

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS

PAULO HENRIQUE RESENDE MARQUES

O CONTROLE JURÍDICO DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

VITÓRIA

2021

PAULO HENRIQUE RESENDE MARQUES

**O CONTROLE JURÍDICO DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

Tese apresentado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra.

VITÓRIA
2021

PAULO HENRIQUE RESENDE MARQUES

**O CONTROLE JURÍDICO DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Curso de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em 10 de fevereiro de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Francisco Manuel García Costa
Universidade de Murcia/ Espanha

Prof. Dr. Handel Martins Dias
Fundação Escola Superior do Ministério Público

Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Aos meus pais, Amadeu Marreco Marques
e Vera Lúcia Resende Marques.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela sabedoria e pela serenidade durante este período.

Aos meus pais, Amadeu e Vera, e a minha irmã Priscila, pelo apoio.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, por estar sempre presente para atender minhas dúvidas.

Aos professores Dr. Américo Bedê Freire Júnior e Dr. João Maurício Leitão Adeodato, pelas valiosas considerações feitas por ocasião da banca de qualificação, o que muito aprimorou o presente trabalho.

Aos professores Dr. Francisco Manuel García Costa, Dr. Handel Martins Dias, Dr. Roberto Baptista Dias da Silva, por aceitarem o convite para compor a banca de defesa.

Aos professores das disciplinas cursadas durante o doutorado, Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior, Prof. Dr. Alexandre Castro Coura, Prof. Dr. André Filipe Pereira Reid dos Santos, Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz, Profa. Dra. Elda C. de Azevedo Bussinguer, Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato, Prof. Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha e Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior, pelos ensinamentos que foram fundamentais para o desenvolvimento desta tese.

Ao meu orientador no mestrado, Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães, responsável pelo aprofundamento nos estudos sobre processo legislativo.

Aos amigos da graduação na Faculdade de Direito de Vitória, em especial, Alexandre Castro Sousa, José Carnieli Júnior e Luiz Fernando Picorelli, pelas discussões jurídicas.

Aos funcionários da FDV, pela presteza e pela atenção no atendimento aos alunos.

Aos colegas e aos amigos do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, pelo incentivo.

Aos superiores no Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, Fabiano Valle Barros, Jonas Suave, Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, para os quais tive a honra de trabalhar e a oportunidade de aprender.

Devemos estar sempre conscientes de que o dia de hoje vem uma só vez e nunca mais. No entanto, presumimos que ele retornará amanhã; mas amanhã é outro dia, que também vem uma só vez.

(Schopenhauer, Arthur. **Aforismos para a sabedoria de vida**. Trad. Jair Barboza. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015. p. 116)

RESUMO

Este trabalho apresenta uma fundamentação robusta referente à possibilidade de controle judicial do desvio de finalidade legislativo, gênero que abarca, dentre suas espécies, a compra de votos de parlamentares para aprovação de projetos de lei. Para isso, duas bases teóricas são colocadas em confronto, uma decorrente do garantismo jurídico, pela qual a limitação do legislador estaria no conteúdo material da Constituição, em especial nos direitos fundamentais. Outra oriunda de um modelo procedimentalista, pela qual a violação de um modelo discursivo ideal poderia acarretar a ilegitimidade da lei, a partir do momento em que as intenções divulgadas no debate legislativo são diversas dos reais propósitos do emissor da informação. Para o desenvolvimento desta pesquisa, recorreu-se ao método dedutivo, ao realizar embasamento conforme a respectiva premissa maior de fundamentação, para, após, contrapor ambas as posições, sem pretensão de se alcançar a verdade. Em virtude disso, neste trabalho, tratou-se acerca da retórica a fim de perquirir o mais adequado respaldo argumentativo. Defende-se, portanto, a hipótese de que não cabe tal controle judicial, dentre outros motivos por impossibilidade de saber, ao certo, as razões que induziram o parlamentar a votar em um sentido, a viabilidade de normas eivadas desse “vício” atenderem ao interesse público e à preservação de uma segurança jurídica dos atos produzidos pelo Poder Legislativo. Com efeito, o estudo separa a hipótese de desvio de finalidade de outras em que não há vontade, como erro material e coação, mostrando que, nesses casos, pode haver consequência em relação à validade do ato legislativo produzido, em razão de ausência do elemento volitivo. A relação com o programa de doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), mais especificamente com a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, está no paradigma constitucional em que se discute a violação, qual seja, a democracia representativa. Além de doutrina sobre desvio de finalidade, garantismo jurídico, democracia representativa e teoria do discurso, o trabalho é embasado em julgados de tribunais judiciais estaduais que examinaram a constitucionalidade de leis em razão de desvio de finalidade do legislador, bem como de acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre o discutido controle, procura-se destacar o posicionamento de cada ministro, visto que há divergências, entre eles, sobre o fato de a compra de votos legislativos acarretar inconstitucionalidade. Não se busca, neste trabalho, defender atos oriundos de improbidade e de corrupção, mas

preservar a segurança jurídica e evitar a ocorrência de tais atos, por meio, por exemplo, da punição de parlamentares que os realizem.

Palavras-Chave: Desvio de finalidade legislativo. Controle judicial. Garantismo jurídico. Teoria do discurso. Democracia representativa.

ABSTRACT

This paper presents a robust rationale regarding the possibility of judicial control of the deviation of legislative purpose, a genus that encompasses, among its species, the purchase of votes from congressmen for the approval of law bills. For this, two theoretical bases are confronted, one resulting from the legal guarantee, by which the legislator's limitation would be in the material content of the Constitution, especially in fundamental rights. The other one derives from a proceduralist model, by which the violation of an ideal discursive model could lead to the illegitimacy of the law, since the intentions disclosed in the legislative debate are different from the real purposes of the issuer of the information. For the development of this research, a deductive method was used when carrying out the basis according to the respective major foundation premise, in order to, later on, contrast both positions, with no pretension of reaching the truth. As a result, this work was about rhetoric in order to seek the most appropriate argumentative support. Therefore, the hypothesis that such judicial control is not applicable is defended, due to the fact that, among other reasons, it is impossible to know for sure what led the congressman to vote in one direction, the feasibility of biased rules to serve the public interest and the preservation of legal security of acts produced by the Legislative Branch. In fact, the study separates the hypothesis of purpose deviation from others where there is no will, such as material error and coercion, showing that, in these cases, there may be consequences in relation to the validity of the legislative act produced, due to the absence of the volitional element. The relationship with the doctoral program of FDV (Law School of Vitória – ES), more specifically with the research line "Democracy, Citizenship and Fundamental Rights", is in the constitutional paradigm which tackles the violation, that is, the representative democracy. In addition to the doctrine on purpose deviation, legal guarantees, representative democracy and discourse theory, this paper is based on judgments by state courts that have examined the constitutionality of laws due to purpose deviation by the legislator, as well as judgments by the Federal Supreme Court on the discussed control, seeking to highlight the position of each minister, since there are differences between them on the purchase of legislative votes leading to unconstitutionality. This paper does not seek to defend acts originating from misconduct and corruption, but to preserve legal security and avoid the occurrence of such acts, for example, by punishing congressmen who perform them.

Key Words: Legislative purpose deviation. Judicial control. Legal guarantees. Representative democracy. Discourse theory.

RESUMEN

Este trabajo presenta una fundamentación robusta referente a la posibilidad de control judicial de la desviación de la finalidad legislativa, género que abarca, entre sus especies, la compra de votos de parlamentares para aprobación de proyectos de ley. Para ello, dos bases teóricas son puestas en confrontación, una recurrente asegurada del garantista jurídico, por la cual la limitación del legislador estaría en el contenido material de la Constitución, en especial en los derechos fundamentales. Otra oriunda de un modelo procedimentalista, por la cual la violación a un modelo discursivo ideal podría acarrear a la ilegitimidad de la ley, a partir del momento en que las intenciones divulgadas en el debate legislativo son diversas de los reales propósitos del emisor de la información. Para el desarrollo de esa investigación se utilizó el método deductivo al realizar su sustentación, según la respectiva premisa mayor de fundamentación, para después, contraponer ambas oposiciones, sin pretensión de alcanzar la verdad. Por eso, en este trabajo, se ha tratado a respecto de la retórica para indagar lo más adecuado respaldo argumentativo. Se defiende, por lo tanto, la hipótesis de que no cabe tal control judicial, entre otros motivos por imposibilidad de saber con seguridad las razones que llevaron al parlamentario a votar en un sentido, a la viabilidad de normas contaminadas de ese vicio enlazado al interés público y a la preservación de una seguridad jurídica de los actos producidos por el Poder Legislativo. Efectivamente, el estudio separa la hipótesis de la desviación de finalidad de otras en que hay voluntad, como error material y coacción, señalando que, en estos casos, puede que haya consecuencia en relación a la validez del acto legislativo producido, en razón de ausencia del elemento volitivo. La relación con el programa de doctorado de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV), más específicamente con la línea de investigación "Democracia, Ciudadanía y Derechos Fundamentales", está en el paradigma constitucional, lo cual se discute la violación, cual sea, la democracia representativa. Además, de doctrina de la desviación de finalidad, garantista jurídico, democracia representativa y teoría del discurso, el trabajo es fundamentado en juzgados de tribunales judiciales Estatales que examinaron constitucionalidad de leyes en razón de desvío de finalidad del legislador, así como de última instancia del Supremo Tribunal Federal sobre el discutido control, buscando destacar el posicionamiento de cada ministro, ya que hay discrepancias entre ellos sobre la compra de votos legislativos que conduce a la inconstitucionalidad. No se busca, en

ese trabajo, la defensa de actos oriundos de falta de honestidad y de corrupción, sino preservar la seguridad jurídica y evitar la ocurrencia de tales actos, a través, por ejemplo, de la punición de parlamentares que los realicen.

Palabras Clave: Desviación de finalidad legislativo. Control judicial. Garantista jurídico. Teoría del discurso. Democracia representativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DO DESVIO DE FINALIDADE	21
1.1 O DESVIO DE FINALIDADE	21
1.1.1 O desvio de finalidade e a manifestação livre da vontade	26
1.1.2 A diferença entre ato administrativo e ato político no desvio de finalidade	27
1.2 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO POSSÍVEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL VIOLADO	33
1.2.1 A democracia deliberativa	46
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO EM UM CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA	57
2.1 A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DE ANÁLISE DAS RAZÕES DE DECIDIR DO LEGISLADOR	62
2.2 A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA LACUNA GERADA POR UM DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO	70
2.3 A DISCRICIONARIDADE NO JUS-POSITIVISMO E A TÓPICA: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL?	74
2.4 A NECESSIDADE DE REDUZIR A INFLUÊNCIA DA ECONOMIA NO DIREITO	84
2.5 AS DIVERSAS MATÉRIAS LEGISLATIVAS E O DESVIO DE FINALIDADE	96
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO DECORRENTE DE UMA VISÃO PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO	103
3.1 O PROCEDIMENTALISMO DE JÜRGEN HABERMAS E A SUA TEORIA DO DISCURSO APLICADA À ATIVIDADE LEGISLATIVA	105

3.2 A PRODUÇÃO LEGISLATIVA E A VIOLAÇÃO DO DECORO PARLAMENTAR	115
3.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DO DESVIO DE FINALIDADE E O DECORO PARLAMENTAR ..	125
3.3.1 Ação Penal 470/MG	128
3.3.2 ADI 4889/DF	128
3.3.3 ADI 4885 MC/DF	134
3.3.4 MS 34071 MC/DF	139
3.4 O ERRO DO LEGISLADOR AO EXTERNAR SUA VONTADE	143
4 CONFRONTANDO O GARANTISMO E O PROCEDIMENTALISMO NO CONTROLE DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO	150
4.1 O DESVIO DE FINALIDADE E A SUA DIFERENÇA EM RELAÇÃO À DESPROPORCIONALIDADE DA NORMA	167
4.2 O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO RELATIVO AO CONTROLE JURÍDICO DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO	172
4.3 O PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO: ALGUMAS PONDERAÇÕES	177
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	193

INTRODUÇÃO

A partir do momento em que são editadas leis visando atender fins diversos dos motivos expostos, pode-se questionar estar presente uma violação da real representatividade por parte dos políticos eleitos pelo povo. Desta forma, é necessário analisar as consequências desse ato normativo aprovado com desvio de finalidade.

A importância deste estudo está em questionar um controle sobre uma possível violação deste paradigma, decorrente de leis que tiveram como causas razões diversas de suas exposições de motivo. Como exemplo, menciona-se lei votada em razão de suborno de parlamentares, pois é um caso em que a votação feita pelos legisladores ocorreu apenas em troca de benefícios financeiros, não em razão, necessariamente, do interesse público.

Este tema está em debate, não é em vão que o Ministro Antonio Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, em Congresso Internacional da Escola Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros (ESIAB), realizado em outubro de 2020, questionou o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, sobre o que fazer com leis que ele sabe que foram “compradas”, complementando que isso merece uma tese de doutorado¹.

No final de 2020 houve, também, o julgamento da ADI 4889/DF² pelo Supremo Tribunal Federal que impugnava a validade da Emenda Constitucional 41/2003 que foi aprovada no período do “mensalão”.

Isso porque podem haver situações em que o desvio de finalidade dos legisladores fique caracterizado judicialmente, como foi, por exemplo, no caso mencionado (por

¹ Provas mostram que leis tributárias foram compradas, diz Herman Benjamin. **Consultor Jurídico**. 31 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-31/leis-tributarias-foram-compradas-ministro-herman-benjamin>. Acesso em: 11 nov. 2020.

Lenio Streck, em sua maestria argumentativa, questionou que esse tema merece uma tese de doutorado (posição que rebatemos no transcórre do trabalho) em: STRECK, Lenio Luiz. Compra de lei dá tese ou cadeia? A pandemia e a caixa de pandora. **Consultor Jurídico**. 03 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/streck-compra-lei-tese-ou-cadeia-pandemia-caixa-pandora>. Acesso em: 11 nov. 2020.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. **ADI 4889/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carmen Lúcia. Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

meio da Ação Penal 470/MG), em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que houve compra de votos para aprovação de atos legislativos (adianta-se que, em sede liminar – na ADI 4885/DF³ –, esse órgão jurisdicional se manifestou de forma mais detalhada sobre a validade de emenda constitucional impugnada, conforme será mostrado em capítulo desta tese).

Constata-se que uma situação curiosa pode ocorrer, uma condenação penal por corrupção passiva em razão de venda de votos legislativos, porém o ato resultante (a lei aprovada) continuar válido. É possível que haja, também, perda do mandato por violação do decoro parlamentar, mas sem acarretar, de forma necessária, a inconstitucionalidade da norma.

O presente estudo aborda, então, o que seria e qual a consequência jurídica do desvio de finalidade legislativo, ou seja, se as razões, que levaram os legisladores a aprovarem (ou desaprovarem) uma norma jurídica, podem gerar efeitos sobre a validade desta.

Este estudo faz, muitas vezes, menção à “compra de votos” legislativos, isso é apenas uma espécie de desvio de finalidade, porém a mais relevante, já que pode acarretar (como de fato ocasionou na Ação Penal 470/MG) condenação por corrupção passiva dos legisladores envolvidos.

A relação deste estudo com o programa de doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), em especial com a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, está em que um dos fundamentos principais para a análise de ser possível, ou não, o controle judicial da motivação dos atos legislativos está relacionado à democracia representativa.

Ver-se-á julgado do Supremo Tribunal Federal em que este invoca, no caso de desvio de finalidade legislativo, violação do direito fundamental do devido processo legislativo, da democracia representativa dentre outros pontos relacionados ao

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

programa de doutorado. Vale dizer que o presente trabalho teve como enfoque o paradigma da democracia representativa.

O controle a que se faz menção, neste trabalho, é decorrente de uma análise jurídica (de constitucionalidade) da lei, não necessariamente pelo Poder Judiciário, pois outros poderes também podem realizar esse controle, como, por exemplo, o exame jurídico de constitucionalidade que o chefe do Poder Executivo realiza quando veta ou sanciona um projeto de lei.

Para os fins deste estudo, o desvio de finalidade e o desvio de poder são sinônimos, porém será adotada aquela nomenclatura, eventualmente será utilizada esta quando se referir a alguma posição doutrinária que se valeu deste termo.

O desvio de finalidade exige, obrigatoriamente, uma manifestação de vontade (ainda que seja para atender fins privados), vontade esta que não existe no caso de erro ou coação, motivo pelo qual o estudo atribui tratamento distinto a essas situações.

Outro ponto que cabe esclarecer é de que o assunto abordado, neste trabalho, é aplicado para leis de qualquer matéria, embora a consequência prática de um possível reconhecimento judicial de desvio de finalidade possa variar. Tal tema será tratado em um tópico à parte.

No início da tese, mencionam-se algumas conceituações relativas ao desvio de finalidade e à democracia representativa e deliberativa. A razão da separação de ambos os “tipos” de democracia (embora possa se afirmar que a deliberativa está dentro da representativa) é porque, ao se utilizar a democracia deliberativa, fica mais defensável o controle judicial em análise, o que não significa que esse seja legítimo.

O estudo é composto de um capítulo favorável ao controle jurídico do desvio de finalidade legislativo e um capítulo contrário. O método utilizado é o dedutivo, pois os tópicos tiveram suas premissas maiores que servem de base para se chegar à conclusão.

No capítulo contrário ao controle judicial, é empregada, como premissa maior, as ideias garantistas, expostas por Luigi Ferrajoli. Já, na parte favorável ao controle pelo Poder Judiciário, é invocado o procedimentalismo de Jürgen Habermas em especial sua abordagem sobre o discurso de fundamentação (de produção legislativa).

Considerando a Constituição como limite da discricionariedade do ato legislativo, tem-se que, para Ferrajoli, este limite estaria nas garantias primárias previstas na Constituição, ou seja, nos direitos fundamentais. Nesta situação, a análise da discricionariedade seria apenas objetiva, no sentido de averiguar se houve ou não violação daquelas garantias, pouco importando a motivação que levou à produção da lei.

Já para Habermas, tal limite estaria em um procedimento comunicativo ideal de produção legislativa. O controle judicial sobre o desvio de finalidade fica defensável com base neste autor, porque o agir do parlamentar busca um fim, mas simulando outro, já violaria esse procedimento, atribuindo um grau de ilegitimidade à norma e permitindo a intervenção de um Tribunal Constitucional para invalidar a lei.

Ressalta-se que ambas as bases teóricas utilizadas não se manifestam expressamente sobre o desvio de finalidade legislativo, buscou-se, então, posição contrária e favorável a partir da análise destas, o que evitou que a presente abordagem tenha sido uma mera revisão bibliográfica.

Após exposição dos dois posicionamentos, é confrontado ambos os entendimentos, utilizando a retórica para alcançar a melhor resposta, com a consciência de não ser possível atingir a solução correta sobre a questão, mas sim a que possa ser considerada como a mais bem justificada. Isso é feito no último capítulo, sendo utilizado, inclusive, argumentos não mencionados nos dois capítulos anteriores, como uma possível confusão entre desvio de finalidade e desproporcionalidade da norma.

O motivo de aplicação da retórica está no fato de não haver a intenção de se atingir a verdade, mas sim de selecionar argumentos de ambos os posicionamentos a fim de realizar uma preponderância de um sobre o outro.

Apesar de não poder ser alcançada uma verdade, isso não significa que esta seja subjetiva, pois “o maior ou menor grau de ‘realidade’ de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de *controles públicos da linguagem*”⁴.

Como já ponderado, as bases teóricas aqui estudadas não se posicionam expressamente sobre o tema, motivo pelo qual não há que se falar na presença de um silogismo fechado em que as premissas são verdadeiras, mas sim em que as premissas são “aceitas”, configurando, então, um silogismo dialético e, por se estar em âmbito judicial, um silogismo retórico. Isso fica ainda mais evidente no quarto capítulo, em que é feita uma tentativa de argumentação em relação aos raciocínios elaborados nos tópicos anteriores, porém com o reconhecimento de impossibilidade de se obter a verdade, reconhecimento este que é “solo fértil para o crescimento da retórica”⁵.

O fundamento de escolha daquelas bases teóricas está na possibilidade de, com base nelas, defender ambos os entendimentos, sendo que expor posições conflitantes, decorrente desses alicerces teóricos, é uma forma de aplicação da retórica ao presente trabalho.

A tese faz um detalhado estudo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por meio de exame de Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) que questionaram a validade da Emenda Constitucional 41/2003.

O motivo da inserção do posicionamento deste órgão jurisdicional no capítulo terceiro, que trata de uma visão procedimentalista do direito, está no fato de a decisão mais recente (ADI 4889/DF) ter sido no sentido de que a compra de votos pode ocasionar a inconstitucionalidade da lei por violação do decoro parlamentar quando em número suficiente para fazer a diferença na votação.

⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, nº 01, p. 15-40, jan./abr., 2017. p. 21.

⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: UFMG, vol. 110, p. 35-73, 2015.

Neste julgado, a ministra relatora Carmen Lúcia, que expôs tal fundamentação, foi acompanhada pelos demais ministros, mas será visto que nem todos possuem tal entendimento, pois alguns foram expressamente contrários a esse controle no julgamento cautelar da ADI 4885/DF.

Essas divergências reforçam como esse tema é relevante e merece um estudo aprofundado. Porém, novamente cabe reforçar que não se busca achar uma resposta certa sobre o tema, mas sim aquela que pode ser fundamentada da melhor forma.

Dentro do terceiro capítulo, é inserido, também, um aprofundamento sobre a ideia de inconstitucionalidade decorrente de decoro parlamentar (como uma terceira espécie de inconstitucionalidade), ocasião em que é constatada a possibilidade de se questionar a ocorrência de outra modalidade de inconstitucionalidade, além da material e da formal, sem que se precise fundamentar a invalidade por violação do decoro parlamentar, qual seja, de vício legístico.

Qualquer defesa, para ambas as posições, deve ser exposta com muita cautela para não parecer um incentivo à corrupção no processo legislativo (no caso de impossibilidade do controle judicial do desvio de finalidade) ou um descrédito e insegurança jurídica dos atos produzidos pelo Poder Legislativo (na hipótese de viabilidade do exame sobre as razões de decidir do parlamentar).

