucionalista.

Após a promulgação da Constituição de 1988, os princípios constitucionais passam a informar a produção legislativa. Assim, o processo legislativo amplia seu âmbito de atuação não podendo ser considerado, apenas, uma mera sequência de atos coordenados. Segundo Del Negri (2008, p. 103),

[...] com essa crescente constitucionalização do processo, tem-se, portanto, uma nova remodelação do direito processual, consolidado nas Constituições

³⁸ O Estado de Direito é aquele que só pode ser visto a luz do princípio democrático, que legitima o domínio público e o exercício do poder. E a seu turno, o Estado Democrático de Direito também só pode ser entendido na perspectiva do estado de Direito. Assim, tal como só existe um Estado de Direito Democrático também só existe um Estado Democrático de Direito, cujos elementos se articulam. O Estado Democrático de Direito, em seu aspecto substancial, se acha vinculado a um determinado regime. Noutras palavras, o Estado Democrático de Direito é aquele democraticamente legítimo pela sua formação e pelo seu conteúdo (GONÇALVES, 2003, p.5)

do século XX como direito garantia, não podendo mais ter sua finalidade reduzida e confundida com a mera seqüência de atos coordenados, como desejam os adeptos da corrente instrumentalista.

A Constituição, nesse interim, representa, pois, o documento catalizador das exigências processuais modernas com o intuito de vislumbrar o processo como um sistema de garantias dos direitos fundamentais.

Não basta previsão constitucional dos direitos fundamentais. A lei, para ser legítima precisa instituir-se de procedimentos democráticos. Segundo Del Negri (2008, p. 22),

[...] só é possível existir Direito Legítimo se, na construção normativa, houver procedimentos democráticos e a possibilidade de abertura a um discurso jurídico processualizado pela teoria do controle de constitucionalidade (teoria que reconstrói a racionalidade da lei a partir de uma discursividade processual).

Além de ser informado por princípios, o procedimento precisa ser construído de forma que seja possível identificar de modo sucessivo as fases do processo.

O certo é que, nos procedimentos instaurados no bojo do sistema jurídico-constitucional legiferado a partir do eixo teórico do processo (se compreendido em minha teoria) as sentenças (atos provimentais interlocutórios ou terminativos) deles resultantes, se implicarem restrição de liberdade ou afetarem vida, dignidade, patrimônio das partes, somente ganham legitimidade jurídica se construídas a partir de um perfil lógico-jurídico da ordinariedade estrutural em que se possam distinguir, de modo linear e sucessivo, as fases postulatória, instrutória e decisória, ensejando às partes o exaurimento da cognição como já dispõem os incisos LIV e LV do art. 5º da CB/88 que, com essa redação, faz possível identificar o paradigma de Estado Democrático (não dogmático) de Direito como constituição jurídica protossignificativa e espacio-instrumental da operacionalidade do direito processualmente constituído (LEAL, 2010, p.99).

Nesse sentido, a existência de uma norma fica condicionada à obediência de procedimentos que resguardam seu provimento. Del Negri (2008) ensina que é preciso saber a diferença entre processo e procedimento para definir o âmbito do Processo Legislativo e não visualizá-lo como mera estrutura (procedimento).

Apesar de a doutrina dogmática não conseguir fazer distinção entre os dois institutos, Del Negri (2008) explica que as fases de preparação para discussão da lei seria o que ele chama de procedimentos. E que o processo acontece com a participação dos interessados congressistas, alicerçados nos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia (DEL NEGRI, 2008).

Observa-se que, de acordo com o que leciona Del Negri (2008), no procedimento encontram-se fases e, não, durante o processo.

Torna-se importante colacionar, também, as afirmações de Cattoni (2000) sobre o processo legislativo.

Nesse quadro, o processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito, pode ser caracterizado como uma sequência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assume seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais, e, realizados discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre os agentes legitimados no contexto de uma sociedade aberta de interpretes da Constituição, visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, nesse caso, de provimento normativos legislativos, que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica (CATTONI, 2000, p.109).