Entender que o controle judicial não seja possível, pressuposto essencial que este trabalho defende, não é uma defesa da corrupção, porque se pode buscar outras formas de evitar o desvio de finalidade sem que se permita ao Poder Judiciário declarar a nulidade da norma apenas por esse motivo (razão pela qual há item sobre a redução da influência da economia no direito).

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DO DESVIO DE FINALIDADE

Neste capítulo, será mostrado um possível ato causador de inconstitucionalidade, que é o desvio de finalidade legislativo, para, após, mostrar eventual paradigma constitucional violado por este ato: a democracia representativa.

1.1 O DESVIO DE FINALIDADE

A própria expressão “desvio de finalidade” denota que há uma relação com o agir de forma inadequada ao fim que deveria ser buscado por aquele ato. O que não significa que o interesse público não será alcançado, mas sim que o agente realizou o ato sem visar a tal finalidade.

O desvio de finalidade, na conceituação de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, estará presente quando há uma permissão normativa para um órgão realizar determinado ato em certas circunstâncias e o resultado desse ato acaba por gerar um dano sem justificativa ou benefício ilegítimo, sendo que apesar de não haver proibição para esse resultado, essa consequência deva ser evitada.⁶

Assim, o desvio de finalidade pode estar caracterizado mesmo que ocorra um atendimento ao interesse público (isso será de grande importância para este trabalho). Tal possibilidade é mostrada a seguir:

O desvio de poder está limitado às situações em que a função pública é desenvolvida com a finalidade de satisfazer, ilegitimamente, interesse ou sentimento privado próprio ou de outrem, ainda que concomitante com interesse público.⁷

À luz do exposto, é possível perceber a chance de um ato eivado de desvio de poder ir ao encontro de uma finalidade pública, convém mencionar, como exemplo

⁶ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Trad. Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 79.

⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. Desvio de poder e suas configurações atuais. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=63755>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

relacionado estritamente ao nosso trabalho, um projeto de lei aprovado com compra de votos de parlamentares que vai ao encontro do interesse público.

Outro ponto importante, aludido por João Batista Gomes Moreira⁸, é o fato de fazer menção a interesse “ilegítimo”. Explica-se. Ao focar nos atos legislativos (que é o tema central deste estudo), é natural e justificável que o legislador, ao votar um projeto de lei, deseje que este traga boas consequências para si próprio, assim como para toda a sociedade. O legislador pode buscar interesses privados com a aprovação de um projeto de lei, mas acreditar que a satisfação desses interesses não é só para ele, mas também para toda a coletividade (vide uma lei flexível com o desmatamento aprovada por um ruralista, ele pode entender que a lei é boa por inúmeros fatores, como produção de emprego no setor agropecuário).

Em outros termos, há uma certa parcialidade do legislador que pode ser justificável, considerando a hipótese de ele achar que uma determinada conduta (que embora o beneficie) é boa para a coletividade como um todo. Inviável um agir de total neutralidade por aquele que detêm a função pública, pois:

[...] considera-se utópica a pretensão do modelo burocrático de imprimir rigorosa impessoalidade, neutralidade, racionalidade, formalismo e precisão matemática no exercício da função pública. Do agente público não se exige, porque impossível, absoluta neutralidade, exigindo-se, entretanto, imparcialidade (impessoalidade).⁹

Obviamente, isso não justifica situações de leis aprovadas exclusivamente em razão de contrapartida financeira ou de atos normativos que visem a fins de interesse exclusivamente privados, sem qualquer intenção de atender a finalidades públicas, hipóteses em que estará claramente configurado o desvio de finalidade; o que devemos questionar é “qual a consequência desse desvio?”. Este é o objeto deste estudo.

⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. Desvio de poder e suas configurações atuais. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63755>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁹ MOREIRA, João Batista Gomes. Desvio de poder e suas configurações atuais. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63755>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

No tópico seguinte, será exposto o desvio de finalidade na seara legislativa, cabe mostrar, neste momento, a posição de que o desvio de finalidade legislativo seria a busca por meio da lei de fins ilegítimos:

A persecução por meio da lei de objetivos ilegítimos pode também ser enquadrada como hipótese de *desvio de poder legislativo*. A categoria do desvio de poder legislativo, inspirada na doutrina administrativa francesa do *détournement de pouvoir*, tem uma das suas mais claras manifestações na hipótese em que o legislador se afasta da sua missão institucional de busca do bem-comum para, de forma escamoteada, perseguir finalidades incompatíveis com os valores fundamentais da ordem jurídica. A finalidade aparente até pode ser lícita, mas a finalidade real se mostra não apenas ilícita, mas também, muitas vezes, ofensiva à moralidade pública.¹⁰

A dúvida que pode surgir é – como saber se o agente agiu com desvio de finalidade. Isso ocorre porque não é possível saber, ao certo, quais fatores levaram o responsável a produzir o ato, tanto é assim que “o elemento subjetivo não tem sido rigorosamente exigido para a afirmação do desvio de poder de legislar, contentando-se o Supremo Tribunal Federal, para esse fim, com um juízo objetivo de proporcionalidade”¹¹.

Ora, fato é que, para os fins deste estudo, o elemento subjetivo é, sim, importante, porque dispensar o juízo subjetivo é fazer apenas análise da proporcionalidade é, em verdade, fazer um juízo de constitucionalidade material do ato (inconstitucional por ser desproporcional), mas, como já foi mencionado, um ato dotado de desvio de finalidade pode ir ao encontro do interesse público e, portanto, ser proporcional.

No que pese o tema do desvio de poder ser tratado, com maior ênfase, na seara administrativa, existe sua abordagem, pela doutrina e pela jurisprudência, também no âmbito legislativo. Sem dúvida, a margem de discricionariedade do legislador é bem mais ampla do que a do administrador público, até porque o legislador não necessita justificar o seu voto.

O que não significa que essa discricionariedade seja ilimitada. Caio Tácito, ao abordar o desvio de poder legislativo, afirma que:

¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 473.

¹¹ MENDES, 2001, *apud* MOREIRA, João Batista Gomes. Desvio de poder e suas configurações atuais. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63755>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

No exercício de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos, em princípio, gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham.

Temos, contudo, sustentado a necessidade de temperamento da latitude discricionária de ato do Poder Legislativo, ainda que fundado em competência constitucional e formalmente válido.

O princípio geral de direito, de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculada à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade de ação de legislador.¹²

A intenção aqui é analisar o desvio de poder legislativo independentemente da proporcionalidade/constitucionalidade do ato oriundo do desvio, isso porque, se o ato é inconstitucional por si mesmo, é desnecessária a análise do desvio de finalidade para fundamentar uma invalidação. Além disso, Caio Tácito menciona um antigo voto de Ministro do Supremo Tribunal Federal em que fica claro o fato de ser irrelevante a constitucionalidade material da norma na hipótese de desvio (será aberto um tópico à parte para tratar do atual posicionamento da Suprema Corte):

Nessa decisão plenária, o Min. Victor Nunes Leal, após aderir à posição “de que podemos exercer controle sobre os desvios de poder da própria legislatura”, convocado, por interpelação do Min. Aliomar Baleeiro, a declarar “se admitia um desvio de poder do Poder Legislativo fora do caso de inconstitucionalidade”, não vacilou em afirmar categoricamente “Admito” (acórdão no RMS nº 16.912 – RTJ, v. 45, p. 530-545, especialmente p. 536-537)¹³.

Há um julgado, em sede cautelar do Supremo Tribunal Federal¹⁴, em que foi examinada a constitucionalidade de uma emenda constitucional na qual houve comprovação de compra de votos de alguns parlamentares em sua aprovação, isso será abordado em capítulo próprio.

A importância desta decisão está no fato de a grande maioria dos casos em que este Tribunal aborda desvio de finalidade acabar sendo, na verdade, decorrente de leis

¹² TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-73. out./dez., 2005, p. 65.

¹³ TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-73. out./dez., 2005, p. 67.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

materialmente inconstitucionais por serem desproporcionais, ou seja, não está se analisando o desvio de finalidade por si só.

Nem toda norma legislativa eivada de desvio de finalidade será desproporcional, assim como, nem toda norma desproporcional teve este vício de desvio. Uma não possui necessariamente relação com a outra.

No que pese isso, caso se faça uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal em que foi discutido o desvio de finalidade (será exposto mais a frente), será constatado que, em alguns, a própria norma produzida foi considerada desproporcional por este órgão jurisdicional, de modo que é irrelevante estar ou não presente o desvio para declarar sua invalidade, uma vez que a inconstitucionalidade material pode ser sustentada com base na falta de proporcionalidade do ato legislativo.

A seguir, é mostrada a explicação da hipótese possível de ocorrer ato legislativo desproporcional, mas sem desvio de poder:

Em alguns casos, não se caracterizará o desvio de poder, apesar de ser possível notar-se a irrazoabilidade ou a desproporcionalidade da medida. Isso ocorrerá quando o legislador, perseguindo o fim definido pelo Constituinte, tomar medida de eficácia duvidosa ou que prejudique direito cuja proteção se afigure, no caso concreto, mais importante do que o direito que a medida legislativa visa proteger.¹⁵

Feita tal consideração inicial, será mostrada a necessidade do elemento “vontade” para que se possa falar em desvio de finalidade, bem como, dentro dessa temática, a diferença entre ato político e ato administrativo.

Para este estudo, o desvio de finalidade legislativo estará caracterizado quando o parlamentar votar em um projeto de lei visando a fins que não sejam referentes ao interesse público (o que não significa que a norma não irá ao encontro desse interesse, mas sim que essa não foi a razão do legislador que votou com desvio de finalidade).

¹⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. Caio. Excesso de poder no exercício da função legislativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 140, p. 283-294, out./dez. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/443>. p. 290.

A compra de votos, tema muito abordado ao longo do trabalho, é apenas uma espécie de desvio e a de mais grave ocorrência. Há outras formas de desvio, buscando objetivos indiretos, como o legislador que aprova uma lei favorável aos seus interesses pessoais.

Há outros casos menos graves, como apoiar determinado projeto de lei em troca de liberação de emendas parlamentares. Percebe-se que, neste caso, pode estar presente o interesse público decorrente dessas emendas, mas o interesse público buscado não foi o decorrente da lei aprovada em razão daquela liberação.

Todas essas situações são de desvio de finalidade, o que muda é a gravidade da conduta e, conseqüentemente, a força argumentativa para defender o controle sobre o desvio (caso se entenda pela sua possibilidade).

1.1.1 O desvio de finalidade e a manifestação livre da vontade

Um ponto que deve ficar definido é que, quando se fala em desvio de finalidade legislativo, parte-se da premissa de que houve manifestação de vontade livre do legislador, ainda que fundada em interesses privados.

Assim, no caso de eventual ameaça a um parlamentar ou um grupo de parlamentares para votar de determinada forma, a validade desse resultado pode ser questionada judicialmente.

Aplicando os vícios do negócio jurídico no caso em exame, é possível mencionar a figura da coação no presente contexto, pois há vício na manifestação de vontade (ou até mesmo ausência de vontade a depender do nível da coação).

É possível diferenciar, na hipótese de coação, a decorrente de violência física da oriunda de violência moral. Na primeira situação, não há sequer vontade (realizar um ato com uma arma apontada para a cabeça, por exemplo). No segundo caso, há uma

vontade, porém viciada (celebrar um negócio jurídico em razão de ameaça a um familiar).¹⁶

Ambas as hipóteses levariam à anulação do negócio jurídico, podendo-se fundamentar até mesmo a inexistência do negócio jurídico no caso de violência física.

Aplicando essa ideia de coação sofrida por legislador no âmbito de produção normativa, são extraídas consequências. Daniel Sarmento, ao tratar da lacuna no domínio constitucional, defende que se possa aplicar analogia com base em normas infraconstitucionais nesse caso. Para isso, usa o exemplo da “coação” que não está na Constituição da República como causa de nulidade do processo legislativo, mas está no Código Civil como um vício de vontade. Assim, apoia, com razão, a inconstitucionalidade de uma norma que foi aprovada quando o voto de um parlamentar, que teve um membro da família sequestrado e foi ameaçado em troca do voto, fez a diferença na aprovação da lei.¹⁷

No caso mencionado, não está se falando de desvio de finalidade do parlamentar, mas de vício na manifestação de vontade, razão pela qual é uma situação distinta da estudada neste trabalho.

1.1.2 A diferença entre ato administrativo e ato político no desvio de finalidade

A diferença entre o ato administrativo e o político (gênero dentro do qual se encontra o ato de produção de uma lei) é que o primeiro é realizado com fundamento em uma lei, já o segundo com fundamento na Constituição, assim, em tese, ambos podem possuir a figura do desvio de finalidade.

Este desvio está relacionado com a própria intenção do administrador ao produzir o ato administrativo (sendo que se tentará aplicar isso ao ato legislativo), de forma que deve ser observado na edição deste, o interesse público e a finalidade específica

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 453.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. As Lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, nº 12, p. 29-58, jul./dez., 2012. p. 38.

prevista no instrumento normativo que autoriza a criação do ato. Mostra-se a explicação deste desvio:

O *desvio de poder*, fundamento para a anulação dos atos administrativos que nele incidem, difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a *conformidade* ou *não-conformidade* de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é necessário indagar se os *móveis* que inspiram o autor do ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente inspirá-lo. Os outros casos de anulação dos atos administrativos fundamentam-se em razões de existência objetiva e que podem justificar uma decisão. Aqui, o *móvel*, ao contrário, é o sentimento, o desejo que inspirou o autor do ato.¹⁸

Apesar de a citação exposta se referir ao ato administrativo, a mesma ideia pode ser aplicada ao ato político, basta substituir a expressão “intenção do legislador” por “intenção do constituinte”. Podemos reforçar essa afirmação, aludindo ao conceito de “lei como execução da constituição”:

O <<pensamento de execução>> considera que, em termos gerais, a posição da lei relativamente à constituição, não é diferente da relação hierárquico-normativa entre a lei e o acto administrativo, executor da mesma. Consequentemente, tal como a discricionariedade administrativa é a execução de uma norma legal, também a discricionariedade legislativa se circunscreve a um problema de execução, pelo legislador, dos preceitos mais ou menos detalhados da lei constitucional.¹⁹

Tem-se, então, que um ato pode ter sido editado pela autoridade competente e ter obedecido à forma prevista em lei e, ainda assim, ter sua validade questionada. Isso pode ocorrer caso a intenção do poder público, ao produzir o ato, tenha sido diversa da finalidade prevista na legislação ao autorizar a publicação daquele ato ou diferente do que estabelece o interesse público: “Desse modo, o ato administrativo pode emanar de órgão competente, formar-se de acordo com o que preceitua a lei, ao mesmo tempo que pode trazer, dentro de si, um vício originário, que é o excesso de poder”²⁰. Não está sendo negado que a passagem mencionada remete ao ato

¹⁸ WALINE, 1963, *apud* CRETELLA JÚNIOR. José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 5.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 216-217.

²⁰ CRETELLA JÚNIOR. José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 15.

administrativo, mas será realizada uma tentativa de ligação dessa modalidade de ato com os atos políticos.

A peça-chave que deve ser analisada aqui é a presença ou não do interesse público, podendo ser questionado o exercício de uma competência discricionária para alcançar apenas fins particulares:

Em suma, *desvio de poder* é o uso indevido da competência para a consecução de fins privados. O uso da competência discricionária para a obtenção de fins públicos é perfeitamente legítimo, não interessando, no caso, que a edição de ato administrativo, informado por fins públicos genéricos, mas enquadrando uma determinada espécie, desde que a finalidade última – a finalidade pública, ainda se conserve.²¹

Menciona-se, como exemplo concreto de desvio de poder, nomeação de Ministro de Estado com o fim exclusivo de conceder foro por prerrogativa de função (de fato que não estamos diante de um ato legislativo, mas sim um ato político genérico. Ainda assim, esse exemplo é importante para o presente trabalho por já ter ocorrido decisão judicial, inclusive do Supremo Tribunal Federal²² – este tema será aprofundado no terceiro capítulo).

Nota-se que, na prática, pode parecer um pouco estranho um estudo sobre controle jurisdicional sobre a discricionariedade legislativa, pois já existe a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) como meio hábil para normas inconstitucionais. Assim, no caso de aprovação de uma lei, caberia ADI, já no caso de não aprovação, pode vir a ser cabível uma ADI por omissão (se presentes os seus requisitos).

Mas o fato é que essas Ações Diretas de Constitucionalidade são para casos em que está presente uma inconstitucionalidade formal ou material, o que pode não ocorrer, pelo menos diretamente, no caso de desvio de finalidade.

Explica-se: uma lei que obedeça ao procedimento de aprovação e não viole nenhuma norma material da Constituição é válida? Sim. Mas e se essa lei foi aprovada com

²¹ CRETELLA JÚNIOR. José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 65.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. **MS 34071 MC/DF**. Decisão Monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 19.03.2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

compra de votos? Aqui reside o ponto nebuloso (até mesmo pela dificuldade de se provar esse desvio de finalidade).

Então, a análise aqui vai um pouco além da mera constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei. Cabe fazer a ressalva de que, conforme foi dito, vale, também, para o caso de não aprovação de uma lei. Pode-se mencionar, como exemplo, ser possível, constitucionalmente, não aprovar um instrumento normativo que crie uma contribuição, pois os parlamentares podem entender que ela é inconstitucional ou contrária ao interesse público, mas, caso os legisladores não aprovem esse projeto apenas para diminuir a arrecadação do atual governo e, assim, prejudicar os programas sociais dele, enfraquecendo-o politicamente, tal conduta dos parlamentares passa a ser questionável.

Mostrados esses exemplos, parte-se para a parte teórica da questão. Há argumentação pela possibilidade de existência de desvio de poder no ato legislativo, podendo ocorrer, neste caso, controle de constitucionalidade sobre eles, seja na forma direta ou incidental, visto que:

O desvio de poder não é invalidade específica dos atos administrativos. Por ser, como visto, a utilização de uma competência fora da finalidade em vista da qual foi instruída, também pode irromper em leis expedidas com burla aos fins que constitucionalmente deveriam prover. Assim, e.g., configuraria desvio de poder a extinção legislativa de cargos públicos decidida com o fito de frustrar decisão judicial que neles reintegrara os anteriores ocupantes. Uma vez que existe no Brasil o controle de constitucionalidade das leis, por via direta ou “incidental”, seria cabível fulminar-lhe o efeito malicioso.²³

A questão está em saber quando estará presente o desvio de poder, já que está relacionado com o subjetivo de quem edita o ato. José Cretella Júnior traz alguns traços denunciadores do desvio de poder, como a obra dele é referente ao ato administrativo, apenas dois destes traços poderiam, em tese, ser aplicados ao ato legislativo, já que os demais fogem às características deste último:

O *animus* do administrador, por mais arraigado que seja, pode ser denunciado por *signa* indiscutíveis, inventariados pela doutrina clássica de outros países e assim enumerados: (a) contradição do ato com atos ou medidas posteriores, (b) contradição do ato com atos ou medidas anteriores,

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 76-77.

(c) motivação excessiva, (d) motivação contraditória, (e) motivação insuficiente, (f) alteração (= travisamento), (g) ilogicidade manifesta, (h) injustiça manifesta, (i) disparidade de tratamento, (j) derrogação da norma interna, (l) precipitação na edição do ato, (m) caráter sistemático de certas proibições, (n) circunstâncias locais que precederam a edição do ato, (o) convergências de feixe de indícios, (p) caráter geral dado à medida que deveria ter permanecido particular.²⁴

Analisando esses “sintomas”, é possível constatar que a maioria está relacionada à fundamentação do ato administrativo, mas, como o ato de parlamentar que vota projeto de lei não necessita de justificação, apenas dois “sintomas” possuem certa ligação com o ato legislativo, são eles: precipitação na edição do ato e circunstâncias locais que precederam a edição do ato.

O pressuposto mencionado se baseia na doutrina francesa, em que basta apenas a presença daqueles indícios ou sintomas para configuração do desvio de finalidade. Algo diferente ocorre no Brasil, onde “o *desvio de poder* é mais intuído, de maneira global, do que diagnosticado mediante a análise de *índices científicos*, denunciadores da arbitrariedade”²⁵. Há necessidade de se averiguar todo um conjunto de circunstâncias para que se possa falar em desvio de poder, já que:

[...] para detectar o desvio de poder estranho a qualquer interesse público, cumpre analisar todo o conjunto de circunstâncias que envolve o ato, verificando-se, assim, se a discricionariedade alegável foi bem usada ou se corresponderia apenas a um pretexto para violar o fim legal e saciar objetivos pessoais.

Para tanto, examinam-se seus antecedentes, fatos que o circundam, momento em que foi editado, fragilidade ou densidade dos motivos que o embasam, ocorrência ou inoocorrência de fatores que poderiam interferir com a serenidade do agente, usualidade ou excepcionalidade da providência adotada, congruência do ato com anterior conduta administrativa e até mesmo características da personalidade do agente exibidas em sua atuação administrativa.²⁶

Constata-se, desta forma, que não é algo simples a comprovação de que o agente público agiu com desvio de finalidade, o que por si só já dificulta fundamentar uma nulidade de uma lei decorrente desse desvio.

²⁴ CRETELLA JÚNIOR. José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 123.

²⁵ CRETELLA JÚNIOR. José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 122.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 81.

Porém haverá casos em que esse desvio pode estar até mesmo judicialmente reconhecido, isso ocorreu, por exemplo, na Ação Penal 470²⁷, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que houve compra de votos para a aprovação da Emenda Constitucional 41/2013. No capítulo terceiro, será aprofundado como este Tribunal Superior se posicionou frente aos questionamentos judiciais sobre a constitucionalidade dessa Emenda Constitucional.