Diante do exposto, o procedimento de elaboração normativa deve se desenvolver via Devido Processo Legislativo baseado em um modelo processual constitucionalizado (contraditório, ampla defesa e isonomia) nos termos do Estado de Direito Democrático.

9.1 Exemplo de ausência de processualidade democrática

Por se tratar de um tema de suma relevância, interessa verificar existência de casos concretos que poderiam ser evitados tendo em vista a processualização dos procedimentos de elaboração normativa.

Para ilustrar, tem-se a Lei Complementar n.100/2007, promulgada no Estado de Minas Gerais que, desde a elaboração de seu projeto, já apresentava inconstitucionalidade grave.

O Projeto de Lei Complementar n.27/2007, apresentado na Assembleia Legislativa de Minas Gerais (2007), que deu origem à Lei complementar n. 100, de 2007, efetivou, sem concurso público, milhares de servidores que mantinham vínculo precário com a administração pública estadual, o que se mostra totalmente contrário ao comando constitucional previsto no art. 37, II da Constituição Federal de 1988.

Conforme atestado em capítulo supra, o regimento interno da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais prevê que todos os projetos de lei serão submetidos à apreciação da Comissão permanente de Constituição e Justiça, independentemente da matéria, para que, principalmente, sejam analisadas legalidade, juridicidade e constitucionalidade do projeto de lei.

Sendo assim, por óbvio, nos termos do regimento interno, o Projeto de Lei Complementar n.27/2007 foi submetido à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça,

bem como do plenário e, daí, surge a pergunta: por que um projeto de lei com tamanha afronta aos princípios democráticos transformou-se em lei?

Porque falta controle e fiscalização durante o procedimento de elaboração normativa legislativa. O termo *política* é comumente utilizado por parlamentares para justificar suas decisões durante as execuções de suas funções. Entretanto, é importante destacar que os parlamentares, no exercício de suas funções, devem representar a vontade do povo³⁹ e, não, o interesse próprio ou político de pequenos grupos.

9.2 Teoria da legitimidade legiferante

Sendo assim, o que se objetiva é que o procedimento de elaboração normativa legislativa seja processualizado para garantir legitimidade legiferante que se dará através da observância dos princípios fundamentais informadores do Devido Processo nos termos da teoria neoinstitucionalista do processo desenvolvida por Leal (2014).

No entanto, para isso, é preciso desverticalizar a atuação dos poderes, principalmente, do poder legislativo perante a sociedade. Nesse sentido, Cattoni (2000, p. 110) afirma que

[...] o processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos, e, na verdade, funcionam como ponto de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, do jurisdicional e do administrativo. Assim, a “participação em simétrica paridade”, dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantida pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação na discussão política, mediada processualmente e não necessariamente atual e concreta.

Ampliar os meios de discurso⁴⁰, fiscalização, responsabilização e controle dos atos dos parlamentares descomprometidos com os princípios constitucionais consolidará os

³⁹“O povo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislauf] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação” (MULLER, 2003, p.60).

⁴⁰ A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Habermas (2012), segundo a qual a legitimidade do Direito resulta da institucionalização de procedimentos democráticos abertos à participação popular, afirma-se que o procedimento de elaboração normativa adequado com tal postulada teórico é o procedimento de elaboração normativa constitucionalizada, ou seja, a aquele que garante a participação popular na formação da opinião e da vontade no âmbito legiferante.

Torna-se importante lembrar que essa teoria valoriza a comunicação para legitimação do direito. Conclui-se que a atuação parlamentar deve ser fundamentada pelo princípio da participabilidade, conteúdo constitucional, que visa dar efetividade da participação popular na formação da opinião e da vontade no âmbito legiferante.

princípios democráticos. Uma vez que, por meio da abertura de participação do discurso, é possível criticar e testar os discursos.

É importante destacar que não se pretende extinguir o controle de constitucionalidade após a positivação da lei. O que se pretende é ampliar a fiscalização e proteção dos princípios fundamentais constitucionais.

Del Negri (2008) afirma, também com base em Popper, que o dogmatismo é contrário à democracia. Para tanto, o autor ilustra a aplicação da teoria popperiana no procedimento de elaboração normativa legislativa.

$$P1 \rightarrow TT \rightarrow TT \rightarrow P2$$

Essa fórmula representa um método de resolução de problemas para se obter verossimilidades, desenvolvida em caráter de sucessividade. A fim de se expor a importância do contraditório e da ampla defesa durante o curso de formação da lei é que se fará uso dessa fórmula através de um empréstimo cientificamente orientado.

Dessa forma, quando um congressista apresenta uma proposição, a qual se pode denominar problema inicial (P1), seu conteúdo será exposto

Considerando-se, que a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, fomenta um procedimento de elaboração normativa fundamentada pelo princípio da participabilidade, o que altera entendimento doutrinário e dos operadores de direito, logo faz-se mister o desenvolvimento de um procedimento de elaboração normativa constitucionalizado, que respeita as garantias constitucionais.

É imperioso salientar a facticidade e a validade do Direito desenvolvida por Habermas (2012). A facticidade é entendida como a força coercitiva do Direito, já a validade é entendida como a aptidão de corresponder aos anseios sociais. Nesse contexto, a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia visa a resolver o problema existente entre legalidade e legitimidade.

Habermas (2012) critica o positivismo jurídico quando este sustenta que a legitimidade do direito apoia-se na legalidade, ou seja: o legal, por si só, é legítimo.

Contra esse entendimento de legalidade e legitimidade, Habermas (2012) propõe, como forma de legitimar o direito, um procedimento institucionalizado que dá suporte a ações comunicativas voltadas para o entendimento. Os direitos de participação política remetem à institucionalização de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por esse caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito (HABERMAS, 2012)

A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia desenvolve-se por meio de procedimentos institucionalizados que permitem a participação popular, e somente essa participação popular assegura a legitimidade do Direito, por meio de uma formação discursiva da opinião e da vontade. E essa institucionalização de procedimentos discursivamente abertos (democráticos) dá-se via Direito. Nesse diapasão, os cidadãos são, concomitantemente, destinatários e autores do direito.

No tocante ao procedimento de elaboração normativa, Habermas (2012, p. 21) afirma:

“[...] normatividade e a racionalidade cruzam-se no campo da fundamentação de intelecções morais, obtidas num enfoque hipotético, as quais detêm uma certa força de motivação racional, não sendo capazes, no entanto, de garantir por si mesmas a transposição de ideias para um agir motivado”.

Assim, a legitimidade da atuação parlamentar somente emerge quando se opera a uma ligação da atuação do parlamentar com o poder comunicativo. E essa religação dá-se, outrossim, pela institucionalização de procedimentos que asseverem a participação popular no desenvolvimento do procedimento de elaboração normativa. Assim, será possível legitimar a atuação parlamentar, utilizando as lições de Habermas (2012), que reconhece a participação efetiva da sociedade. Para isso, faz-se necessário que o procedimento de elaboração normativa seja constitucionalizado.

imediatamente às críticas da Comissão e, posteriormente, ao plenário, com fins de desenvolver-se o contraditório, a ampla defesa e a isonomia entre os parlamentares buscando a obtenção de consenso, o qual pode ser representado pela denominação da teoria testificável (TT).

Tal pretensão, durante a construção da lei democrática, envolve a falseabilidade (critério capaz de determinar o teor empírico de um enunciado) e a testabilidade (refutabilidade) do problema inicial. Aqui representado pela figura do projeto de lei (P1), objetivando a eliminação de erros (EE), que ocorrerá, especialmente, por meio da discussão crítica colhida através dos discursos realizados, principalmente, em plenário, onde há condições de se desenvolver em bases democráticas. Na presente etapa, coloca-se o projeto de lei em situação suscetível à revisão cujo conteúdo passa, então, a ser testado, e até refutado, em face das possibilidades de falseabilidades discursivas que serão alcançadas após momentos sucessivos de testabilidade, encerrando-se com a chegada de um consenso democrático sobre o Direito no qual as pretensões passam a ser aceitas por todos, ou pela maioria dos parlamentares, através da votação. Via de regra, todo esse exercício terá seus efeitos práticos e acarretará uma proposição com menor grau de equívocidade (P2). Dessa forma a cogitação de sua legitimidade criadora pela observância ao Devido Processo Constitucional (DEL NEGRI, 2008, p.132 e 133).