Será visto que houve Ministros do Supremo Tribunal Federal que se posicionaram pela inconstitucionalidade da norma aprovada com desvio de finalidade (porém fundamentaram ser necessário que a quantidade de votos com desvio tenha influenciado o resultado). Um dos paradigmas de inconstitucionalidade deste posicionamento foi o da democracia representativa, no sentido de haver uma violação desta quando os representantes eleitos buscam legislar visando a fins eminentemente particulares.

Analisar-se-á, então, a democracia representativa como possível paradigma constitucional violado, sendo que tanto o capítulo segundo quanto o terceiro examinarão o tema sob um viés democrático, porém, no capítulo segundo, o foco será o garantismo de Ferrajoli e, no terceiro, o procedimentalismo de Habermas.

Assim, passa-se a abordagem, no tópico seguinte, da democracia representativa, com a ressalva de que será argumentada a possibilidade de se afirmar que a democracia deliberativa está dentro daquela, pois, ao fim da deliberação, a decisão será tomada por meio de uma votação que, embora possa ser realizada na forma direta, em regra, é feita por meio de representantes eleitos.

Ao se analisar a democracia representativa no item a seguir, buscar-se-á relacioná-la com o desvio de finalidade legislativo, a fim de não tornar este estudo uma mera revisão bibliográfica.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 17/12/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

1.2 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO POSSÍVEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL VIOLADO

Nesta parte do estudo, será examinada a democracia representativa como a forma de governo em que os representantes eleitos serão os responsáveis por tomar as decisões políticas no interesse dos representados.

Há uma série de requisitos que devem ser obedecidos nesse modelo democrático, como a escolha livre e consciente dos cidadãos ao participarem do processo eleitoral.

Hans Kelsen²⁸, ao considerar, etimologicamente, o termo democracia como “governo do povo”, afirma que está implícito que tal conceito pressupõe que este governo seja, também, “para o povo”, ou seja, no interesse do povo:

É evidente que, tanto na Antiguidade quanto em nossa época, um governo do povo é desejado pelo fato de tal governo ser, supostamente, para o povo. Um governo “para o povo” significa um governo que atua no interesse do povo. Mas a questão relativa ao que seja o interesse do povo pode ser respondida de maneiras diversas, e aquilo que o próprio povo acredita ser seu interesse não constitui, necessariamente, a única resposta possível.

A questão é saber o que seria o interesse do povo e como atingi-lo. Será que o que foi decidido por uma maioria representa o verdadeiro interesse do povo? Ou melhorando a pergunta, será que o que foi decidido por uma maioria de representantes eleitos pela maioria do povo retrata o interesse deste?

Até mesmo por falta de conhecimento técnico sobre determinado assunto, os responsáveis por tomar as decisões podem não saber o que é melhor a longo prazo, embora tenha legitimidade para decidir.

Essa é exatamente uma das críticas à democracia de pensadores da Grécia Antiga:

Já na Grécia antiga, os adversários da democracia, como Platão e Aristóteles, chamaram a atenção para o fato de que um governo do povo enquanto governo exercido por homens inexperientes nas práticas governamentais e

²⁸ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 140.

sem o necessário conhecimento dos fatos e problemas da vida política pode estar totalmente distanciado dos interesses do povo e, assim, revelar-se um governo contra o povo.²⁹

Apesar de, nessa citação, Aristóteles ser posto como um adversário da democracia, há quem defenda ser equivocado se falar que esse filósofo grego tinha a monarquia como seu regime preferido, pois “A monarquia, regime que autores da magnitude de Kelsen e Bobbio afirmam que é o preferido de Aristóteles, na verdade não passa de uma hipótese irrealizável!”³⁰.

Que fique claro aqui que uma eventual “diminuição” da democracia não seria uma solução ao problema do desvio de finalidade do responsável por tomar as decisões legislativas, haja vista que, mesmo os que possuem conhecimento técnico para decidir, podem visar aos próprios interesses.

Deve ficar evidente, neste momento, que não se pode definir democracia como simplesmente aquele governo que atenda aos interesses do povo, isso porque a autocracia também pode atingir essa finalidade, “uma vez que não só a democracia, mas também o seu extremo oposto, a autocracia, podem ser um governo para o povo, essa qualidade não pode ser um dos elementos da definição de democracia”³¹.

Além disso, é difícil trabalhar com termos subjetivos como “vontade do povo” ou “interesse do povo”, “o termo ‘povo’, a experiência nos mostra, é uma palavra semanticamente ‘gorda’ o suficiente para sofrer manipulações de toda ordem”³².

Diferente de quando se fala, objetivamente, que democracia é um governo que permite que certa categoria de pessoas (no Brasil, os nacionais maiores de 16 anos) possa eleger o corpo legislativo ou, em certas circunstâncias, até mesmo legislar diretamente.

²⁹ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141.

³⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 50-51.

³¹ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 142.

³² CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** – UFMG – Pós-graduação da Faculdade de Direito, Belo Horizonte, nº 88, p. 81-108, dez. 2003

Kelsen vincula democracia com eleição, seja aquela em que o povo legisla diretamente, seja quando escolhe representantes para decidir (ainda que haja um único representante responsável pelas decisões):

Não se pode negar que, enquanto massa de indivíduos de diferentes níveis econômicos e culturais, o povo não tem uma vontade uniforme, que somente o indivíduo tem uma vontade real, que a chamada `vontade do povo` é uma figura retórica e não uma realidade. Mas a forma de governo definida como `governo do povo` não pressupõe uma vontade do povo voltada para a realização daquilo que, segundo a opinião deste, constitui o bem comum. O termo designa um governo no qual o povo participa direta ou indiretamente, ou seja, um governo exercido pelas decisões majoritárias de uma assembleia popular, ou por um corpo de indivíduos, ou até mesmo por um único indivíduo eleito pelo povo.³³

Para que se possa falar em participação democrática, não basta apenas a participação popular nas decisões coletivas, é necessária a garantia de certas liberdades, de modo a permitir que a escolha pelos indivíduos das normas legislativas (no caso de um democracia direta) ou dos responsáveis por elaborá-las seja livre e consciente, ou seja, ele deve possuir conhecimento para tanto, bem como, ter pleno acesso a informações que possa ajudar-lhe em sua escolha, sob pena de se questionar um abandono da democracia:

E se, em nossa definição, incluirmos a ideia de que, para ser democrática, a ordem social criada do modo como acabamos de indicar deve garantir certas liberdades intelectuais, como a liberdade de consciência, liberdade de imprensa, etc., então a democracia necessariamente, em todas as circunstâncias e em toda parte, também estará a serviço desse ideal de liberdade intelectual. Se, em um caso concreto, a ordem social não for criada de um modo que corresponda a essa definição ou não contenha as garantias de liberdade, não é porque a democracia não está a serviço dos ideais. Os ideais não são atendidos porque que a democracia foi abandonada.³⁴

Isso não chega ao ponto de tornarem inválidas normas aprovadas a depender da motivação dos que foram legitimamente escolhidos para tomar as decisões coletivas.

Ambos os tipos de governo, seja o governo para povo (aquele em que os responsáveis por tomar as decisões políticos não são necessariamente eleitos, porém tem-se que

³³ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141- 142.

³⁴ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141- 144.

suas decisões visam satisfazer os interesses do povo), bem como o governo do povo (aquele em que os cidadãos participam ativamente do processo político, seja elaborando normas ou elegendo os responsáveis por elaborá-las) podem permitir que o corpo responsável por legislar atenda fins exclusivamente privados, porém a segunda forma tem a vantagem de fazer com que o povo influencie diretamente nas decisões futuras.

A democracia representativa mais benefícios. Vale lembrar que, apesar de ser chamada de "meramente formal", ela assim não é, haja vista a necessidade de estar presente uma série de liberdades, conforme já mostrado anteriormente, para que seja considerada, efetivamente, uma democracia.

Ao abordar democracia e relativismo político, Kelsen pondera que só a democracia seria justificada, caso não se possa ter uma resposta absoluta e exata para o que seja "melhor", e "essa consequência dos princípios democráticos de liberdade e igualdade só é justificável se não houver uma resposta absoluta à pergunta sobre o que é melhor"³⁵.

Partindo da premissa de não ser viável atribuir poderes a uma pessoa ou a um pequeno grupo para realizar juízo de valores absolutos e com caráter de eternidade, estaria justificada a democracia, em que prevalece a vontade da maioria, mas com possibilidade de debate pela minoria, o que pode fazer que os valores defendidos por esta venha a prevalecer futuramente, pois não estamos diante de um absolutismo político.

Até poderia se argumentar à presença de tal absolutismo no que se refere às cláusulas pétreas³⁶, pois se está diante de valores que não podem ser alterados por uma maioria

³⁵ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 202.

³⁶ Denominada por Luigi Ferrajoli de "rigidez absoluta" – "Fala-se em *rigidez absoluta*, e, portanto, em proibições ou limites *absolutos*, se a revisão é por tais garantias radicalmente excluída: é o que estabelecem o artigo 139 da Constituição italiana com relação à "forma republicana", e, com relação a cada um dos princípios e direitos fundamentais, o artigo 79, 3, da Constituição alemã de 1949, o artigo 288 da Constituição portuguesa de 1976, o artigo 60, §4º, da Constituição brasileira de 1988 [...]". (FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27).

ou minoria futura, no que pese isso, sua elaboração decorreu de uma maioria eleita pelos cidadãos.

À luz do exposto, ao se relacionar isso com o desvio de finalidade legislativo, tem-se que, por mais que uma lei seja aprovada com desvio de finalidade, mas obedeça à Constituição formal e materialmente, ela estará sujeita à alteração pela via democrática, o que não significa uma anulação decorrente de controle por parte do Poder Judiciário.

Está-se diante de uma consequência natural da forma de elaboração da legislação por meio de representantes. Deve ser perguntado se haveria uma legitimidade do Poder Judiciário para exercer tal controle decorrente do desvio de finalidade. No controle de constitucionalidade, há uma análise jurídica feita (por meio de uma legitimidade que decorre da Constituição da República, bem como da fundamentação da decisão judicial), o que não ocorre em um exame feito por magistrados da intenção do legislador.

Qual a garantia de que esses juízes também não ajam com desvio de finalidade? Considerando ser a situação de uma lei que não viola material (nem formalmente) a Constituição (nesse caso, ela poderia ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário), é razoável que seja permitido somente ao próprio Poder Legislativo revogar ou alterar tal lei; seja como consequência natural de uma mudança de legislatura ou mesmo na própria legislatura, por meio de pressão popular, por exemplo.

Pode-se fazer um paralelo aqui com o controle do veto do chefe do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Já tivemos a oportunidade de defender que este Poder poderia fazer o controle sobre o veto jurídico³⁷, pois a análise jurídica decorreria de previsão constitucional de competir, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição.

³⁷ MARQUES, Paulo Henrique Resende. **Controle judicial do veto jurídico**: uma análise constitucional e processual. Curitiba: Juruá, 2015.

O mesmo não ocorre no caso de veto político em que seria atribuição exclusiva do chefe do Poder Executivo decidir se aquela lei é “boa ou ruim”. Isso vale, também, para as intenções que levaram um parlamentar a aprovar ou desaprovar um projeto de lei, não caberia ao Poder Judiciário realizar essa análise.

Diante da tese de que há uma série de critérios da democracia que não podem ser, na prática, totalmente preenchidos, ela deve ser considerada um norte a ser alcançado, de tal forma que se pode argumentar, então, que eventual desvio de finalidade legislativo, desde que respeitada, materialmente, a Constituição, não afastaria a figura de um regime democrático:

Uma segunda questão: seria realista pensar que uma associação poderia satisfazer plenamente a esses critérios? Em outras palavras poderia alguma associação verdadeira ser plenamente democrática? No mundo real, será provável que todos os membros de uma associação tenham iguais oportunidades de participar, de adquirir informação para compreender as questões envolvidas e assim influenciar o programa?

Não, não é provável. Se fosse, seriam úteis esses critérios? Ou serão apenas esperanças utópicas pelo impossível? A resposta mais simples é que são tão úteis quanto podem ser modelos ideais e mais importantes e úteis do que muitos. Eles nos proporcionam padrões para medirmos o desempenho de associações reais que afirmam ser democráticas. Podem servir como orientação para a moldagem e a remoldagem de instituições políticas, constituições, práticas e arranjos concretos. Para todos os que aspiram à democracia, eles também podem gerar questões pertinentes e ajudar na busca de respostas.³⁸

Essa parcialidade na atividade legislativa seria uma consequência inevitável de uma democracia representativa, mas que fique claro, isso não permite violações materiais à Constituição, o que impediria, por exemplo, normas que violem o princípio da igualdade em prol de um grupo específico.

Os critérios referentes a essa passagem doutrinária são os seguintes: a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) entendimento esclarecido e; d) controle de programa de planejamento.³⁹

³⁸ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Editora UNB, 2010. p. 54.

³⁹ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Editora UNB, 2010. p. 49.

Fazendo uma análise crítica desses quesitos, é sabido que, na prática, eles são inalcançáveis, não é em vão que são considerados objetivos a serem alcançados e que a democracia seria o melhor caminho, conforme já visto.

Já foi ressaltada a dificuldade em se conseguir uma total imparcialidade dos tomadores de decisões legislativas, sendo importante a observação no sentido de que toda lei ou política pública pode vir a afetar negativamente certas pessoas. De modo que ainda que esse “mal” exista, ele é menor em um regime democrático:

[...] virtualmente, toda lei ou política pública, adotada por um ditador benevolente, por maioria democrática ou minoria oligárquica, tende a prejudicar de alguma forma algumas pessoas. Em palavras singelas, não se trata de uma questão de saber se um governo pode criar todas as suas leis de modo que nenhuma dela fira os interesses de qualquer cidadão. Nenhum governo, nem mesmo um governo democrático, poderia sustentar uma afirmação desse tipo. A questão é saber se a longo prazo há probabilidade de um processo democrático prejudicar menos os direitos e os interesses fundamentais de seus cidadãos do que qualquer alternativa não-democrática. No mínimo, porque os governos democráticos previnem os desmandos de autocracia no governo, e assim correspondem a essa exigência melhor do que os governos não-democráticos.⁴⁰

Essa observação confirma que a democracia não é perfeita e que está sujeita à produção legislativa que não agrada a todos, mas isso não descaracteriza a existência de um regime democrático.

Uma das formas de atenuar o desvio de finalidade legislativo dos representantes seria por meio da participação do povo na seara legislativa. A escolha dos representantes já é uma das formas de participação popular (mais especificamente dos cidadãos) na esfera legislativa e, sem dúvida, é a mais relevante, porém nela não se esgota. Há sete específicos institutos de participação popular: plebiscito, referendo, iniciativa popular, veto popular, opção popular, recall e lobbie⁴¹.

Dos institutos acima, dois possuem forte relação com o desvio de finalidade legislativo. O recall e o lobbie. Por meio daquele os cidadãos, por meio de votação, podem

⁴⁰ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Editora UNB, 2010. p. 61.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 110.

“exercer o direito de afastar seus representantes no curso dos respectivos mandatos”⁴².

Isso levaria a uma pressão a mais que os legisladores sofreriam ao elaborar as leis de um ordenamento jurídico, indo além, então, da mera pressão relativa à aceitação do eleitorado, bem como da possibilidade de reeleição.

A partir do momento em que os responsáveis pela elaboração das leis sabem que podem ser destituídos pelos cidadãos durante o curso do mandato, pode-se argumentar que eles tenderiam a evitar opções legislativas visando a interesses próprios ou a de pequenos grupos.

Adriano Sant’Ana Pedra defende a revogação e o veto popular como forma de fortalecimento da democracia, de modo que entende que deveria haver sua implementação na Constituição. Deste modo, declara que:

A revogação permite que os cidadãos ponham termo antecipadamente ao mandato dos seus representantes, quando houver traição ao mandato eleitoral ou prática de ato incompatível com o cargo, uma vez que os representantes são obrigados a prestar contas periódicas de seu trabalho e assim serem reapreciados por seus representados.⁴³

Nossa Constituição não prevê tal instituto, além de ele também ser passível de críticas. Há uma diferença entre a figura do mandato vinculado e do mandato livre. Naquele, o representante pode sofrer revogação em seus poderes caso não procure alcançar os interesses particulares de quem representa. Já o mandato livre está relacionado à figura da representação política, “isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito a um mandato vinculado”⁴⁴.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 120.

⁴³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reforma Política: compromissos e desafios da democracia brasileira. **Arquivos de direito público**: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o direito público. São Paulo: Método, 2007. p. 37.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 44.

Deste modo, os interesses a serem perseguidos devem ser o da coletividade como um todo, não de grupos específicos, porém isso possui uma série de empecilhos. Difícil separar o interesse da coletividade com o de determinados grupos, improvável pensar em um ato normativo que agrade a todas as categorias. De forma que o representante eleito tende a decidir conforme os interesses do grupo que foi “responsável” primordialmente pelo seu mandato.

Em relação ao vínculo do representante com o representado, Norberto Bobbio menciona que as democracias representativas possuem duas características:

[...] as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: *a)* na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto não é revogável; *b)* não é responsável diretamente perante seus eleitores exatamente porque é convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.⁴⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar de representação e de maioria eleitoral, afirma que não é ideal que um eleito vá contra as vontades dos eleitores ou da nação, mas que não há nenhuma vinculação jurídica de responsabilidade, este autor chega a afirmar que seria uma preocupação para fins de reeleição, por exemplo:

De fato, embora o sistema estruturado implique a irresponsabilidade do eleito em relação ao eleitor, que, aliás, ao votar não exerce um direito seu, mas cumpre uma função para a Nação, o eleito não pode ignorar completamente a vontade de seus eleitores. É certo que não está ele jungido juridicamente a expressar a vontade destes, nem tem contas a prestar-lhes pelo que fez ou pelo que deixou de fazer. Contudo, na realidade, o representante que pretender ser reeleito tem de levar em conta os desejos e opinião do eleitorado.

Pela eleição, assim, abre-se caminho para a influência do eleitorado nas decisões governamentais. Tal influência pode ser considerada um progresso na realização da democracia, como literalmente o é. Todavia, é inegável que rompe com o esquema consagrado, na medida em que dá aos incapazes de *discuter les affaires* palavra atuante em sua ponderação.⁴⁶

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 79.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 104-105.

Constata-se, então, que não há que se falar em uma democracia de revogação, de mandato de parlamentares, isso porque eles não tutelam os interesses de certas categorias, mas da sociedade como um todo. Em que pese isso, este estudioso também deixa claro que a proibição de mandato imperativo é uma regra que não possui sanção⁴⁷, ou seja, não haveria penalidade na elaboração de uma lei tendente a agradar um certo grupo e não a coletividade em geral. Aqui temos um argumento favorável à impossibilidade de o Poder Judiciário poder anular um ato legislativo apenas sob a fundamentação de desvio de finalidade do legislador.

O segundo instituto que cabe mencionar, neste momento, é o lobbie. Ele possui relação tanto com o que foi abordado nos parágrafos anteriores, haja vista ter como objetivo levar o interesse de determinados grupos às votações legislativas, como com o desvio de finalidade legislativo, pois pode levar a situações em que o legislador aprova uma lei visando exclusivamente atender um grupo específico.

Pode-se conceituar lobbie como “um instituto de participação legislativa aberto a todos, visando à legitimidade da ação parlamentar informal ou formalmente exercida, que manifesta um direito político de influir nas decisões a serem tomadas pelo corpo político⁴⁸.”

Como já ressaltado, é natural que uma lei beneficie certa categoria, o que deve ser ponderado é até que ponto o ato de beneficiar tal categoria é bom para o interesse público como um todo.

Quando se está diante de um caso em que a intenção do congressista é apenas beneficiar um grupo determinado, discrepante do interesse da coletividade, pode-se falar que houve desvio de finalidade legislativo. O que não significa que a norma será inconstitucional, a análise da inconstitucionalidade irá depender de um exame de seu conteúdo com o previsto na Constituição.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 46.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 122.

A figura do lobbie é passível de críticas, conforme será mostrado mais a frente, mas há quem fundamente que é um canal de participação democrática, que, embora não previsto expressamente na Constituição da República, pode ser extraído de direitos fundamentais presentes nesta, pois:

Embora seja inerente à natureza humana pugnar por seus interesses e terçar o debate democrático, a falta de hábito e até certa suspicácia tem atrasado sua regular aceitação em muitos países, entre os quais se inclui o Brasil. Não é possível, contudo, praticar uma sadia democracia parlamentar sem esse canal de participação.

A Constituição não necessitaria prevê-lo expressamente para legitimá-lo, ainda porque ele tem assento em grande número de direitos fundamentais, mas, *de lege ferenda*, conviria que se o fizessem para dar-lhe o merecido *status*.⁴⁹

Conquanto essa ideia de que o lobbie represente um instituto de participação popular, Luigi Ferrajoli é contrário a tal figura, sob o fundamento de ser uma forma de submeter os poderes políticos à economia, de modo que ele é favorável à sua proibição.⁵⁰

Nos Estados Unidos, o lobbie é algo institucionalizado, o Congresso abre filas para que possa haver participação popular em audiências legislativas e, conseqüentemente, contato com parlamentares. Empresas chegam a cobrar até sessenta dólares por hora para pessoas ficarem na fila para lobistas a substituírem no momento oportuno. Considerando esse valor por hora, uma “fila” pode custar mil dólares ou mais.⁵¹

O fato de o lobbie ser permitido nos Estados Unidos não significa que a “compra de leis” seja autorizada, pois, além de esse não ser o conceito de lobbie (como mostrado), o lobista pode expor vários argumentos favoráveis a um projeto de lei que vão ao encontro do interesse público, embora saibamos que, na maioria das vezes, a intenção do lobista é atender o interesse de seus representados, sendo que, para isso,

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 121-122.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 199.

⁵¹ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 26.

pode utilizar inúmeros artifícios, como a concessão de benefícios diretos ou indiretos aos parlamentares.

Como já ressaltado, empresas chegam a cobrar mais de mil dólares por um lugar na fila em audiências legislativas, seria uma ingenuidade acreditar que este valor é pago para despachar com legisladores visando ao bem da coletividade.