Em virtude da necessária processualização do procedimento de elaboração normativa legislativa, a inobservância do contraditório, ampla defesa e isonomia é ofensa grave ao procedimento legislativo levando o projeto de lei à inconstitucionalidade. A teoria da legitimidade legiferante se funda na afirmativa que o processo legitima o direito à medida que toma o eixo central da democracia garantindo e efetivando direitos e garantias fundamentais.

A teoria da legitimidade legiferante proposta por esta pesquisa é baseada na teoria do procedimento de Fazzalari, onde o procedimento se desenvolve em contraditório, e na teoria neoinstitucionalista do processo onde o procedimento legislativo deve ser informado, desde a elaboração do projeto de lei, até sua promulgação por princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Desde modo, o procedimento de elaboração normativa, como gênero, e o processo legislativo, como espécie do gênero procedimento, têm compromisso com o devido processo constitucional e com os princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa.

Portanto, processualizar o procedimento de elaboração normativa legislativa à luz da teoria neoinstitucionalista implica dizer que o procedimento de elaboração normativa está comprometido com os princípios constitucionais democráticos.

10 CONCLUSÕES

Constatou-se, pela presente pesquisa, que a ausência de controle externo durante o desenvolvimento do procedimento de elaboração normativa legislativa é fruto das influências históricas, sociais, culturais e econômicas de cada época. O Estado liberal, social e o democrático ensejaram mudanças significativas na ciência do direito, conseqüentemente, na ciência do processo.

O constitucionalismo moderno, fundado na doutrina da separação de poderes a fim de combater o exercício arbitrário do poder estatal cria previsões legais limitando a atuação do Estado. Nesse contexto, o homem é promovido para participar das tomadas de decisões estatais. A democracia, base do constitucionalismo, dá origem à representação política. O homem mais atuante e participativo exige cada vez mais do Estado, inclusive, a proteção dos direitos fundamentais previstos na constituição federal.

O processo que, inicialmente, era abordado sob a perspectiva do direito privado, passa a ser estudado sob o viés publicístico e, aos poucos, amplia sua dimensão na ciência do direito.

O Estado constitucional democrático pós-moderno exige mais de seus atores: Estado e sociedade. O homem assume suas responsabilidades, direitos e deveres perante o Estado. Assim, tanto o homem, quanto o Estado almejam o mesmo objetivo. O poder estatal precisa tornar-se legítimo, não só por imposição, mas também por princípios fundamentais.

Contudo, o procedimento de elaboração normativa legislativa no Estado constitucional, nos moldes do Estado Social e Liberal, não é submetido a nenhum tipo de controle ou fiscalização durante seu desenvolvimento.

A teoria neoinstitucionalista do processo elaborada por Leal apresenta uma nova forma de permitir a atuação legítima da normatividade jurídica e, assim, excelente base teórica para alicerçar a processualização do procedimento de elaboração normativa, através da teoria da legitimidade legiferante.

A teoria da legitimidade legiferante almeja que o procedimento de elaboração normativa, em um Estado democrático, seja permeado dos princípios constitucionais institutivos do processo (ampla defesa, isonomia, devido processo legislativo e o contraditório).

Como já dito, a teoria da legitimidade legiferante é alicerçada na teoria do procedimento em contraditório de Fazzalari, e na teoria neoinstitucionalista do processo. Em Razão disso o procedimento normativo legislativo deve respeito, desde a elaboração do projeto de lei, até

sua promulgação aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e isonomia.

Assim, o que se propôs é uma teoria que exija, durante o desenvolvimento do procedimento de elaboração legislativa normativa, que os princípios institutivos do processo, segundo a teoria neoinstitucionalista, sejam observados. Processualizar o procedimento de elaboração normativa legislativa em todas as esferas de atuação do poder legislativo federal, estadual e municipal, garante fiscalidade para a atuação do Estado, bem como torna legítimo o procedimento de elaboração normativa fundada em princípios constitucionais informadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Câmara Municipal de Belo Horizonte. **Processo Legislativo**. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/conheca-o-processo-legislativo/introducao-ao-processo-legislativo>> Acesso em 10 dez 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10^a. Ed., 9^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000, 615p.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 230 p.