O que pode ocorrer, é verdade, tentando buscar algo “bom” em atos semelhantes a este, é que haja um benefício tanto para os representados pelos lobistas como pela sociedade. A título de exemplo, pode ser citada uma lei que produza proveito para determinado setor industrial, mas produza bons efeitos para o interesse público.

Fato é que há quem enxergue uma espécie de corrupção nisso, não o lobbie em si, mas o fato de haver venda em filas para assistir a audiências e a debates legislativos (e, conseqüentemente, ter oportunidade de dialogar com legisladores), visto que “cobrar entradas em audiências parlamentares é uma forma de corrupção. Trata-se assim o Congresso como se fosse um negócio, e não uma instituição do governo representativo”⁵².

A democracia representativa possui críticas, dentre as quais a que aqui se analisa é a de permitir que os representantes possam legislar visando a fins que não sejam necessariamente o interesse do povo.

Por mais que seja impossível abandonar a ideia de representação em prol de uma democracia em que o povo decida diretamente as questões políticas, pode-se pensar em um aumento desse “poder” popular, por meio de figuras já existentes como plebiscito, referendo e iniciativa popular ou criação de novas figuras, como o recall (apresentado anteriormente).

Anderson Sant’Ana Pedra defende que as formas de participação direta, já mencionadas, devem ser reforçadas (no caso das previstas na Constituição da República), bem como implementados o veto e a revogação. Porém isso não é uma

⁵² SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 38.

defesa de democracia exclusivamente direta, mas de uma democracia representativa com aumento da participação popular (democracia participativa). Neste sentido, aduz que:

Mas nessa democracia semidireta a porção representativa será mínima, ao passo que a presença de mecanismos da democracia direta será máxima, observando-se dessa forma mecanismos de controle perante o exercício do Poder Legislativo por intermédio de consulta popular, destacando ainda que mandato poderá ser revogado.

Neste processo democrático, deverão ser destacados a iniciativa popular, o plebiscito, o referendo, o veto e a revogação - ou seja, processo democrático que terá sempre no povo a instância suprema que ditará a aprovação ou derrogação das decisões adotadas.⁵³

A tecnologia seria uma forma de realizar uma gradual migração para a democracia direta, no que for possível.

No preâmbulo da Constituição espanhola, consta menção à cláusula de uma sociedade democrática avançada. Francisco Manuel García Costa mostra que, apesar de esse conceito ter tido inspirações socialistas (outros termos como “sociedade sem classes” seriam muito fortes para serem aprovados no Congresso), a transformação que essa cláusula deve visar não é a de uma certa forma de orientação de sociedade, mas a de uma mudança respeitando condições pluralistas da sociedade que obedece ao princípio democrático:

Uma sociedade democrática avançada é aquela na qual os cidadãos tomam real e efetivamente as decisões sobre os assuntos públicos, fazendo com que o exercício da Soberania por parte do povo nas formas e nos limites da Constituição [...] sejam eficazes.⁵⁴ (tradução nossa)⁵⁵

⁵³ PEDRA, Anderson Sant’Ana. Na defesa de uma democracia participativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 34, p. 1-9, dez. 2003. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/355/3526>. Acesso em: 17 mar. 2020.

⁵⁴ COSTA, Francisco Manuel García. La democracia electrónica como significado de la expresión constitucional <<sociedad democrática avanzada>>. In: ALEMÁN, Ángel Aday Jimenez (org.). **Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, p. 101-120. v. 3. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2020-108_3. p. 107. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁵⁵ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Una sociedad democrática avanzada es aquella en la que los ciudadanos toman real y efectivamente las decisiones sobre los asuntos públicos, haciendo que el ejercicio de la Soberanía por parte del pueblo en las formas y en los límites de la Constitución [...] sean realmente eficaces.”

Para o autor, a forma de se fazer isso seria por meio da tecnologia da informação, inclusive para votações legislativas diretas, desde que haja implementação de meios necessários para isso.

A informatização já é utilizada fortemente para disponibilização de informações, como portais transparência e divulgação de sessões legislativas, mas não em votações (seja na escolha dos representantes ou em relação a leis propriamente ditas). Sem dúvida, há empecilhos, como a falta de que todos tenham acesso a tal tecnologia, bem como a possibilidade de fraude, mas o autor mencionado pontua a necessidade de pelo menos dar início a uma discussão doutrinária sobre o assunto, a fim de utilizar a informatização para realizar uma redefinição da democracia representativa, indo, deste modo, ao encontro da democracia direta e atendendo, assim, à cláusula da sociedade democrática avançada.⁵⁶

A democracia direta também possui críticas, como a falta de conhecimento técnico da população para decidir determinados assuntos. Feitas essas considerações sobre a democracia representativa, analisar-se-á a seguir a democracia deliberativa. A razão de separarmos ambos os “tipos” de democracia (embora possa se afirmar que a deliberativa está dentro da representativa) é porque usaremos tais espécies de democracia como bases teóricas para o presente estudo.

1.2.1 A democracia deliberativa

O enfoque do tópico anterior foi de uma democracia representativa, esta não significa apenas que os representantes eleitos são os responsáveis por elaborar as normas que deverão ser cumpridas por todos, mas envolve, também, um procedimento para escolha desses representantes que permita uma real participação do cidadão na escolha livre desses sujeitos.

⁵⁶ COSTA, Francisco Manuel García. La democracia electrónica como significado de la expresión constitucional <<sociedad democrática avanzada>>. In: ALEMÁN, Ángel Aday Jimenez (Org.). **Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, p. 101-120. v. 3. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2020-108_3. p. 116. Acesso em: 06 dez. 2020.

Assim, quando se fala em democracia representativa, não deve ser ignorado que ela possui uma série de requisitos para que possa haver uma participação livre e consciente na escolha dos representantes pelos eleitores, porém, quando consideramos “a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas”⁵⁷, estamos diante da chamada democracia deliberativa.

Esta envolve, portanto, uma série de pressupostos necessários não só para a escolha livre dos representantes, mas também para uma efetiva participação popular na elaboração legislativa, de modo a, realmente, influenciar no processo de produção das leis.

Uma vez respeitada essa deliberação, o âmbito de abrangência da decisão a ser tomada pode ser extensa, de forma que se pode imaginar um conflito entre a liberdade ampla nas escolhas políticas obedecendo ao procedimento deliberativo e as limitações constitucionais referentes a temas que não permitem abolição nem mesmo se respeitado perfeitamente o procedimento adequado.

Esse “conflito” não será aprofundado aqui, mas a forma possível de se entender que não haveria um choque é considerando que as cláusulas pétreas visam alcançar um adequado procedimento de participação popular, pois:

Como “condições para a cooperação na deliberação democrática”, os direitos fundamentais não só possibilitam que seja proferida uma decisão majoritária justa, mas também lhe impõem limites, podendo obstar até mesmo os propósitos reformadores do poder constituinte derivado.⁵⁸

Relacionando este tema com o desvio de finalidade legislativo, algumas considerações e questionamentos podem ser feitos. E se houver respeito ao

⁵⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 104-143, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39825>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 104-143, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39825>. Acesso em: 30 mar. 2020.

procedimento de participação popular, mas ainda assim os legisladores agirem com desvio de finalidade?

Dessa pergunta pode ser extraído outro questionamento. Esse procedimento de participação popular deveria estar previsto na Constituição ou decorreria da própria previsão da forma democrático nesta?

Ao tratar da democracia deliberativa e o controle de constitucionalidade em relação a seus pressupostos, André Ramos Tavares fixa que, para que possa haver esse controle, seria necessário que esses requisitos estivessem previstos na Constituição. Como se vê:

Esses pressupostos haveriam de estar previstos, contudo, na Constituição do país, o que remete a constatação de que apenas um momento constituinte consciente do modelo deliberativo de democracia poderia se aproveitar dos benefícios de um guardião constitucional vocacionado a tutelar seus pressupostos (constitucionais).⁵⁹

Ao se fazer um paralelo com o desvio de finalidade legislativo, pode ser afirmado que a Constituição teria que estender suas hipóteses de inconstitucionalidade formal para abarcar esse específico vício de produção legislativa, ao invés de considerar que isso está implicitamente dentro de uma previsão constitucional de sermos uma democracia.

Ana Paula Barcellos extrai uma série de requisitos necessários em uma produção legislativa (sua análise está mais relacionada com o recebimento de justificativas, mas não com a participação no debate), porém, quando ela cita o controle sobre as razões que levaram à decisão legislativa, posiciona-se pela impossibilidade de controle jurisdicional (isso será exposto no quarto capítulo). Esta autora defende que esses requisitos podem ser obtidos das previsões constitucionais referente a direitos fundamentais, bem como relacionadas a opções sobre a organização do Estado –

⁵⁹ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-103, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39826>. Acesso em: 30 mar. 2020.

“como os princípios republicano, democrático, o Estado de Direito e a garantia do devido processo legal”⁶⁰.

A importância disso está em constatar que há quem defenda uma série de requisitos relacionados ao processo legislativo que podem ser extraídos da Constituição, embora não esteja expressamente previsto. Ressalta-se que, no caso aludido, não se está falando em previsão de deliberação necessária, mas sim em uma necessidade de que seja exposta a motivação e a fundamentação que deu origem a uma lei.

Como já exposto anteriormente, o desvio de finalidade legislativo pode ser visto como uma consequência de não haver identidade entre governantes e governados, identidade essa que é, para Carl Schmitt, o que define a democracia, pois:

Após afirmar que o aspecto representativo não provém da lógica democrática, mas da metafísica liberal, Schmitt a seguir o apresenta como um elemento constitutivo não democrático da democracia parlamentar. Com efeito, é ele que torna impossível a identidade entre governantes e governados, que é para Schmitt o que define a democracia.⁶¹

À luz disso, não haveria limites para o que for decidido nos moldes anteriores, o que, para Menelick de Carvalho Netto, caracterizaria uma verdadeira ditadura da maioria, haja vista que essa “democracia” necessitaria de uma limitação constitucional sobre o que for decidido.⁶²

Tem-se, então, o constitucionalismo como um limite à democracia, isso é de vital importância para o que se analisa no presente trabalho, pois, sendo o desvio de finalidade legislativo uma das possíveis consequências da representatividade, pode ser combatido pelo constitucionalismo, não que a Constituição permita que o Poder Judiciário declare inconstitucional uma norma apenas por ter ocorrido desvio de finalidade, mas porque, caso essa norma produzida com tal desvio viole algum direito fundamental, poderá ser declarada inconstitucional.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 91-92.

⁶¹ MOUFFÉ, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. **Cadernos da Escola Legislativo**, Belo Horizonte, n. 02, jul./dez., 1994, p. 02. Trad. Menelick de Carvalho Netto.

⁶² CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** – UFMG – Pós-graduação da Faculdade de Direito, Belo Horizonte, nº 88, p. 81-108, dez. 2003.

Dos males, o menor. O fato de a Constituição da República arrolar uma série de direitos fundamentais, bem como de limitações ao administrador público (ex.: art. 37), já reduz bastante o âmbito de abrangência de uma norma elaborada com desvio de finalidade.

Fundamental, portanto, que haja esse freio à representação por meio do constitucionalismo, já que:

A democracia enquanto conquista e processo de tomada de decisões insere o sujeito/povo nas discussões e deliberações ao passo que o constitucionalismo regula este processo, estabelecendo limites, padrões e até mesmo determinações, como a representação. No entanto, muitas vezes o constitucionalismo (ao estabelecer a representação, por exemplo) representa um freio a democracia.⁶³

Deste modo, foi vista, na obra citada de Ana Paula Barcellos⁶⁴, a discussão sobre o direito do cidadão de obter justificativas que levaram à aprovação de um projeto de lei, sendo que foi mostrado que se pode fundamentar que isso não levaria, necessariamente, à invalidade de lei aprovada com desvio de finalidade (esse assunto será retomado no capítulo segundo).

O cenário é diverso quando se aborda análises democráticas mais relacionadas à participação do cidadão no procedimento necessário para a aprovação legislativa. Neste caso, para que se possa fundamentar o controle judicial do desvio de finalidade legislativo, teria de se retirar tal possibilidade do próprio conceito de democracia, pois há falta de previsão expressa na Constituição da República de tal causa de inconstitucionalidade, de modo a permitir que o Poder Judiciário possa considerar inválida uma norma que não obedeça a esse procedimento “ideal” decorrente de um modelo democrático.

Como já frisado, apesar de este trabalho separar democracia deliberativa da democracia representativa, aquela está dentro desta, isso porque, ao final do

⁶³ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista Direito GV**, vol. 06, n. 1, 2010, p. 159-174. p. 171.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

processo deliberativo, a decisão será tomada por meio de uma votação, sendo que está ocorre, em regra, por meio de representantes eleitos.

Em que pese a deliberação prévia, a decisão, ao fim (ou após) do processo do processo deliberativo, será tomada por meio de uma votação, seja direta ou por meio de representantes, de tal forma que não se pode abandonar a democracia representativa:

[...] a democracia deliberativa não fornece uma forma natural de se chegar a uma conclusão definitiva que seja próxima de um consenso, o que não é de ser esperado na maioria dos casos de tomada de decisão. As políticas deliberativas quase sempre precisam ser reforçadas por outros processos decisórios — no caso de Oregon, por uma recomendação de uma comissão e pelo voto da legislatura. Os grupos comunitários ofereceram dados úteis, que informaram as futuras deliberações tanto da Comissão quanto da legislatura, mas no final a discordância que permaneceu precisou ser resolvida pelo voto da maioria na legislatura. A deliberação deve terminar em uma decisão, mas a democracia deliberativa não especifica, por si só, um único processo para se chegar a uma decisão final. Ela deve se apoiar em outros processos, mais notavelmente no voto, que não são propriamente deliberativos.⁶⁵

Há outras formas de se chegar à decisão final após a deliberação, mas, prioritariamente, em âmbito legislativo, a votação é utilizada e esta não é, necessariamente, deliberativa.

Por essa óptica, a democracia deliberativa está dentro da democracia representativa, razão pela qual, embora tenham sido tratadas ambas as democracias neste estudo, o foco repousa sobre a representativa. Além disso, temos que questionar se a representação está sendo respeitada quando ocorre desvio de finalidade legislativo.

Ao citar críticas referentes à parcialidade na democracia deliberativa, Amy Gutmann faz menção a uma que está diretamente relacionada com o desvio de finalidade legislativo, qual seja, a possibilidade de produzir resultados injustos quando há distribuição desigual do poder ou quando o dinheiro influencia a deliberação:

⁶⁵ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. Bruno Oliveira Maciel. Rev. técnico: Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan. / mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39827>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

Quando o poder é distribuído desigualmente e quando o dinheiro afeta substancialmente quem tem acesso ao fórum deliberativo, os resultados da deliberação, na prática, tendem a refletir estas desigualdades, e, portanto, levam, em muitos casos, a resultados injustos.⁶⁶

Isso porque umas das principais causas do desvio de finalidade são as contrapartidas financeiras de grandes apoiadores que buscam benefícios por este “apoio” ou quando os próprios representantes, muitas vezes detentores de grande poderio econômico apto a lhe ajudar na conquista nas eleições, buscam vantagens como forma de compensação do valor gasto para essa vitória.

Quanto à crítica mencionada, a autora procura afastá-la aludindo que a própria vantagem da democracia deliberativa é expor a desigualdade⁶⁷. Ora, se o povo tiver acesso a essas discrepâncias, pode acarretar reações aptas a modificar a norma aprovada.

A experiência deliberativa pode ser separada da democrática, sem prejuízo de que ambas possam estar juntas. Deliberativa no sentido de a decisão ser tomada por meio de argumentos imparciais; e democrática por meio da participação dos afetados pela decisão oriunda desse debate. Ao ressaltar essa separação, Luigi Bobbio traz o seguinte conceito de arena deliberativa:

[...] arenas deliberativas nas quais todos os interessados diretos fazem parte, de modo estruturado, em um processo coletivo de decisão fundado no uso de argumentos.

[...]

Nas arenas deliberativas, ao contrário, a tarefa de decidir é confiada à interação, paritária e organizada, entre todos os sujeitos envolvidos, sejam estes cidadãos comuns, organizações ou poder público.

[...]

termo "arena" de modo muito menos metafórico. As arenas deliberativas são âmbitos fisicamente individualizados nos quais as pessoas se encontram diretamente e nas quais qualquer uma delas tem plena consciência de participar naquele jogo específico.⁶⁸

⁶⁶ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. Bruno Oliveira Maciel. Rev. técnico: Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan. / mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39827>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁶⁷ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. Bruno Oliveira Maciel. Rev. técnico: Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan. / mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39827>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁶⁸ BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. Trad. Sílvia do Prado Aragão. Rev. técnico André Ramos Tavares. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 144-

Em síntese, a arena deliberativa possui as seguintes características: a) ad hoc para tratar de temas específicos; b) nascem, em regra, pelas instituições representativas; c) estruturada e com regras pré-estabelecidas (podendo haver modificação destas para preservar um espaço de interação transparente); d) não é reguladas por lei e sem poder jurídico (logo não juridicamente vinculante); e) presença de mediador; f) são inclusivas (deve haver o máximo de inclusão que não prejudique o debate, para isso pode haver dois métodos: f.1 sorteio entre os grupos envolvidos e f.2 trazer todos pontos de vista, em tese possíveis, para a arena deliberativa) e g) trabalham com a deliberação (ainda que haja votação).⁶⁹

Ponto interessante, ainda, é a menção de não ser vinculante, aplicando isso ao processo legislativo, não haveria necessidade de os representantes (legisladores) seguirem o resultado da deliberação ao votarem um projeto de lei, embora seja recomendado que haja uma influência.

Como compatibilizar, assim, deliberação com votação? Por mais que se defenda um processo democrático deliberativo na produção legislativa, seu resultado surgirá de uma votação, seja direta ou seja por meio de representantes, essa é a razão pela qual, como dito antes, que, no âmbito da produção legislativa, a democracia deliberativa estaria dentro da democracia representativa, eventualmente utilizando algumas formas de participação direta do cidadão. Com efeito, a deliberação é um dos instrumentos da democracia representativa.

A representação pode vir a tirar a voz de pequenos grupos afetados, mas, se houver violação de algum direito fundamental destes, o Poder Judiciário poderá sempre ser acionado.

170, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39824>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁶⁹ BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. Trad. Silvia do Prado Aragão. Rev. técnico André Ramos Tavares. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 144-170, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39824>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

Associando, então, deliberação com democracia representativa, alguns pontos devem ser considerados quando se analisa o desvio de finalidade legislativo. O primeiro ponto é a possibilidade de ocorrer de a “deliberação” poder ser feita simplesmente para mascarar uma decisão já tomada, dando uma falsa ideia de existência de debate.

Essa seria uma consequência, então, de se atribuir que a decisão referente à deliberação prévia seja realizada por meio de uma votação, mas, como já ressaltado, em âmbito legislativo, o resultado final deve ocorrer por uma votação seja direta ou indireta – feita por representantes.

Atribuir grau de vinculação ao debate realizado seria reduzir ou tornar sem sentido uma votação posterior. Luigi Bobbio menciona três comportamentos que o debate pode ocasionar nos agentes políticos responsáveis por tomar as decisões: promoção, competição ou indiferença. Este autor defende que, por mais que a deliberação não seja juridicamente vinculante, ela possui legitimação forte:

As conclusões que chegam das arenas deliberativas não são vinculadas juridicamente e podem então não ser observadas pelos órgãos que têm o poder de decisão. Todavia são dotadas de uma legitimação particularmente forte: seja pelo lado do *input*, na medida em que os principais pontos de vista foram incluídos, seja pelo lado do *output*, na medida em que os resultados atingidos representam soluções sólidas e compartilhadas dos problemas colocados em discussão.⁷⁰

Possível fundamentar, assim, que a democracia deliberativa não seria capaz de tornar inconstitucional uma norma aprovada com desvio de finalidade apenas com a fundamentação de ela ter ido de encontro ao decidido em um debate prévio. Por mais que isso não torne uma norma inconstitucional, a deliberação atenua a ocorrência de eventual desvio de finalidade, à medida que os participantes da deliberação saberão que o resultado foi contra o que foi obtido via discussão.

Ao ponderar que a democracia representativa deixou de ser um instrumento capaz de atender aos anseios atuais, José Luis Bolzan de Moraes menciona três circunstâncias que propiciaram isso: aumento do número dos cidadãos ativos (com poderes para

⁷⁰ BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. Trad. Silvia do Prado Aragão. Rev. técnico André Ramos Tavares. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 144-170, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39824>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

participar como eleitores); dificuldade técnica das questões pautadas e; grande quantidade de matérias postas. Outro aspecto importante levantado por ele é relativo à incerteza da democracia que, indevidamente, deixa de existir em prol de uma certeza relativa à segurança econômica. Assim, ele cita duas mudanças referentes ao modelo de democracia de representação: introdução de mecanismos da democracia direta e estruturação de modelos democráticos alternativos.⁷¹

Apesar de o autor não mencionar expressamente, pode-se enquadrar a democracia deliberativa nessa segunda “mudança”.

Na defesa de que o controle de constitucionalidade da lei deve ir além da própria “lei” e envolver, também, o procedimento discursivo que a deu origem, Marcelo Cattoni pontua que:

[...] o controle judicial de constitucionalidade das leis deve ser fundamentalmente considerado como controle jurisdicional de constitucionalidade e regularidade do *processo de produção da lei*. Ou seja, dos atos jurídicos que, ao densificarem um modo jurídico-constitucional de interconexão prefigurada, constituem-se em uma cadeia procedimental. Essa cadeia procedimental se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou, ainda, em contraditório, entre agentes legitimados, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição visando à formação e à emissão de um ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, um provimento legislativo que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica.⁷²

Ele assevera, então, como requisito de constitucionalidade de uma lei, a necessidade de ela ter passado por um procedimento discursivo com a sociedade. De fato, isso não impede que, ao final, no momento da votação, o parlamentar atue com desvio de finalidade, mas a necessidade de tal procedimento aumenta o leque de inconstitucionalidade que um magistrado possa vir a identificar no ato normativo, caso ele não esteja presente.

Para chegar a essa teoria discursiva, tal autor procura superar as ideias da tradição liberal, bem como o pensamento republicano-comunitarista e da “jurisprudência de

⁷¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado e democracia: onde está o povo? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** – RIHJ, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jan./dez. 2006.

⁷² CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 40.

valores". É bom ressaltar que tal temática será tratada, mais especificamente, no capítulo terceiro, ocasião em que serão examinadas ideias de Habermas.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO EM UM CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Nesta parte do trabalho, será abordada a figura do desvio de finalidade legislativo, utilizando Luigi Ferrajoli como base teórica. Buscar-se-á, a partir de conceitos deste doutrinador, chegar a uma conclusão sobre a consequência jurídica da presença do mencionado desvio.

Deve ficar claro que não está se afirmando que Ferrajoli possui a mesma ideia aqui defendida, mas, sim, que se chegou a ela utilizando conceitos e posições deste autor.

Deste modo, serão expostas algumas ideias dele, como a de democracia formal complementada pela democracia substancial, bem como a de direitos primários (de liberdade e sociais) e secundários (políticos e civis), para, como base em tais concepções, chegar a uma resposta sobre a consequência jurídica de um projeto de lei aprovado com desvio de finalidade legislativo. Analisar-se-á, ainda, a figura das antinomias e das lacunas a partir deste estudioso.

Ferrajoli trabalha com o conceito de democracia formal juntamente com o de democracia substancial. Aquela está preenchida quando se permite que os membros de um Estado possam participar do processo político de elaboração das normas a serem seguidas pelos cidadãos e pelo próprio Estado:

A dimensão formal da democracia inserida no paradigma legislativo consiste essencialmente em um método de formação das decisões políticas: precisamente, no conjunto das regras do jogo que atribuem ao povo ou à maioria de seus membros o poder, diretamente ou por intermédio de representantes de assumir tais decisões.⁷³

Essa produção normativa pode ser feita tanto diretamente pelos indivíduos, quando uma maioria vota pela edição de atos legislativos, quanto indiretamente, quando essa mesma maioria escolhe representantes responsáveis por realizar o papel de legislador.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 37.

A crítica a esse modelo de democracia formal reside na falta de limites ao conteúdo dos atos normativos produzidos, de tal maneira que caso seja obedecido o correto procedimento de elaboração legislativa, a lei é considerada válida independentemente de seu objeto e não haveria nenhuma limitação material na produção legislativa.

Por esse modelo se permite, por exemplo, a opressão de uma minoria, haja vista que a vontade política estaria limitada a escolha da maioria (seja na opção dos representantes, seja no processo legislativo direto). Permite-se, também, a existência de normas que possam vir a violar direitos e garantias fundamentais, ainda que legalmente positivados, pois uma lei posterior de igual hierarquia teria poder para tanto.

Mas, nesse ponto, deve ser questionado: qual seria o limite material da produção legislativa e quem seria o responsável por estabelecer tal limite?

Luigi Ferrajoli não nega a existência de uma moral que contenha direitos inatos, porém este não seria capaz de, por si só, limitar o exercício do Poder Legislativo. Para que haja essa limitação, é necessário que este “direito natural” esteja positivado no sistema em uma hierarquia superior às leis, sendo que o instrumento adequado de tal previsão seria uma Constituição rígida, capaz de tornar inválida uma lei que, apesar de obedecer ao trâmite formal adequado de produção, viole algum conteúdo material previsto na Carta Política, visto que:

É nisso que consiste a complementação do positivismo jurídico produzido pelo constitucionalismo: na positivação não mais do *ser*, mas também do *dever ser* do direito; não mais apenas das suas formas de produção, mas também das escolhas que a sua produção deve respeitar e implementar. Isso não quer dizer, em absoluto, supressão da separação entre direito e moral, que constitui o traço distintivo do positivismo jurídico.

Antígona conserva a sua autonomia, enquanto portadora do ponto de vista moral e político irredutivelmente externo, crítico e projectual em relação ao direito vigente, incluindo o seu contingente *dever ser* constitucional. Certamente, com a transformação das leis da razão, por esta periodicamente reivindicada, em normas constitucionais de direito positivo, a divergência está destinada a se reabrir com o surgimento de novas instâncias de justiça e,

novamente, a reduzir-se com a conquista de novos direitos e, portanto, com o progresso histórico do constitucionalismo.⁷⁴

A diferença entre direito e moral, típica do positivismo, continua a existir, porém sua importância é atenuada com a incorporação desta em constituições rígidas, apesar disso a relevância da diferenciação permanece, considerando a possibilidade de surgirem novos “conceitos de justiça” não positivados constitucionalmente.

Até aqui se tem, então, a superação de um mero modelo legalista, o qual se pode chamar de Estado de Direito, em que há uma submissão do Estado apenas à lei, para um modelo de Estado Constitucional de Direito, em que há uma obediência a princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição.

Se antes o positivismo jurídico só se importava com a forma de produção das normas, sendo válidas apenas as que obedecerem ao procedimento correto, ele agora permitiu o vínculo “do *conteúdo* das normas produzidas à garantia dos interesses e das necessidades vitais dos sujeitos representados”⁷⁵.

Esses direitos que, antes estavam fora do ordenamento (não geravam efeito nenhum sobre ele) ou então estavam em normas legais (podiam ser revogados por leis futuras), passam a ser previstos em constituição rígidas, devendo o legislador respeitá-los e não podendo decidir sobre determinadas questões, haja vista que:

A chamada *esfera do indecível* [sic] é o ponto cerne da teoria garantista que rompe com a falácia formal da liberal-democracia, isto é, que desmente aquele sistema fundado sob uma série de regras destinadas a proteger incondicionalmente a onipotência política da maioria e a absoluta liberdade de mercado.⁷⁶

Assim como há matérias pelas quais o legislador não pode decidir, a fim de assegurar os direitos de liberdade, há pontos pelos quais deve ser obrigatória a positivação, uma

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 37.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

⁷⁶ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional**: sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 125.

vez que se trata dos direitos sociais, pois “ninguém é livre sem as mínimas condições materiais de sobrevivência: à previdência social, ao trabalho, à saúde e à instrução”.⁷⁷

Ferrajoli denomina a decisão legislativa contrária aos direitos de liberdade de *antinomia* e a ausência de efetivação de direitos sociais de *lacuna*, sendo “obrigação da jurisdição de anular as primeiras e da legislação de colmatar as segundas”⁷⁸.

Nota-se, diante disso, que não caberia ao Poder Judiciário a instituição de direitos sociais, sendo tarefa exclusiva dos representantes eleitos; ao Judiciário caberia apenas declarar a invalidade de leis contrárias ao conteúdo material de constituições rígidas (ou seja, situações de antinomia). No que toca à “invalidade”, cabe trazer a diferença, em Ferrajoli, da inexistência.

Há uma separação entre existência (obedecer ao procedimento formal de produção legislativa) e validade (respeitar os princípios e os direitos previstos constitucionalmente):

Com base neste modelo [Estado constitucional de direito], enquanto a existência ou a vigência das normas continua a depender da sua *forma* de produção, cuja norma de reconhecimento continua sendo o velho *princípio da legalidade formal*, a sua validade depende também da sua *substância* ou conteúdo, cuja norma de reconhecimento consiste no *princípio de legalidade substancial*, que a vincula à coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos. À separação e diferenciação externa entre justiça e validade, acrescenta-se, assim, a diferenciação interna entre validade e existência.⁷⁹

Neste momento, pode ser questionado qual seria a diferença/novidade entre o que já foi escrito por Hans Kelsen e a explicação sobre invalidade/inexistência que já foi mencionada. Kelsen não nega a possibilidade de uma lei ser inválida por ser contrária a Constituição (seja uma violação na forma de produção da norma, seja no conteúdo

⁷⁷ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional**: sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 102.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 20.

materialmente inconstitucional desta), porém ele não diferencia a invalidade da inexistência:

Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.⁸⁰

Aqui reside a crítica de Ferrajoli, visto que:

os vícios de substância, de fato, não comportam nem a validade nem a inexistência, mas a *existência de uma norma inválida*, ou seja, justamente a figura contestada por Kelsen como contradição em termos”

[...]

O achatamento da validade sobre a existência ignora, de fato, a divergência deôntica, *interna* ao direito positivo, entre normas substanciais sobre a produção e normas produzidas, gerada pelo segundo juspositivismo do Estado constitucional, em acréscimo à divergência *externa* entre justiça e existência-validade gerada pelo primeiro juspositivismo do Estado legislativo de direito.⁸¹

As classes/dimensões, mencionadas por Ferrajoli, como necessárias em uma democracia no modelo garantista, são política, civil, liberal e social, dentro dessas se pode identificar, respectivamente, os direitos políticos, civis, de liberdade e, por fim, sociais, ou seja, todos os direitos fundamentais. O primeiro se refere ao “quem” e “como” das decisões públicas, ou seja, a garantia do voto universal que, por meio de uma maioria, irá eleger os representantes políticos. O segundo se relaciona a decisões privadas que produzem efeitos normativos na esfera jurídica de terceiros. Por fim, os dois últimos direitos visam proteger a liberdade e a autonomia do cidadão, impedindo atos que venham a lesá-los, bem como impõem obrigações de prestação para ir ao encontro dos direitos sociais.⁸²

⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 188. Na nota de rodapé 06 de sua obra “Poderes Selvagens”, Ferrajoli destaca que “A tese da equivalência entre validade e existência leva Kelsen a se contradizer repetidamente, induzindo-o qualificar a ‘lei inconstitucional’ ora como ‘válida’, ora como ‘inexistente’” (FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22)

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52-54.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55-58.

O que deve ser analisado, neste momento, é se uma votação legislativa nas quais os representantes políticos realizaram suas decisões por motivo diverso do seu entender pessoal de finalidade pública deve ser considerada inválida.

2.1 A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DE ANÁLISE DAS RAZÕES DE DECIDIR DO LEGISLADOR

Este é um âmbito extremamente subjetivo, pois jamais se pode afirmar as razões que levaram um parlamentar a realizar suas escolhas em votações legislativas, pois são atos que, pelo trâmite previsto constitucionalmente, independem de motivação.

Pode-se, a título de exemplo, mencionar como razões de um legislador ao aprovar ou desaprovar um projeto de lei: a) interesse público; b) orientação partidária; c) interesse individual; d) compra de votos ou, dentre outros motivos; e) votar sem nenhum conhecimento do conteúdo do projeto.

Em relação a votar sem ciência da matéria que o projeto de lei prevê, Hans Kelsen já havia pontuado que “é um fato que, muitas vezes, senão sempre, um número considerável dos que votam a favor de um projeto tem, quando muito, um conhecimento bastante superficial de seu conteúdo”⁸³.

No que toca à compra de votos, temos que analisá-la como algo muito mais amplo do que simplesmente votar em determinado sentido em troca de uma quantia pecuniária, deve-se entendê-la como qualquer escolha pelo parlamentar embasada em motivo diverso do seu entendimento pessoal de interesse público, como financiamento de campanha, relações de amizade, benefício pessoal etc.

Como interesse individual, pode ser citado, a título de exemplo, um parlamentar produtor rural que vota em uma lei que vai ao encontro do interesse de grandes ruralistas. Sem dúvida, seria um exagero até mesmo cogitar uma possível invalidade nesse caso, sob pena de haver um *impedimento* sempre que um projeto de lei for beneficiar o legislador de alguma forma. Além disso, nada impede que ele tenha

⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 48.

votado examinando, também, o interesse público, ou seja, a motivação interna do voto será desconhecida, por mais que se presuma interesses pessoais.

Cabe citar, como exemplo, a Lei Nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade); houve grandes críticas no sentido de que esta lei visava apenas evitar a investigação e punição penal de determinados agentes. Porém não se pode negar que o autor do projeto de lei realmente tenha convicção pessoal de que um número reduzido de agentes do Ministério Público, da magistratura e de outras carreiras estavam realizando atos arbitrários e pondo em risco ideais democráticos.

No caso em que possa haver provas de que o parlamentar realizou determinado ato legislativo em troca de contrapartida financeira, a situação muda um pouco de figura, aqui, ao contrário dessa situação, há forte indício de que a razão de votação não foi o interesse público, o que pode ser comprovado por escutas telefônicas, por provas testemunhais, por extratos bancários etc. Mas, ainda assim, não se pode afirmar que o deputado não tenha crença de que o projeto vai ao encontro do interesse público.

Pois bem, das quatro dimensões já trazidas, a relacionada diretamente com o desvio de finalidade legislativo seria a política, no sentido de uma eventual argumentação que haveria vício na escolha dos eleitores quando os representantes eleitos elaboram atos fugindo ao interesse público.

No que pese isso, o ideal é que os eleitos, ao editarem seus atos legislativos, busquem a vontade não só de seus eleitores, mas da nação como um todo, porém, caso isso não ocorra, não haveria nenhuma forma de responsabilização jurídica dos parlamentares (salvo em casos de corrupção ou de violação do decoro parlamentar) até porque pode ocorrer de o ato produzido por estes, em um determinado assunto, ser contrário à vontade da maioria dos eleitores, porém os legisladores podem ter convicção de que esse ato é o que melhor atende ao interesse público.

Isso porque, apesar de os parlamentares “representarem” os eleitores, tal representação não possui o mesmo regime de responsabilidade de uma representação civil:

De fato, segundo a lição consagrada na Constituição francesa de 1791 e depois repetida nas Constituições liberais, o representante não representa os seus eleitores como o mandatário os seus mandantes, mas a nação inteira, inclusive os que não participaram de sua eleição, ou que se opuseram a ela. A representação é, portanto, geral. Mas é também livre, no sentido de que o representante não está adstrito a instruções ou a recomendações por parte de seus eleitores e deve apreciar cada questão de acordo com sua consciência. Geral e livre, a representação é também irresponsável.⁸⁴

Até agora estão presentes as seguintes conclusões: a) há uma impossibilidade de saber se o voto do parlamentar foi amparado, ou não, no interesse público (mesmo se houver comprovação de recebimento de pecúnia para votar em um determinado sentido, nada impede que o parlamentar tenha convicção de que seu ato vai ao encontro de uma finalidade pública); b) os atos legislativos do parlamento não precisam, juridicamente, respeitar a vontade dos eleitores.

Partindo da premissa de que haja uma comprovação de desvio de finalidade legislativo, foram separadas duas situações dignas de análise e que ocupará este e o próximo subcapítulo.

- a) Um projeto de lei que obtém aprovação exclusivamente por “compra de votos” e viola um conteúdo material da Constituição;
- b) Um projeto de lei que assegura um direito social constitucionalmente obrigatório deixa de ser aprovado em razão de contrapartida financeira aos parlamentares.

No primeiro caso, não há maiores problemas, pois não há necessidade de se discutir se o desvio de finalidade seria, ou não, causa de invalidade da lei, haja vista que ela já seria materialmente inconstitucional.

Inclusive, neste ponto, cabe aludir a Caio Tácito que, apesar de favorável ao posicionamento de invalidade de uma lei produzida com desvio de finalidade (e apenas por este motivo), traz exemplo de julgado do Supremo Tribunal Federal que,

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90.

citando desvio de finalidade, declara a invalidade de uma lei, porém considera, também, uma violação material da Constituição, conforme será mostrado.

Em princípio, vale expor o posicionamento deste autor sobre a inconstitucionalidade com base apenas no desvio de poder legislativo e de sua consequente declaração de invalidade pelo Poder Judiciário, uma vez que:

Entendemos, em suma, que a validade da norma de lei, ato emanado do Legislativo, igualmente se vincula à observância da finalidade contida na norma constitucional que fundamente o poder de legislar.

O abuso de poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação.⁸⁵

Por esse posicionamento, então, seria inconstitucional uma norma produzida sem que tenha como objetivo uma finalidade pública na visão do legislador (nota-se que o importante não é a análise de se a norma vai ou não ao encontro do interesse público, mas a consciência do legislador de que está editando uma norma sem essa finalidade, isso em razão da subjetividade que esse conceito possui).

Pois bem, voltando à doutrina de Caio Tácito, este menciona julgado do Supremo Tribunal Federal que iria ao encontro do seu entendimento. Quer-se mostrar, neste momento, que este julgado, conquanto ressalte possível desvio de finalidade, utiliza juízo de constitucionalidade contra normas materiais da Constituição, sendo irrelevante, então, a análise de um desvio de finalidade legislativo. Veja-se.

No Mandado de Segurança nº 7.243-CE, foi analisada a possibilidade de declaração de nulidade, pelo legislativo, de atos legislativos que instituíram 3.784 novos cargos públicos às vésperas da situação política derrotada deixar o poder. Apesar de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a legalidade da anulação mencionada, cita uma inconstitucionalidade material ao ressaltar encargo que onerou o Estado sem atribuição de recurso suficiente:

⁸⁵ TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, out./dez, p. 63-73, 2005. p. 69.

Poderes legislativo e executivo. Podem anular seus próprios atos, quando os consideram inconstitucionais. Entretanto, a palavra derradeira, a respeito, caberá ao Poder Judiciário, sempre que oportunamente provocado. Lei cearense n. 4.488, que considerou nulos e de nenhum efeito os atos de criação, transformação e equiparação de cargos constantes da lei 4.222. Arts. 123 e 124 da Constituição do Ceará, que, respectivamente, não permitem encargo que onere o Estado sem a atribuição de recursos suficientes para custear-lhes as despesas, nem que o Estado despenda, anualmente, com o funcionalismo, inclusive militares e extranumerários, mais de 50% de suas rendas, excluídas das despesas com o magistério primário e profissional. Não se pode ter como inconstitucional uma lei que anulou a anterior, por sua inconstitucionalidade. A anulação opera *ex tunc* do ato nulo, em regra, não nasce direito. Segurança negada.⁸⁶

O próprio Caio Tácito deixa clara a presença da inconstitucionalidade material em seu exemplo: “Por essa forma, violava-se norma expressa de constituição estadual, que fixava o teto de 50% para a vinculação de receita ao custeio do funcionalismo público [...]”⁸⁷.

A intenção aqui é mostrar a dificuldade de declarar a invalidade de uma norma por desvio de finalidade sem fazer uma análise de constitucionalidade de seu conteúdo (seja até mesmo de razoabilidade, que não deixa de possuir uma dimensão constitucional).

Dessa forma, ficaria sem utilidade a alegação de desvio de finalidade legislativo, podendo ser apenas um reforço argumentativo à presença de uma inconstitucionalidade material.

Ferrajoli, ao tratar da crise da democracia atual, em razão da presença do mercado e da economia na atividade política, levando a lobbies e à corrupção, procura fixar alguns pontos para solucionar tais problemas, como vedação de financiamento de campanha, proibição de lobbies, inelegibilidade de grandes detentores de poderes econômicos, dentre outros⁸⁸, porém ele não menciona a possibilidade de o Poder Judiciário anular um ato legislativo que tenha obedecido ao trâmite

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1960. **RMS 7243**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Gallotti. DJ 20.01.1960. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁸⁷ TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, out./dez., p. 63-73, 2005. p. 66.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 199-200.

constitucionalmente previsto quando este ato não viola nenhuma norma material de uma constituição rígida, porém visa atender fins privados.

Inclusive no capítulo 4, será visto que este autor faz menção a leis que foram produzidas na Itália exclusivamente para beneficiar, penalmente, o então primeiro-ministro, sendo que afirma que há uma ilegitimidade em razão da violação do princípio da igualdade (ou seja, não é a inconstitucionalidade decorrente do mero desvio de finalidade).

Não se nega que este estudioso menciona que o atual modo de financiamento das campanhas eleitorais torna vencedores das eleições não os políticos eleitos, mas sim, os financiadores, violando um princípio presente na Constituição Italiana:

Os próprios custos elevados das campanhas eleitorais têm um efeito distorcido sobre a representação política. Em virtude dos financiamentos por eles exigidos do mundo da economia, as eleições são hoje vencidas não somente pelos partidos e pelos candidatos que recebem um maior número de votos, mas também por todos aqueles que os financiaram e a cujos interesses privados os eleitos estão de fato vinculados por uma espécie de mandato imperativo: o que é claramente uma violação do princípio, estabelecido desde a Constituição Francesa de 1791, e reproduzido no art. 67 da Constituição italiana, segundo o qual “cada membro do Parlamento representa a Nação e exercita as suas funções sem vínculo de mandato”⁸⁹

Porém isso seria uma violação da forma de representação como um todo, não podendo, obviamente, se falar que todos os atos legislativos daí produzidos sejam inválidos; deve-se, como já ressaltado, proporcionar formas de impedir essa interferência do mercado e da economia na política do país, como foi feito pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional o art. 31 da Lei nº 9.096/95 na parte em que autoriza a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos⁹⁰, sob a fundamentação, dentre outras, que as limitações a esse tipo de doação, presente na legislação, não são suficientes para “coibir, ou, ao menos,

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 152.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015. **ADI 4650/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. DJ 16 e 17/09/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 14 nov. 2019.

amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada ‘plutocratização’ do processo político”⁹¹.

Nesse julgado, o Ministro Luiz Fux (Relator) observou que, apesar de não estar expressamente vedado na Constituição da República, há proibição de que pessoas jurídicas financiem campanhas eleitorais, isso pode ser extraído de algumas previsões constitucionais, como o princípio democrático, o pluralismo político e a isonomia política.⁹²

Procurou-se, neste subcapítulo, mostrar a inviabilidade de se declarar uma norma inválida apenas com base na afirmativa de que o legislador, quando a aprovou não buscou, no seu íntimo, uma finalidade pública. É necessário que haja alguma violação do processo de elaboração normativa ou que o conteúdo desses atos produzidos viole o que Ferrajoli denomina de direitos primários (direitos de liberdade e direitos sociais), isso em razão da subordinação que há entre o que pode ser elaborado pelo legislativo e tais direitos, pois:

A hierarquia existe ao contrário entre aquilo que pode ser objeto de disposição por intermédio de atos – legislativos ou administrativos ou negociais – com os quais os direitos políticos e civis são indiretamente ou diretamente exercitados e o conjunto dos direitos fundamentais, sendo (o conteúdo decisional de) os primeiros de grau subordinado aos segundos, sejam estes de nível constitucional (em tal caso têm o poder de limitar a legislação) ou mesmo somente de nível legislativo (em tal caso são suficientes a limitar a negociação).⁹³

Não se está buscando aqui defender poderes irrestritos ao legislador, até porque ele está constitucionalmente limitado por uma série de regras e de princípios constitucionais, mas, sim, defender mecanismos que impeçam que o agir dos parlamentares tenham finalidade diversa do interesse público, evitando atos produzidos exclusivamente em prol de interesses privados.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015. **ADI 4650/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. DJ 16 e 17/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015. **ADI 4650/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. DJ 16 e 17/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre o direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 64-65.