BÜLOW, Oscar von. **La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, 266 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1105/DF**. Min. Rel. PAULO BROSSARD, julgado em 03.08.94. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103991&base=baseAcordados>>. Acesso em: 05 mar 2014.

BRASIL. Câmara dos deputados. Conheça o processo legislativo. **Atividade Legislativa**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/processolegislativo>> Acesso em 10 dez 2014.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Anais**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/emenda.pdf>> Acesso em: 4 jul 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1506 p.

CARVALHO, Kildare Goncalves. **Técnica Legislativa: (de acordo com a Lei Complementar n. 95, de 26.2.1998, alterada pela Lei Complementar n. 107, de 26.4.2001)**, 3 edição revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2003

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, 165 p.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. 365 p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. 12^a. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 263 p.

CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. Antônio Carlos de Araújo; Candido Rangel; Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2014, 30 edição, revista, atualizada e aumentada, 448p.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 246p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., rev., ampl. e atual, Salvador, JusPODIVM, 2011, 1296 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 3993 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 475 p.

DANTAS, Bruno et al. **Os alicerces da redemocratização: do processo constituinte aos princípios e direitos fundamentais.** Brasília: Senado Federal, 2008. 649 p.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: Teoria da legitimidade democrática.** 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 192 p.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil Vol.1,** 14ªed., Salvador: JusPdivm, 2012, 643p.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 341 p.

DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil: volume I.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 708 p

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992. 220 p.

HABERMAS, Jürgen **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução George Sperber, Paulo AstorSoethe, Milton Camargo Mota. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, 404 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade II.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, 352 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Abril Cultural, 1974. 419 p.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2008. 163 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. *In: Estudos Continuados de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual*. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 13-25

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 306 p

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. 106 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 317p.

LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. Tradução: Álvaro Cabral, 2ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, 440p.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Tradução: Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. 103 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2. ed. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 414p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil vol.1, Teoria geral do Processo**. 3ed revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 510p.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas, SP: Millenium, 1999. 464 p.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 3 v. 9 ed. Campinas, SP: Millennium Editora Ltda, 2003, 539p.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. **Constituição Estadual.** Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>> Acesso em 04 jul 2014.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. **Regimento Interno.** Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/RegimentoInterno.pdf>> Acesso em 04 jul 2014

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. **Tramitação de projetos.** Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/index.html?advanced=simples&first=false&pagina=1&aba=js_tabpesquisaSimples&sltTipo=PLC&txtIdProj=27&txtAno=2007&txtAssunto=>> Acesso em 4 julho de 2014.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. **Tramitação de projetos.** Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=100&comp=&ano=2007>> Acesso em 4 julho de 2014.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. **Entenda a assembleia.** Disponível em: <https://www.almg.gov.br/a_assembleia/entenda_assembleia/index.html> Acesso em 10 dez 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, 512p.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008, 598p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27^o. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 944p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. 3^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, 132 p.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. 1536 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 6 ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, 1674p.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina 2006, 231p.

PINHEIRO. Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15422-15423-1-PB.htm>> Acesso em: 02 jan 2015.

POPPER. Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: Uma abordagem evolucionária**. Tradução: Milton Amado, Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, 394p.

POPPER. Karl Raimund. **O Conhecimento e o Problema Corpo-Mente**. Tradução: Joaquim Alberto Ferreira Gomes, Lisboa: Edições 70, LDA, 2009, 212p.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. ver., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 254p.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL* Por uma abordagem dialética**. Disponível em <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/69/69>> Acesso em 10 maio 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 928 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 1239 p.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 13 edição revis. amp. atualizada. Colaboradores: Theodoro Humberto Neto, Adriana Mandim Theodoro de Melo, Ana Vitoria Mandim Theodoro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, 1733 p.

WEBER, Max. **Weber: Sociologia**. Organizador: Gabriel Cohn, 7ª ed. São Paulo: Ática, 1999, 167p.