A fim de reforçar essa impossibilidade de declaração de invalidade pelo Poder Judiciário de atos legislativos com base apenas em alegação de desvio de finalidade, basta citar a hipótese de uma lei aprovada por parlamentos que votaram apenas com base em contrapartida financeira, sem nenhuma análise de interesse público, porém essa norma produzida garante o exercício de direitos sociais constitucionalmente previstos.

Ora, no que pese essa norma ir ao encontro do interesse público, o real motivo dos parlamentares para aprovarem tal lei não foi este, sendo que, se o Poder Judiciário considerasse tal norma inconstitucional, iria estar declarando a invalidade de uma norma produzida pelo trâmite constitucional correto, que atende a um direito constitucional social, porém aprovada por parlamentares que, em seu íntimo, não buscaram uma finalidade pública.

O exemplo acima corrobora a ideia aqui defendida de que o desvio de finalidade legislativo não é capaz de, por si só, de causar a inconstitucionalidade de uma lei, devendo sempre ser feita uma análise da norma produzida, seja até mesmo da sua razoabilidade.

A partir do momento em que se julga uma inconstitucionalidade com base no conteúdo da norma, o que está sendo feito é um juízo de constitucionalidade material, tornando-se, então, desnecessária uma análise do desvio de finalidade legislativo, sendo, no máximo, um reforço argumentativo.

No subcapítulo seguinte, será abordada a segunda situação mencionada páginas atrás, qual seja, a hipótese em que um desvio de finalidade, em uma não aprovação de um projeto legislativo, gera uma lacuna nos moldes delineados por Ferrajoli. Isso pode ocorrer, quando um projeto de lei, que asseguraria um direito social constitucionalmente obrigatório, deixar de ser aprovado em razão de contrapartida financeira aos parlamentares.

2.2 A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA LACUNA GERADA POR UM DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO

De início, cabe lembrar que o conceito de lacuna de Ferrajoli se relaciona com a falta de instituição política de um direito social previsto em uma constituição rígida, gerando uma situação de lesão a um direito primário.

Quando há uma lacuna em razão de os representantes eleitos terem votado contrário ao projeto de lei em troca de benefícios pecuniários não há norma posta para o Poder Judiciário decretar a invalidade, podendo, em tese, discutir duas atitudes a serem tomadas por este poder:

- a) Invalidar a sessão legislativa que não aprovou o projeto de lei instituidor de direitos sociais (porém isso não levaria a seu estabelecimento, além do que, não impediria que os parlamentares mantivessem o posicionamento anterior em futura votação);
- b) Declarar aprovado o projeto de lei ou instituir o direito social. Obviamente que, neste último caso, fugiria da competência do Poder Judiciário, pois, conforme Ferrajoli, o estabelecimento de direitos sociais seria uma função apenas do legislador, ainda que estejamos diante de uma lacuna:

No modelo de constitucionalismo juspositivista, a reparação das lacunas e das antinomias que se manifestam não é confiada ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isto, à política –, no que diz respeito às lacunas; e à anulação das normas inválidas – e, por isto, à jurisdição constitucional –, no que diz respeito às antinomias. [...] é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a *interpositivo legis* necessária para a introdução das garantias. Eles podem, no máximo, apontar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como é previsto no art. 283 da Constituição portuguesa e no art. 103, §2º, da Constituição brasileira; os juízes e tribunais, no caso concreto submetido à sua apreciação, dispõem alguma forma de satisfação ou reparação.⁹⁴

Considerando, então, que não é possível intervenção jurisdicional no caso em que um projeto de lei deixa de ser aprovado por desvio de finalidade dos parlamentares (haja

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.

vista que a anulação da sessão legislativa não traria consequência prática nenhuma e a positivação jurisdicional do conteúdo do projeto de lei rejeitado invadiria a esfera de competência legislativa) não seria possível, também, intervenção judicial no caso de aprovação legislativa com desvio de finalidade.

Obviamente que se a lei aprovada for desproporcional, desarrazoada ou possuir outro vício material de constitucionalidade, a invalidade pelo Poder Judiciário será possível, mas não pelo argumento de desvio de finalidade legislativo.

Reconhece-se, aqui, que há motivos para considerar uma afronta à legitimidade das leis quando uma Casa Legislativa aprova (ou desaprova) um projeto de lei com compra de votos de seus membros, porém, caso não haja violação material da Constituição e seja obedecido o trâmite formal de aprovação legislativa, não caberia ao Poder Judiciário a declaração de invalidade desse ato.

Veja-se passagem de André Del Negri em que este relaciona a compra de votos dos parlamentares com a falta de legitimidade das leis:

Claro que, no Brasil, a torrente de denúncias de corrupção iniciada em 2005 envolvendo a direção do Partido dos Trabalhadores e membros do alto escalão do governo, e a grande quantidade de parlamentares envolvidos em esquema de corrupção entre os partidos políticos que integram a base de apoio governista, é um debate que põe a legitimidade das leis sob suspeição e nos deixam estarecidos. A suposta existência de prática de compra de votos com a finalidade de aprovar propostas do governo federal por meio de pagamento em suaves parcelas “mensais” de R\$ 30 mil (*mensalão!*), coloca em xeque a legitimidade das leis produzidas nesse espaço público de discursividade que é o Legislativo.⁹⁵

É importante ficar claro que a ideia defendida aqui não permitiria uma arbitrariedade do Poder Legislativo (mas um respeito aos limites da competência do Poder Judiciário), primeiro porque há restrições materiais que as casas legislativas devem respeitar, como os direitos fundamentais previstos na Constituição. Segundo porque há a necessidade de estabelecimento de medidas que impeçam a influência do grande poderio econômico nas escolhas políticas, pois, muitas vezes, os interesses

⁹⁵ DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 143.

destes fogem ao interesse da coletividade. Assim, como forma de separação da política/economia, há as providências que serão mencionadas em tópico próprio.

Ferrajoli, embora ressalte que o controle de constitucionalidade por omissão tem fins apenas de recomendação e que o mandado de injunção só gera efeitos no caso concreto, reconhece certo grau de discricionariedade como algo inevitável e fisiológico da jurisdição⁹⁶.

Dialogando com Ferrajoli e defendendo uma posição mais ativa do Poder Judiciário na implementação de direitos sociais, Sérgio Cademartori e Carlos Strapazzon defendem que o mandado de injunção estaria de acordo com uma visão garantista do ordenamento jurídico em que atribuir a efetivação dos direitos sociais apenas ao Poder Legislativo seria reduzir a democracia à soberania popular, sendo que, no entender desses autores, essa legitimidade do Poder Judiciário decorre do Estado de Direito, como estrutura apta a permitir que direitos fundamentais sejam concretizados.⁹⁷

Relacionando isso com as lacunas, pode ser mencionado o inciso VII do artigo 37 da Constituição da República, que exige lei para regulamentação do direito de greve do servidor público por ser norma constitucional de eficácia limitada. Para José Afonso da Silva, esse tipo de norma não produz “com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante [...]”⁹⁸.

Em razão de o Poder Legislativo não ter produzido regulamentação desse direito social apta a permitir sua efetivação, foi necessário que o Supremo Tribunal Federal,

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237 e 246.

⁹⁷ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 225-226.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 82.

por meio do Mandado de Injunção 712, atribuisse eficácia para o exercício de tal direito:

9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.⁹⁹

Não seria função de o Poder Judiciário suprir tal lacuna com âmbito de aplicação *erga omnes*, porém haverá casos em que não se poderá fugir da discricionariedade judicial, o que não significa que ela seja recomendada, “o grau de discricionariedade ou de decisionismo equivale ao grau de ilegitimidade da jurisdição”¹⁰⁰.

No exemplo citado referente ao julgado do Supremo Tribunal Federal, se não houvesse decisão “discricionária” desse poder, estar-se-ia inviabilizando a própria efetivação de um direito social constitucionalmente previsto, mas note que isso decorreu de uma lacuna grave oriunda de uma omissão do Poder Legislativo.

Perceba que, caso haja uma não aprovação de uma lei que efetive direitos sociais em razão de compra de votos, por exemplo, e caso o Poder Judiciário atribua efeitos a essa “lei” não aprovada, isso decorreria não do desvio de finalidade do processo

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2007. **MI 712/PA**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. DJ 25/10/2007. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2020.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 250.

legislativo, mas da própria omissão do Poder Legislativo em implementar tal direito, de modo que é desnecessária a análise do desvio de finalidade, ou seja, dos motivos que ocasionaram a não aprovação da lei.

Novamente, ressalta-se que preenchimento de lacunas pelo Poder Judiciário não seria uma medida “legítima”, porém haverá casos em que não se poderá escapar da discricionariedade. Tivemos oportunidade de realizar um estudo em que foi relacionada a tópica com o positivismo, no que toca à discricionariedade. Tema que passa a ser exposto no item a seguir.

2.3 A DISCRICIONARIDADE NO JUS-POSITIVISMO E A TÓPICA: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL?

Neste subcapítulo, será feita uma relação entre a tópica abordada por Theodor Viehweg, na obra “Tópica e Jurisprudência”, e o positivismo jurídico, em especial o jus-positivismo de Ferrajoli. Por mais que a tópica seja exatamente uma resposta contrária ao positivismo, será mostrado que é possível estabelecer ligação entre ambos (aqui está a importância desse subtópico – permitir olhar a tópica com outros olhos a partir da análise do problema examinado). Serão expostos três pontos de ligação no transcorrer do estudo.

Sem dúvida, Theodor Viehweg se dirige a um positivismo clássico, anterior à concepção denominada por Ferrajoli de “jus-positivista” ou “garantista”, sendo esta um “complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o ‘ser’, mas também o ‘dever ser’ do direito”¹⁰¹. Mas, ainda assim, por ser Ferrajoli, como ele próprio se denomina, “jus-positivista”, será interessante realizar essa relação com a tópica de Viehweg.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22-23.

Viehweg, citando Aristóteles, considera os *topoi* como “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião e que podem conduzir à verdade”.¹⁰²

Ele diferencia, ainda, a tópica de primeiro grau e a tópica de segundo grau, enquanto aquela “cria” os pontos de vista para resolver o problema somente com a presença deste, a tópica de segundo grau seria um repertório desses pontos já preparados preventivamente, constituindo um verdadeiro catálogo de *topoi* (plural de *topos*).¹⁰³

Esses *topoi* podem ser universais (aplicados em qualquer campo) ou restrito a uma determinada área¹⁰⁴. Pode-se mencionar como exemplo de *topos* universal – “o mais contém o menos”.

Inicialmente, cabe trazer algumas noções teóricas sobre a tópica de Theodor Viehweg. A principal característica da tópica é seu método (ou estilo¹⁰⁵) de resolver o conflito a partir do próprio problema. Ou seja, a busca da solução teria que partir do próprio caso concreto e não de um sistema que já teria, de antemão, previsto a solução.

Explica-se. Em um sistema fechado, há uma série de premissas aptas a resolverem os problemas desse campo específico. Nas ciências naturais, pode-se até cogitar a existência de sistemas deste tipo, em especial na matemática. No entanto, tal realidade não pode ser dita nas ciências sociais, com ênfase nas ciências jurídicas, isso porque o âmbito das condutas humanas é incontável, sendo impossível que haja previsões legislativas de consequências para todos os atos de conduta.

Tanto é assim que Daniel Sarmento, como já mostrado, afirma que há uma lacuna na Constituição relativa aos votos dos parlamentares realizados em razão de coação

¹⁰² ARISTÓTELES, apud VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 27.

¹⁰³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 36.

¹⁰⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 37.

¹⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 03.

(como ameaça a familiares) – de fato não é um caso de desvio de finalidade legislativo, pois, nessa hipótese, não há que se falar em uma “vontade” do legislador na realização do ato, haja vista a impossibilidade de conduta diversa – defendendo, então, a utilização do Código Civil para anular o ato.¹⁰⁶

Afasta-se, assim, a ideia de que possam os problemas jurídicos serem resolvidos exclusivamente por um método dedutivo, em que, por meio de um mero raciocínio silogístico se obtenha uma decisão judicial (Viehweg não descarta o raciocínio silogístico, porém, antes dele, o magistrado teria que “criar” a premissa adequada para o caso concreto, e não simplesmente aplicá-la¹⁰⁷.)

Pode-se citar, como exemplo concreto trabalhado por Ronald Dworkin¹⁰⁸, o caso Elmer. Em síntese, este assassinou seu avô em Nova York, vindo, posteriormente, a pleitear a herança deste. Pelas leis sucessórias aplicadas ao caso, o neto seria legitimado a receber a herança do avô, ou seja, a aplicação simples, em um método dedutivo, das regras sucessórias poderia levar a uma decisão contraditória, considerando que não havia vedação legal a que o assassino do testador recebesse a herança deste.

Isso levou a maioria dos juízes da causa a seguir o pensamento do Juiz Earl e negar a possibilidade de o herdeiro homicida receber a herança, isso com base em um ponto de vista de que ninguém deve se beneficiar do próprio erro:

O juiz Earl não se apoiou apenas em seu princípio sobre a intenção do legislador; sua teoria da legislação continha outro princípio relevante. Ele afirmava que, na interpretação das leis a partir dos textos, não se deveria ignorar o contexto histórico, mas levar-se em conta os antecedentes daquilo que denominava de princípios gerais do direito: ou seja, que os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito. Ele apresentou duas razões. Primeiro, é razoável admitir que os legisladores têm uma intenção genérica e difusa de respeitar os princípios tradicionais de justiça, a menos que indiquem claramente o contrário. Segundo, tendo em vista que uma lei faz parte de um sistema compreensivo mais vasto, o direito

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. As Lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, nº 12, p. 29-58, jul./dez., 2012. p. 38.

¹⁰⁷ “A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 40).

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 20-25.

como um todo, deve ser interpretado de modo a conferir, em princípio, maior coerência a esse sistema. Earl argumentava que, em outros contextos, o direito respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro, de tal modo que a lei sucessória devia ser lida no sentido de negar uma herança a alguém que tivesse cometido um homicídio para obtê-la¹⁰⁹.

Nota-se, então, que o juiz deste caso se utiliza de um argumento (que aqui pode ser equiparado a um *topos*) de que “ninguém deve se beneficiar de seu próprio erro”, e, por meio desse ponto de vista “cria” a premissa de que “no caso de o herdeiro assassinar o testador, não terá direito à herança”.

Esse *topos* de que “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza” também se aplica no caso de desvio de finalidade legislativo, porém no sentido de impedir que o parlamentar obtenha benefícios em razão desse ato – por meio de uma condenação penal por corrupção, por exemplo, mas não para considerar o ato inconstitucional.

Perceba que, mesmo que o juiz crie uma premissa para a solução do caso, ela não gera uma regra fechada que possa resolver *a priori* casos semelhantes, haja vista que novos problemas podem surgir e mostrar inadequada a regra anteriormente criada pela jurisprudência, por exemplo: se o herdeiro assassinou o testador em legítima defesa? Pela premissa criada acima, o herdeiro não faria jus, o que poderia soar injusto.

A importância da tópica jurídica estaria, então, nessa constante adequação da aplicação do direito às incontáveis consequências das condutas humanas.

Outra forma de evitar o desvio de finalidade legislativo, então, seria a condenação penal de quem, comprovadamente, venda seu voto legislativo em troca de contrapartida financeira, pois, além de se enquadrar dentro do crime previsto no artigo 317 do Código Penal, seria uma aplicação do *topos* de que “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”.

¹⁰⁹DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24-25.

Por mais que a obra abordada de Viehweg seja um “ataque” ao positivismo, está sendo levantada, neste estudo, a relação daquela com a discricionariedade do positivismo (utilizando-se o jus-positivismo de Luigi Ferrajoli como base teórica).

Thomas da Rosa de Bustamante chega a reconhecer a ligação entre o positivismo e a tópica, ao declarar que:

[...] há, até certo ponto, um acordo inicial entre o normativismo kelseniano e a tópica: ambos acreditam que há uma margem de ação para o jurista prático, haja vista que a norma jurídica a ser concretizada não permite, seja por imprecisão semântica ou por uma mudança do (ou controvérsia sobre o) sentido e dos termos utilizados pelo legislador, a mera dedução de uma solução jurídica já pronta. A desavença surge no momento em que o juiz (ou qualquer outro profissional do direito) exerce o seu poder de decisão sobre qual das interpretações possíveis deve prevalecer. Neste ponto, em que se requer naturalmente uma avaliação (ou valoração), Kelsen se recusa a estabelecer critérios, ao passo que a tópica entra em cena a fim de, por meio da leitura retórica do direito, fornecer um mínimo de racionalidade à decisão a ser tomada.¹¹⁰

À luz do exposto, a semelhança entre a tópica e o positivismo estaria no reconhecimento de ser inviável a existência de regras para todos os conflitos que possam surgir, o que exigiria uma “margem de ação” para o juiz; a diferença estaria no modo de o magistrado exercer essa ação, sendo que a tópica atribuiria uma certa racionalidade em sua operação.

No que pese isso, não se pode afirmar que a aplicação do direito em um modelo jus-positivista seja desprovida de racionalidade. Primeiro, utilizar-se-á, aqui, a distinção entre direito e moral de Luigi Ferrajoli como fundamento de aproximação da tópica com o positivismo.

Ao separar o direito da moral, Ferrajoli nega a possibilidade de existir uma resposta moralmente certa, ou seja, que deva ser necessariamente aceita por todos, visto que:

Na verdade, exatamente porque o constitucionalismo democrático reconhece e busca tutelar o pluralismo moral, ideológico e cultural que atravessa toda sociedade aberta e minimamente complexa, a ideia de que ele se funde sobre alguma objetividade da moral ou que exprima alguma pretensão de justiça objetiva coloca-se em contraste com os seus próprios princípios, antes de todos com a liberdade de consciência e de pensamento. A negação do

¹¹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, Porto Alegre, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004, p. 157.

cognitivismo ético e a defesa da separação entre direito e moral que formam o pressuposto do constitucionalismo garantista, são, portanto, o fundamento e, ao mesmo tempo, a principal garantia do pluralismo e do multiculturalismo, isto é, da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade.¹¹¹

Pois bem, a partir do momento em que o positivismo de Ferrajoli nega a viabilidade de se chegar a uma resposta correta amparada em uma moral objetiva, está-se indo ao encontro do reconhecimento, pela tópica, de impossibilidade de obtenção de uma premissa verdadeira ou falsa, sendo possível, apenas, o alcance de premissas aceitáveis ou inaceitáveis (variando em graus de aceitação):

As premissas fundamentais se legitimam pela aceitação do interlocutor [...] [...] qualificam-se à vista do respectivo problema como “relevantes”, “irrelevantes”, “admissíveis”, “inadmissíveis”, “aceitáveis”, “defensáveis” ou “indenfensáveis”¹¹²

Resta claro, assim, que a ideia de uma resposta correta iria contra a concepção da tópica de trabalhar com respostas aceitas a partir de um debate (não com respostas necessariamente verdadeiras ou falsas), sendo preciso um discurso racional para se chegar a essa decisão.

Discurso racional esse que não é ignorado pelas ideias positivistas de Ferrajoli, pois o autor deixa claro que afastar o cognitivismo ético não seria, de modo algum, a utilização de puro emotivismo por parte do magistrado:

[...] a alternativa ao cognitivismo ético não é, de modo algum, o puro emotivismo. Não devemos confundir o objetivismo e o cognitivismo com a argumentação racional: a solução de uma questão ética ou política que argumentamos como racional não é mais “verdadeiro” do que a solução oposta. [...] os princípios ético-político positivados nas Constituições podem muito bem ser argumentados racionalmente e reivindicados e defendidos como “justos” - porque, em tese, na sua maior parte garantem a igualdade, a dignidade da pessoa e a convivência pacífica – sem que, com isto, se pretenda que sejam considerados e aceitos por todos como “justos” porque “objetivos” ou porque “verdadeiros”¹¹³.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 32.

¹¹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 42.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 32.

Para ficar mais nítido como o jus-positivismo de Ferrajoli pode ser relacionado com a tópica de Viehweg, cabe fazer uma análise do conceito de *topoi*. Isso porque, conforme será mostrado, este estudioso não explica ao certo, em sua obra “Tópica e Jurisprudência”, o que eles seriam, nem como estariam presentes na aplicação do direito; podendo ser, em uma interpretação sistemática, as próprias normas positivadas, em especial os princípios previstos na Constituição (esta é, inclusive, uma das críticas à tópica de Viehweg).

Por mais que Viehweg mencione a conceituação, a compreensão dos *topoi* no direito não fica evidente. Thomas de Rosa Bustamante¹¹⁴, ao citar algumas críticas à obra de Viehweg, foca exatamente nesses pontos de imprecisão dos *topoi*, valendo-se de ideias de críticos desse livro. Veja-se algumas: a) falta de hierarquia entre os *topoi*; b) ausência de explicação de qual seria a função da lei na decisão judicial. A lei seria mais um *topos*?¹¹⁵

Utilizando o conceito de *topoi* abordado, a lei teria uma certa relação com este, haja vista ser uma premissa (ponto de vista) aceita (aprovada pelo parlamento que representa o povo) que será utilizado pelo juiz para chegar solução de um caso específico.

Entende-se neste trabalho, porém, que a relação dos *topoi* com as normas jurídicas estaria nas normas abertas e vagas, isto porque estas permitiriam maior margem de interpretação por parte do magistrado, não sendo um raciocínio fechado e exato de aplicação do direito, o que é exatamente negado pela tópica de Viehweg.

Lenio Streck, ao fazer uma crítica à banalização dos princípios no direito, também faz uma relação entre princípio e *topoi*:

Desnecessário também elencar os “princípios” [sic] já consolidados no senso comum teórico, como o do livre convencimento do juiz, da íntima convicção e da verdade real, os quais se colocam na contramão dos avanços

¹¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, Porto Alegre, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004. p. 162-163.

¹¹⁵ GARCÍA AMADO, 1987, apud BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, Porto Alegre, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004. p. 163.

proporcionados pela viragem linguística. Os citados “princípios” nada mais são do que a confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto. Por isso a desnecessidade de uma crítica mais alongada.

Estamos, assim, diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* ou *axiomas com pretensões dedutivistas*.¹¹⁶

Feita essa abordagem do conceito de *topoi* em Viehweg (assim como a crítica a não exposição na obra “Tópica e Jurisprudência” do que eles seriam, de fato, na aplicação do direito pelo magistrado), cabe voltar à fundamentação que estava sendo feita de relacionar o positivismo com a tópica com base na impossibilidade de se obter uma resposta certa (o que é diferente de se chegar a uma resposta aceitável).

A partir do momento em que se coloca uma premissa como moralmente injusta ou moralmente justa (considerando a moral de modo objetivo) está sendo aplicada uma lógica bivalente, o que seria incompatível com a tópica que, como mostrado, não trabalha com premissa certa ou errada, mas com graus de aceitação destas pelos participantes de um debate.

Ao se considerar a existência de uma norma moral preexistente, não se estaria permitindo a atividade criativa do juiz na aplicação do direito, mas apenas uma atividade de descoberta.

O positivismo de Ferrajoli também menciona essa impossibilidade de se permitir a análise da justiça da norma, haja vista que a norma pode ser justa para o legislador (moral subjetiva), mas injusta para a maioria da população:

Nem mesmo as Constituições, em face da primeira negação, podem pretender-se justas somente porque são Constituições. Podem, muito bem, existir normas constitucionais (que alguns de nós reputam) injustas – por exemplo, o direito a “possuir e portar armas”, previsto na segunda emenda da Constituição norte-americana; ou o art. 7º da Constituição Italiana sobre a regulação mediante acordo das relações entre Estado e Igreja Católica – e que como tais são (segundo alguns de nós) moral e politicamente contestados. Inversamente, em face da segunda negação, uma solução (considerada) justa para um caso difícil, se não é baseada em normas de

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66.

direito positivo, mas somente sobre princípios morais, não é juridicamente válida.¹¹⁷

Nota-se, então, que Ferrajoli não deixa de fazer uma relação entre direito e moral, mas a moral estaria presente somente quando o legislador a introduz no ordenamento, porém essa moral seria subjetiva, não objetiva, de forma que uma norma jurídica para nós injusta, foi justa, ao menos, para o legislador.

Por mais que Viehweg apresente como aporia central do direito a aplicação da justiça¹¹⁸, visto que “Esse é um problema perene que se põe como tarefa histórica a ser realizada pelo homem, e que deve ser incorporada em cada problema concreto e específico que venha a ser manejado nas lides judiciárias”¹¹⁹, isso não pode estar dissociado de um direito posto, sob pena de o juiz “rasgar” os Códigos e passar a julgar conforme seu senso de justiça.

Obviamente que, em uma orientação positivista do direito, um juiz não poderia deixar de aplicar uma norma por entendê-la injusta; mas se deve questionar até que ponto que isso seria possível, ao se utilizar a tópica como método, pois, como já ressaltado nas críticas à tópica de Viehweg, este autor não estabelece uma hierarquia entre os *topoi* e entre estes e o direito posto (isso caso se entenda que os *topoi* são algo diverso do direito).

Permitir que um magistrado possa julgar com base na sua noção de justiça, o autorizaria a ignorar todo um ordenamento de normas postas por um Estado e simplesmente decidir pelo seu senso de resultado justo ou injusto. Ora, isso leva a pensar que a utilização da tópica não pode ser dissociada de um direito posto, de tal

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 31.

¹¹⁸ “Trata-se simplesmente da questão o que é justo aqui e agora. Esta questão na jurisprudência, a menos que se possam mudar as coisas, é iniludível. Se não se colocasse esta eterna questão acerca da justa composição (de interesse) e da retidão humana, faltaria o pressuposto de uma jurisprudência em sentido próprio. Esta questão irrecusável e sempre emergente é o problema fundamental de nosso ramo do saber. Como tal, domina e informa toda a disciplina” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 80).

¹¹⁹ CUNHA, Ricarlos Almagro. A condução do raciocínio jurídico pelo problema como a grande contribuição da tópica para o direito. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; ADEODATO, João Maurício Leitão; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. (Orgs.). **Filosofia do Direito II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 374-391. p. 385. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=140>. Acesso em: 23 set. 2020.

maneira que se pode fundamentar que os *topoi* devem ser extraídos, também, do próprio ordenamento jurídico (como princípios, por exemplo). Essa, inclusive, é uma das críticas de Garcia Amado da obra de Viehweg abordada aqui (de se permitir equipar *topoi* com norma¹²⁰).

Para ficar clara a relação que aqui se estabelece entre tópica e positivismo, volta-se à análise do caso Elmer sobre uma óptica positivista. Em síntese, se o ascendente morrer, o descendente herdar (e essa é uma regra fechada). Acontece que o ordenamento (do caso Elmer) não prevê uma consequência para o caso do descendente que assassina seu genitor, de tal maneira que se está diante de uma lacuna. De fato, há uma regra fechada, mas há uma situação específica não prevista que gera uma lacuna no ordenamento jurídico, o que levaria a uma decisão discricionária do juiz (tanto para deferir a herança como para indeferir).

Isso porque estamos diante de uma regulação deficitária por parte do Poder Legislativo tanto na proteção do direito à vida (caso se considere que há permissão do homicida de seu testador herdar), quanto na proteção do direito do patrimônio dos demais herdeiros. Isso acaba por gerar a discricionariedade aqui citada, discricionariedade esta não recomendada, mas vista como algo inevitável (seria uma ilegitimidade jurisdicional reconhecida como necessariamente presente):

[...] o problema da indevida discricionariedade judicial se resolve, a meu ver, reconhecendo que o poder exercitado pelo juiz além destes legítimos (porque inevitáveis) espaços é um poder juridicamente ilegítimo – aquele que chamei “poder de disposição” –, que a doutrina tem a tarefa de criticar, e o legislador, o dever de remover. E tem mais. A abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, que o poder judiciário sofre de uma margem irreduzível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e à submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita. A prova disso é o fato de que, em todo processo, contrapõem-se sempre duas verdades, jurídicas e/o factuais entre elas em contradição, nenhuma das quais pode se dizer nem absoluta ou certamente verdadeira, nem absoluta ou certamente falsa.¹²¹

¹²⁰ GARCÍA AMADO, 1987, apud BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004. p. 163.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 249.

No tocante a essas considerações, é possível relacionar alguns pontos-chaves entre a tópica e o positivismo, o primeiro que aqui se expõe é a admissão, em ambos, de impossibilidade de uma resposta correta. A tópica trabalha com a elaboração de premissas que são aceitas pelos participantes de um debate, sem o âmbito de verdade ou falsidade, mas, sim, de aceitável ou não aceitável. Já o positivismo de Ferrajoli, ao separar a moral do direito e negar a existência de uma moral objetiva, também não permite que se possa falar que o magistrado chegou a uma única resposta correta, pois as escolhas morais do juiz não necessariamente serão as mesmas de outros intérpretes: “geralmente não existe uma ou a ‘verdadeira’ interpretação correta, mas que cada interpretação é inevitavelmente orientada, como já disse antes, por opções morais e políticas do intérprete”.¹²²

O segundo ponto que cabe mencionar é a já citada “margem de ação” do juiz diante de um caso que comporta várias interpretações distintas, neste aspecto possível levantar uma relação da tópica com a discricionariedade (não recomendada, mas inevitável) do positivismo. Como último ponto de ligação, ressalta-se a ausência de uma exemplificação, na obra “Tópica e Jurisprudência” de Viehweg, do que seriam os *topoi* na aplicação do direito, sendo esta uma das críticas à sua obra, conforme já abordado. Assim, ao se considerar os *topoi* como as próprias normas positivadas, estaria o magistrado preso a estas quando da elaboração de uma decisão.

2.4 A NECESSIDADE DE REDUZIR A INFLUÊNCIA DA ECONOMIA NO DIREITO

A razão deste tópico estar situado nesta parte do trabalho se dá pelo fato de serem feitas menções a medidas sugeridas por Ferrajoli, base teórica deste capítulo.

Relacionado economia e direito, tem-se que uma das principais causas do desvio de finalidade legislativo está na influência daquela na política, a partir do momento em que projetos de leis são votados para beneficiar determinado grupo econômico, seja em contrapartida de um apoio eleitoral, ou, em caso mais graves, de eventual compra

¹²² FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 253.

de votos. O que não significa, e isso deve ser ressaltado, que essa lei não atenda a alguma finalidade pública.

Pense, por exemplo, numa isenção ou em uma redução de determinado imposto para uma atividade específica, como produção automotiva. Pode ocorrer de essa isenção ter sido oriunda de suborno legislativo, mas trazer benefícios à coletividade, como a manutenção ou a criação de empregos no mercado automotivo.

Porém, por mais que seja defendida, neste trabalho, a impossibilidade de invalidar tais normas (e talvez exatamente por isso), é importante buscar formas que evitem a influência da economia no processo de elaboração das leis.

A vedação ao financiamento de campanha partidária é um exemplo disso, tanto que, como já ressaltado, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 31 da Lei nº 9.096/95 na parte em que autoriza a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos¹²³.

Adriano Pedra, ao tratar do financiamento de campanha antes do julgamento acima, já havia se manifestado no sentido de defender um financiamento exclusivamente público de campanha:

[...] embora existam pessoas que doem o seu dinheiro por uma causa, e (que bom que) essas pessoas ainda existem, nem sempre é isto que ocorre. Muitas pessoas empregam o seu dinheiro esperando determinado retorno, chegando a financiar campanhas de candidatos adversários, que polarizam a opinião pública¹²⁴.

Ferrajoli traz alguns remédios para combater ou para prevenir uma crise da representação, no plano político e cultural frisa a necessidade de haver “um forte empenho de pedagogia civil, destinado a reinserir no senso comum os valores do constitucionalismo democrático”¹²⁵. Já quando ressalta o plano jurídico, deixa claro

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015. **ADI 4650/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. DJ 16 e 17/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2019.

¹²⁴ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reforma Política: compromissos e desafios da democracia brasileira. **Arquivos de direito público**: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o direito público. São Paulo: Método, 2007. p. 28.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59-60.

que dependeria de atitudes exclusivas do Poder Legislativo. Ele lista: a) implementar o método eleitoral proporcional; b) excluir conflitos de interesses; c) refundar os partidos políticos, melhorando a relação entre sociedade e instituições representativas e; d) reformar o sistema de informação, garantindo uma efetiva liberdade de informação¹²⁶.

Em relação a este último “remédio” argumenta que atualmente a propriedade acaba se sobressaindo frente à liberdade de informação:

De acordo com essa concepção, são reunidos e confundidos como um único direito dois direitos estruturalmente distintos entre si e virtualmente em conflito: a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, que é um direito fundamental de liberdade de quem produz a informação e manifesta o “próprio” pensamento, e a propriedade dos meios de comunicação, que é um direito patrimonial individual da empresa jornalística ou televisiva. O resultado é uma inversão da hierarquia constitucional dos direitos: a liberdade de informação e de expressão do pensamento, que é a mais clássica das liberdades fundamentais, é colocada em patamar inferior a um direito-poder, que é o de propriedade dos meios de informação, o qual tende a se autoidentificar com aquela liberdade, restringindo-a juntamente com o direito dos cidadãos a uma informação livre e independente.¹²⁷

Ao expressar ser preciso haver uma separação entre os poderes midiáticos e os poderes públicos, ele frisa a necessidade de não poder existir uma prevalência do direito de propriedade (e aqui está sendo feita referência à propriedade sobre os meios de comunicação) sobre o direito à informação.

Evidencia-se que ele ressalta um conflito “virtual” entre os dois direitos, razão pela qual cabe mostrar um estudo que realizamos sobre a “ponderação” e a influência da economia no direito em que foi defendido como o constitucionalismo garantista (base teórica deste capítulo) reduz tal influência, ao contrário de um modelo principialista.¹²⁸ A seguir, será mostrada pequena parte deste trabalho, como é menos de três por cento desta tese, não retira seu ineditismo.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60-75.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

¹²⁸ PEDRA, Adriano Sant’Ana; MARQUES, Paulo Henrique Resende. Da utilização do garantismo como forma de fortalecer os direitos sociais: a política pública do §5º, artigo 40 da Lei 8.666/93 como exemplo. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 14 n. 2, p. 107-117, 2019. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/161>. Acesso em: 23 out. 2020.

Existe um erro em se vulgarizar a ponderação de direitos fundamentais por meio da lógica de se estar realizando uma mera ponderação de princípios.

Cabe citar aqui duas espécies de constitucionalismo. A principialista e a garantista. Aquela configura os “direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial”.¹²⁹

O modelo garantista possui viés positivista. É contrário à permissão de que direitos fundamentais sejam vistos como princípios passíveis de relativização. Procura combater, também, que normas vagas sejam utilizadas pelos magistrados como efetivos detentores de um poder legislativo.

O problema em se balancear princípios está no fato de que, em uma economia neoliberal, como a nossa, possa ocorrer de princípios pró-mercado, como o direito de propriedade, prevalecer sobre outros direitos fundamentais.

Ferrajoli, combatendo o modelo principialista, ressalta que neste, por permitir ponderações, a normatividade seria fraca, ao contrário do garantismo, pois este trata a maioria dos direitos fundamentais como regras. A orientação garantista tem como característica possuir uma “normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras [...]”.¹³⁰

A crítica ao modelo principialista está na permissão de que direitos fundamentais sejam relativizados, pois ponderar princípios seria ponderar direitos. Outra crítica estaria na alta carga vaga e abstrata de alguns princípios, o que pode ocasionar que

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18-19.

magistrados acabem por inovar na ordem jurídica sob a justificativa de estar aplicando um princípio.

Ferrajoli não ignora que princípios existam. Explicando melhor, ele diferencia princípios diretivos dos princípios regulativos. Aqueles são “normas que formulam valores ou objetivos políticos [...] sem que deles sejam configuráveis atos específicos de violação ou de observância”.¹³¹ Por outro lado, os regulativos “exprimem expectativas específicas e determinadas, às quais correspondem limites ou vínculos, isto é, garantias consistentes nas relativas proibições de lesão e obrigações de prestação”¹³². Os direitos fundamentais, de obediência sempre necessária, estão nesta última classificação.

Neste momento, pode surgir uma pergunta. É sabido que, em um caso concreto, direitos fundamentais podem entrar em conflito, a liberdade de expressão pode esbarrar no direito à privacidade, o que fazer nestes casos?

Ferrajoli fundamenta que nessas situações devem ser feitas análises fáticas para se perquirir qual direito fundamental será aplicado ao caso, sem que possa ser defendido a relativização ou a ponderação de direitos fundamentais:

[...] o juiz não pondera as normas sobre circunstâncias agravantes e atenuantes, ou as normas incriminadoras e as que preveem uma excludente, ou as normas sobre liberdade de imprensa e aquelas sobre o direito à privacidade. Tampouco, como afirma Alexy, extrai as regras que irá aplicar da ponderação dos diversos princípios que estão por trás delas. Ele pondera, porém, as diversas circunstâncias fáticas que justificam a prevalência das agravantes ou das atenuantes, ou mesmo as características do fato que justificam, ou não, a aplicação de uma excludente, ou ainda se o fato constitui um legítimo exercício da liberdade de imprensa ou uma violação da intimidade de outrem.¹³³

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 120.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135.

Realmente há forte semelhança entre averiguar no caso concreto, por meio de um exame dos fatos, qual direito deve prevalecer e a ponderação de princípios, pois esta não coloca um direito fundamental superior a outro de forma genérica, mas somente diante de uma situação específica.

Porém permitir a ponderação de direitos é autorizar que haja valoração sobre eles, conduta que não deve ser realizada pelo Poder Judiciário, assim como a “criação” de normas novas por meio da interpretação de princípios de alta vagueza em seu conteúdo:

Podemos falar de um nexó entre democracia e positivismo jurídico que se completa com a democracia constitucional. Este nexó entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto, devemos reconhecer que somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica está em grau de democratizar tanto sua forma quanto os seus conteúdos.¹³⁴

Há, aqui, semelhança com o que Jürgen Habermas defende sobre conflitos de prescrições jurídicas:

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. [...] Tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.¹³⁵

Como mostrado por Alexandre Morais da Rosa, em uma fase de neoliberalismo, o direito passa a ser uma forma de legitimar raciocínios pragmáticos de custo-benefício a favor do mercado¹³⁶. Ele utiliza a ideia de constitucionalismo garantista para evitar a soberania do mercado, evitando uma preponderância deste sobre direitos fundamentais: “[...] para o discurso eficiência, o qual desconhece os Direitos

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 322.

¹³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 135.

Fundamentais, não há condições de fazer barreira, dado que a exceção econômica prepondera sempre”.¹³⁷

O direito fundamental referente à propriedade e à liberdade de contratar não deve ser ignorado, porém não pode ser permitido que outros direitos fundamentais deixem de ser efetivados para atender aos interesses do mercado. Vale ressaltar que há entendimento que pelo garantismo o direito de propriedade não seria fundamental, haja vista seu caráter disponível^{138 139}.

Dessa forma, então, não há que se falar em uma predominância da liberdade de propriedade dos meios de comunicação sobre a liberdade de informação, pois esta exerce fator primordial na atividade política do cidadão, vindo a influenciar diretamente na representação política, principalmente quando os representantes são detentores de meios de comunicação ou possuem influência sobre este:

Se se considera ainda o leitor um consumidor, o direito à não desinformação e à não manipulação das notícias equivale igualmente ao direito de não receber mercadorias defeituosas. Enfim, a garantia desta liberdade-imunidade representa uma condição elementar do exercício consciente do direito de voto e da formação de uma opinião pública informada e madura, e é, portanto, um pressuposto direto da democracia política e da soberania popular. Sob esse aspecto podemos dizer que a informação é um objeto de interesse público autônomo e coletivo, implícito em todos os princípios da democracia política: da transparência dos poderes públicos ao controle popular sobre o exercício destes, até à representatividade e à responsabilidade dos eleitos em relação aos eleitores.¹⁴⁰

¹³⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 145.

¹³⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 140.

¹³⁹ A exposição parcial do artigo já apresentado se encerra neste ponto. PEDRA, Adriano Sant’Ana; MARQUES, Paulo Henrique Resende. Da utilização do garantismo como forma de fortalecer os direitos sociais: a política pública do §5º, artigo 40 da Lei 8.666/93 como exemplo. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 14 n. 2, p. 107-117, 2019. Recuperado de <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/161>. Acesso em: 23 out. 2020.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 56-57.

Ferrajoli menciona essa influência dos poderes midiáticos sobre a política baseado em seu próprio país, haja vista que o então primeiro-ministro Silvio Berlusconi é detentor de meios de comunicação na Itália¹⁴¹.

O conflito exposto mostra como a relativização de direitos por meio da ponderação pode trazer malefícios a uma democracia. Ao se restringir o direito à informação em prol do direito de propriedade sobre os meios de comunicação, ocasionando a propagação de conteúdo que acarrete uma compreensão equivocada da realidade pelos receptores da transmissão, está havendo uma influência tanto no exercício consciente de voto do cidadão quanto na possibilidade efetiva deste exercer um controle sobre os atos realizados pelos representantes políticos eleitos.

Este autor observa, também, a necessidade de “severas sanções para a corrupção”,¹⁴² isso acarreta o raciocínio já ressaltado de que deve haver condenação penal por corrupção de legisladores comprovadamente envolvidos com “venda” de atos legislativos, pois, por mais que não se possa considerar a lei inconstitucional (apenas pelo desvio de finalidade legislativo), a possibilidade de os parlamentares serem penalmente punidos pode evitar sua ocorrência.

Não apenas sanção penal seria cabível, sendo viável, igualmente, penalizar o parlamentar internamente no âmbito legislativo por violação do decoro parlamentar, na forma do inciso II e §1º do art. 55 da Constituição da República:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

[...]

§1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

¹⁴¹ Veja-se por exemplo: GÖTZKE, Manfred. UE quer reduzir império televisivo de Berlusconi. **DW**. 09 out. 2007. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/ue-quer-reduzir-imp%C3%A9rio-televisivo-de-berlusconi/a-2815536>. Acesso em: 18 ago. 2020.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 199.

Será estudado, no capítulo seguinte, a relação entre decoro parlamentar e inconstitucionalidade da norma aprovada com desvio de finalidade legislativo. Como a abordagem deste capítulo é contrária à inconstitucionalidade da norma considerando apenas os motivos que levaram o legislador a votar o projeto de lei, a importância do decoro parlamentar está em outro fator.

Por mais que não se possa declarar inconstitucional uma norma aprovada com desvio de finalidade legislativo, há mecanismos para evitar sua ocorrência, dentre eles está a perda do mandato parlamentar por quebra de decoro parlamentar.

Aprovar uma lei exclusivamente em troca de contrapartida financeira é, sem dúvida, uma percepção de vantagem indevida, caracterizando, então, a ocorrência de violação do decoro parlamentar.

Sem dúvida que este termo é extremamente vago, porém algumas considerações devem ser feitas sobre ele. Apesar de ser um termo aberto, isso não autoriza a Casa Legislativa responsável por fazer o exame da presença ou não da quebra do decoro parlamentar (competência atribuída pelo §2º do art. 55 da Constituição da República) fazer um juízo desproporcional e livre de sua presença, sob pena de banalização do instituto e de risco à legitimidade dos mandatos dos parlamentares.

Deve ser considerada, assim, a finalidade do instituto que é “proteger a legitimidade democrática do Poder Legislativo a partir da garantia da moralidade institucional”¹⁴³. Diante da gravidade da conduta de receber contrapartida financeira para votar favorável ou contrário a um projeto de lei, fica clara a ocorrência de violação do decoro parlamentar no caso, haja vista que “a falta de decoro parlamentar se caracteriza pela prática de atos que afetam a dignidade do mandato, inconciliáveis com as qualidades morais ou compostura que se exige dos congressistas”¹⁴⁴.

¹⁴³ SOARES, Alessandro. **Processo de Cassação do Mandato Parlamentar**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

¹⁴⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2017. 2 v. p. 455-456.

Relacionando o decoro parlamentar e a busca por interesses próprios, Carlos Valder do Nascimento pontua que:

O agir dos agentes políticos nessas condições, por incompatibilidade com o decoro parlamentar, não satisfaz aos ditames constitucionais, sobretudo por inadequação aos meios utilizados para alcançar os fins colimados. Neste ponto, fere o princípio da impessoalidade, o que os coloca sob suspeição, visto que estão atuando no interesse próprio ou de terceiros, desvirtuando, assim, a finalidade pública a que se destina¹⁴⁵.

Ponto a ser observado reside na competência atribuída para examinar e atribuir efeitos à violação do decoro parlamentar por parte do legislador. A Constituição estabelece no §2º do art. 55 que essa competência é da Casa Legislativa da qual o parlamentar faz parte.

Em razão de estarmos diante de um termo altamente vago e abstrato, a competência para averiguar sua caracterização deve ser restrita, ou seja, não caberia ao Poder Judiciário decretar sua ocorrência.

Será visto no capítulo seguinte, argumentação pela inconstitucionalidade da lei no caso de desvio de finalidade legislativo em razão de violação do decoro parlamentar. Adiantando um pouco a análise que será feita, pensamos haver, como afirmado antes, uma fundamentação contrária à inconstitucionalidade por esse motivo, haja vista que o responsável por fazer esse controle seria o Poder Judiciário, sendo que a Constituição da República não atribuiu competência a este Poder para imputar consequência ao ato do legislador que viole o decoro parlamentar.

No caso de entendimento de que a quebra de decoro parlamentar acarreta a inconstitucionalidade da lei, seria como se o Poder Judiciário estivesse fazendo uma verificação se a conduta do legislador se enquadraria ou não no conceito de decoro parlamentar, sendo que essa competência não é atribuída pela Constituição.

Exatamente por “decoro parlamentar” ser um termo aberto é que a competência para decidir sobre seu enquadramento deve ser restrita, sob pena de banalização do termo.

¹⁴⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento. Pressupostos de inelegibilidade em razão de maus antecedentes do candidato – A questão da improbidade administrativa. **Fórum Administrativo – Direito Público** – FA, Belo Horizonte, ano 8, p. 7-24. jul. 2008.

Se, no caso de compra de votos de políticos, fica mais clara a presença de violação do decoro parlamentar, há outras hipóteses de desvio de finalidade em que fica mais difícil embasar uma quebra de decoro parlamentar, como, por exemplo, votar em determinado sentido em troca de liberação de emendas parlamentares (situação na qual, apesar de configurar um desvio de finalidade, tende a ser aceita).

De fato, o conceito de decoro parlamentar deve ser aberto, não constar em um rol taxativo, até mesmo pelas mudanças que podem ocorrer com o tempo em relação ao que seja, ou não, moral institucional:

Se houvesse previsão tipificada e rígida do que seria um procedimento indecoroso, com o tempo o Parlamento poderia encontrar-se de mãos atadas diante de condutas parlamentares que ofendessem a moralidade institucional, mas não se enquadrariam na tipificação normativa adotada¹⁴⁶.

Cabe mostrar, neste momento, mais um argumento pela não possibilidade de declarar inconstitucional uma norma apenas pela alegação de violação do decoro parlamentar: o fato de os efeitos da perda do mandato por violação do decoro parlamentar produzir efeitos prospectivos, ou seja, os atos produzidos pelos legisladores permanecem válidos, inclusive as votações realizadas: “a perda do mandato não alcança os atos normativos praticados na atividade parlamentar, operando efeitos *ex nunc*. As proposições apresentadas pelo parlamentar continuam tramitando [...]”¹⁴⁷.

Fica clara, assim, a relação de que o decoro parlamentar possui com a interferência da economia no direito, pois o “financiamento” de leis por grandes empresas faz com que deputados e senadores vendam votos legislativos em troca de contrapartida financeira, indo de encontro ao decoro parlamentar.

Sem dúvida que apenas isso pode não resolver o problema, até porque a perda do mandato por esse motivo depende de maioria absoluta da Casa Legislativa, sendo que muitos desses parlamentares também podem estar corrompidos (§2º do art. 55 da Constituição da República).

¹⁴⁶ SOARES, Alessandro. **Processo de Cassação do Mandato Parlamentar**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

¹⁴⁷ CALIMAN, Auro Augusto. **Mandato parlamentar: aquisição e perda antecipada**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 184.

Inclusive, uma das críticas ao julgamento legislativo em caso de violação do decoro parlamentar está no fato de não haver a necessidade de incomunicabilidade entre os parlamentares votantes:

[...] ao contrário do que ocorre no Tribunal do Júri brasileiro, nos julgamentos dos processos por quebra de decoro os julgadores – os pares do acusado – não precisam ficar incomunicáveis.

Com isso, os motivos que, afinal, determinam a procedência ou não desse julgamento sempre poderão ser determinados por fatores estritamente políticos – entre eles, a própria perseguição de parlamentares dissidentes da doutrina majoritária dominante¹⁴⁸.

Já houve uma evolução com a revogação da necessidade de a votação ser secreta, por meio da Emenda Constitucional 76/2013.

Mas o fato de pelo menos colocar em votação, por meio de requerimento da Mesa da Casa Legislativa ou de partido político representado no Congresso Nacional, já é uma forma de, pelo menos, expor a situação à população e pressionar os legisladores.

Podem ser mencionadas, assim, as seguintes medidas, tendo como premissa a base teórica desse capítulo, para se reduzir a influência dos poderes econômicos no direito:

- a) evitar o financiamento privado de campanhas políticas (posição já adotada jurisprudencialmente no Brasil em relação às pessoas jurídicas);
- b) não utilizar a ponderação de princípios como forma de fazer com que o direito de propriedade (principalmente sobre os meios de comunicação) restrinja outros direitos de maior relevância como a liberdade de informação no sentido de obtenção de informações verídicas e não manipuladas;
- c) garantir que haja sanções, inclusive penais, de parlamentares comprovadamente envolvidos com “venda” de atos legislativos.

¹⁴⁸ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de informação legislativa**: RIL, Brasília, v. 49, n. 195, p. 7-24, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: p. 17. Acesso em: 15 set. 2020.

2.5 AS DIVERSAS MATÉRIAS LEGISLATIVAS E O DESVIO DE FINALIDADE

A tese aqui defendida é válida para leis relacionadas a qualquer matéria. O mero desvio de finalidade não acarreta a inconstitucionalidade da norma, devendo ser realizada uma análise do conteúdo desta.

Porém haverá situações em o que reconhecimento judicial do desvio pode retirar ou reduzir os efeitos da lei. Explica-se melhor. Imagine que uma grande empresa suborne parlamentares, visando obter uma lei concedendo benefícios tributários, anistia por exemplo.

Caso haja comprovação judicial penal dessa corrupção, o agente que se beneficiou (o sujeito ativo do crime de corrupção ativa – art. 333 do Código Penal¹⁴⁹) deve perder o proveito do crime, que foi a vantagem econômica decorrente da anistia tributária.

A alínea “b” do inciso II do art. 91 do Código Penal atribui a perda em favor da União do “produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”. Essa hipótese “compreende as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem dele resultante”¹⁵⁰.

Além disso, pode ser fundamentado, também, que o agente deva, civilmente, restituir diretamente o ente que sofreu prejuízo em seu erário. De modo que se, por exemplo, uma lei estadual “comprada” permita que uma empresa deixe de pagar milhões de tributos ou penalidades tributárias, esse valor deve ser ressarcido.

¹⁴⁹ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

¹⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 489.

Isso não em razão de a lei ser inconstitucional, mas pelo fato de que o sujeito que, praticando um crime (corrupção ativa), deu causa a origem da norma e dela se beneficiou, não sendo razoável que obtenha as vantagens desse ilícito.

Realmente, caso essa lei beneficie outras pessoas ou empresas que não participaram do “suborno parlamentar” os efeitos que essa lei produziu serão válidos e eficazes em relação a elas.

Há um exemplo que pode ser útil neste momento. O Senador Roberto Caiado já havia ajuizado uma ação popular contra dívidas tributárias perdoadas do grupo econômico JBS S.A, ele fundamentou que o então governador do Estado de Goiás teria recebido diretamente altos valores deste grupo empresarial. Esse perdão tributário ocorreu em 2014 por meio de um programa estadual, reduzindo o débito desta empresa de R\$ 1.3 bilhão para 320 milhões.¹⁵¹ Alega ainda que quase setenta e cinco por cento dos benefícios decorrentes desse Programa foram para JBS S.A.

Não está se fazendo juízo de verdade sobre o conteúdo do parágrafo acima, apenas está sendo exposta a fundamentação dessa ação popular, que possui relação com o presente trabalho.

Essa ação, em primeira instância, foi julgada improcedente, dentre outros motivos, por considerar que “a empresa dos irmãos Batista é apenas uma das milhares que fizeram parte do programa”. Ou seja, como várias empresas tiveram benefícios não há que se falar em necessidade de devolução dos valores pela JBS S.A.¹⁵².

Uma forma de compatibilizar a decisão mencionada com o defendido neste trabalho, seria que, caso se comprove que houve realmente compra de leis para permitir esses perdões tributários, os envolvidos deveriam ressarcir os benefícios obtidos.

¹⁵¹ Caiado entra na Justiça contra perdão de dívidas da JBS. **Radar**. 24 de julho de 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/caiado-entra-na-justica-contra-perdao-de-dividas-da-jbs/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹⁵² CARVALHO, Pedro. Juiz rejeita ação de Caiado contra Marconi no caso JBS. **Radar**. 23 de maio de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/juiz-rejeita-acao-de-caiado-contra-marconi-no-caso-jbs/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Recentemente, o Ministério Público do Estado de Goiás novamente discutiu judicialmente o programa estadual mencionado:

De acordo com a promotora de Justiça Leila Maria de Oliveira, que assina a ação, em 2014 o Estado de Goiás concedeu a quatro empresas filiais do Grupo JBS benefício fiscal no valor de R\$ 949.104.111,06, em evidente caráter imoral e desproporcional. Para tanto, editou a Lei Estadual nº 18.459/2014, que ficou conhecida por Programa Regulariza, cuja redação foi posteriormente alterada pela Lei nº 18.709/2014. No mesmo ano, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) editou o Convênio ICMS 26, autorizando o Estado de Goiás a dispensar ou reduzir juros, multas e demais acréscimos legais, além de conceder parcelamento do débito do ICMS. [...]

A fim de ressaltar a desproporcionalidade e exorbitância do benefício concedido às quatro filiais do Grupo JBS, apontou que, apesar de as empresas terem débito de R\$ 1.275.794.151,39, obtiveram redução de R\$ 949.104.111,06, o que, segundo enfatizou, correspondeu a 73% (setenta e três por cento) do total do valor das dívidas amortizadas em razão do Regulariza. “O objeto da presente ação é o exorbitante e desproporcional benefício concedido às filiais de uma das empresas líderes globais da indústria de alimentos. Ou seja, é de conhecimento público que as empresas detêm grande poder econômico e que o desconto bilionário a elas concedido prejudicou sobremaneira o erário estadual”, escreveu a promotora de Justiça. Segundo ela, é preciso lembrar que o Estado de Goiás vive, desde 2010, um cenário de crise econômica, com dificuldades, por exemplo, relativas ao pagamento dos salários dos servidores públicos e à contratação de empréstimos.¹⁵³

Cabe atentar que não houve alegação de suborno na notícia acima, mas de desproporcionalidade da lei, razão pela qual remetemos ao Capítulo 04 deste trabalho.

Este Órgão Ministerial utilizou argumentos como de inconstitucionalidade da lei tributária estadual, mas é possível constatar que também houve fundamentação de que a grande maioria do benefício desse Programa tributário estadual foi para o Grupo JBS, razão pela qual o Ministério Público requer a indisponibilidade de mais de R\$ 949 milhões de quatro empresas pertencentes a esse grupo.

Este processo ajuizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás encontra-se em segredo de justiça, mas, no portal do Tribunal de Justiça deste Estado, é possível constatar que houve um julgamento em 01 de outubro de 2020 de um Agravo de

¹⁵³ FARIA, João Carlos de. MP-GO pede nulidade de benefício fiscal e bloqueio de R\$ 949 milhões da JBS. **Assessoria de Comunicação Social do MP-GO**. 11 dez. 2019. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/mp-go-pede-nulidade-de-beneficio-fiscal-e-bloqueio-de-r-949-milhoes-da-jbs#.X7QZw2VKjIW>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Instrumento que considerou tempestiva emenda à inicial realizada pelo Ministério Público¹⁵⁴, ou seja, ainda não houve análise do mérito.

Assim, esse benefício econômico relativo à anistia de penalidades tributárias deveria ser ressarcido pelas empresas beneficiadas que comprovadamente subornaram legisladores, o que retiraria o efeito prático (ou grande parte) da lei tributária aprovada com desvio de finalidade legislativo.

É possível perceber que, a depender do tipo de matéria da lei, por mais que ela não possa ser declarada inconstitucional com base apenas na alegação de desvio de finalidade legislativo, ela pode sofrer influência em seus efeitos.

Pensamos, inclusive, que, neste ponto, pode estar a resposta ao questionamento feito pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman Benjamin, referente à comprovação de que leis tributárias que foram compradas e que isso merece uma tese de doutorado¹⁵⁵.

A título de curiosidade, cabe pontuar que Lenio Streck rebateu tal asserção, fundamentando que este tema não comporta tese de doutorado, mas cadeia:

[...] como acadêmico que sou, eu responderia ao ministro — que também, como eu, é doutor em direito, com bela tese defendida — sobre se “compra de leis no parlamento” dá tese de doutorado. Não, ministro, não dá tese. Teria que ter matriz teórica e outros elementos que não meramente uma afirmação empírica. Porém, com certeza, “a compra de leis no parlamento”, se não dá tese de doutorado, dá — ou deveria dar — cadeia (para o comprador e para o vendedor).¹⁵⁶

Com o necessário respeito ao estudioso, que inclusive foi de grande importância para este estudo, o presente trabalho comprova como é possível realizar uma tese sobre desvio de finalidade legislativo, o que engloba compra de votos de parlamentares.

¹⁵⁴ GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. 2020. **Agravo de Instrumento 5204488.05.2020.8.09.0000**. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Olavo Junqueira de Andrade. DJ 01/10/2020. Disponível em: <http://tjgo.jus.br/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹⁵⁵ Provas mostram que leis tributárias foram compradas, diz Herman Benjamin. **Consultor Jurídico**. 31 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-31/leis-tributarias-foram-compradas-ministro-herman-benjamin>. Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Compra de lei dá tese ou cadeia? A pandemia e a caixa de pandora. **Consultor Jurídico**. 03 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/streck-compra-lei-tese-ou-cadeia-pandemia-caixa-pandora>. Acesso em: 11 nov. 2020.

A consequência não será a mesma para qualquer legislação tributária, pois o beneficiado pode não ser sujeito ativo do crime de corrupção ativa, basta raciocinar uma lei aprovada com desvio de finalidade concedendo isenção de imposto de importação para veículos, sendo que o “financiador” comprovado da lei foi apenas uma empresa específica.

Isso deixa claro como o efeito, no caso de comprovação de desvio de finalidade, pode variar em relação à matéria da lei, mas no que toca à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade a resposta é a mesma para todas.

Não negamos aqui que eventuais leis tributárias “compradas” ao conceder benefícios específicos para determinados setores ou empresas podem violar o princípio da igualdade, mas, neste caso, é irrelevante a discussão sobre o desvio de finalidade (no máximo como reforço argumentativo), haja vista que a norma já seria inconstitucional por contrariedade ao princípio da isonomia.

Como já frisado ao longo deste capítulo, os direitos fundamentais são formas indiretas de impedir a ocorrência do desvio de finalidade dos parlamentares, não que tais direitos acarretem que o mero desvio torne uma lei inconstitucional, mas sim que uma lei que possua esse “vício” tem grandes chances de violar um direito fundamental, como a igualdade.

De tudo o que foi exposto ao longo deste capítulo, é possível concluir pela impossibilidade de o Poder Judiciário declarar a invalidade de uma norma produzida pelo Poder Legislativo com base apenas na argumentação de desvio de finalidade, dentre os fundamentos para se chegar a esse raciocínio podem ser citados:

- a) impossibilidade de saber os reais motivos que acarretaram a decisão do parlamentar, em razão da desnecessidade de fundamentação;
- b) possibilidade de um projeto de lei ser aprovado com compra de votos e, ainda assim, ter como objetivo o atendimento ao interesse público de uma nação. Basta

pensar em uma norma instituidora de direitos sociais que, para ser aprovada, necessitou de realização de contrapartida financeira para alguns políticos;

c) falta de mecanismos jurídicos para os casos em que um projeto de lei deixa de ser aprovado em razão de “financiamento” de parlamentares, não podendo o Poder Judiciário tomar nenhuma medida que leve a positivação jurisdicional da norma rejeitada pelo Poder Legislativo. Ora, se Ferrajoli entende pela impossibilidade daquele Poder suprir lacunas¹⁵⁷ (falta de instituição de direitos sociais constitucionalmente previstos), com muito mais razão não poderia declarar aprovado um projeto de lei que não obteve quórum suficiente, sob pena de estar instituindo uma norma no sistema sem competência para tanto. Cumpre lembrar que anular a sessão que rejeitou um projeto de lei com desvio de finalidade não traria consequência prática nenhuma, no máximo, uma nova votação onde o resultado poderá se repetir.

Reforçando que a ideia presente neste capítulo, vale para leis de qualquer matéria, o mero desvio de finalidade não acarreta a inconstitucionalidade, porém, a depender do conteúdo da lei, ela pode vir contrariar algum preceito constitucional, como exemplo ressalta-se uma lei tributária que viola o princípio da igualdade, ela será nula não pelo desvio de finalidade, mas por violar um princípio inserido na Constituição.

Ou seja, mesmo com esse raciocínio aqui defendido, o Poder Legislativo não passa a ter poderes absolutos, pois independentemente da intenção do legislador, este sempre estará limitado ao conteúdo material da Constituição, o que impediria, por exemplo, leis que contrariarem direitos fundamentais.

Além disso, não é porque está sendo sustentada a impossibilidade de o Poder Judiciário declarar a invalidade de uma norma apenas com base na alegação de desvio de finalidade legislativo, que este desvio não deva ser extirpado do processo legislativo.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.

Assim, algumas medidas devem ser tomadas para tanto, como evitar a influência de interesses econômicos na esfera política, conforme visto no item 2.4, por meio, dentre outras ações, da condenação penal de agentes públicos e privados envolvidos em processos de suborno de parlamentares em “venda” de votos legislativos, bem como perda do mandato do legislador por violação do decoro parlamentar.

Por fim, cabe reforçar que, eventualmente, um reconhecimento judicial do desvio de finalidade legislativo, por mais que não possa ocasionar a inconstitucionalidade da lei, pode vir a retirar alguns efeitos práticos dela. Isso foi mostrado por meio do exemplo de uma empresa que “financia” determinada lei e recebe, em decorrência disso, milhões de reais em benefícios tributários, ela deverá ressarcir o erário em razão do ato de corrupção realizado, embora a lei seja válida.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO DECORRENTE DE UMA VISÃO PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO

Destaca-se, de início, ser pouco analisado, na doutrina, o desvio de finalidade legislativo (considerando expressamente apenas o desvio), ou seja, independentemente do conteúdo material da norma.

Muitos autores relacionam desvio de finalidade legislativo com proporcionalidade da norma, não é isso que se busca analisar neste trabalho, mas sim uma análise das causas que levaram um parlamentar a votar contrário ou favorável a um projeto de lei (de forma autônoma ao conteúdo deste).

Isso pode ser constatado quando doutrinadores mencionam expressamente “compra de votos” (ou outra razão subjetiva) como razão do desvio de finalidade, pois, nesse caso, se está diante apenas do desvio. Isso foi feito em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, conforme será mostrado em itens específicos deste capítulo.

Entrando na órbita subjetiva do legislador, já foi visto o exemplo citado por Daniel Sarmiento que defende a nulidade de um projeto de lei aprovado em razão de sequestro de membro da família do parlamentar¹⁵⁸. Apesar de o exemplo ser importante por ser um “desvio” que independe do conteúdo da norma, não serve como objeto de estudo, pois, no caso de ameaça, não há uma verdadeira manifestação de vontade do membro do Legislativo, essa mesma realidade ocorre no caso de “votar errado”.

Há uma tese de que o apoio político em troca de contrapartida financeira não é uma hipótese de inconstitucionalidade formal ou material, mas sim de presença de vício de decoro parlamentar apto a acarretar a inconstitucionalidade da norma, porém o número dos legisladores que necessitam receber contrapartida financeira para votar de determinada forma deveria ser suficiente a influenciar no processo legislativo:

¹⁵⁸ SARMENTO, Daniel. As Lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, nº 12, p. 29-58, jul./dez., 2012. p. 38.

De acordo com informações do Gazeta: dos 486 parlamentares que participaram da votação da EC 41/2003, 358 votaram a favor, enquanto 126 foram contrários. Houve 9 abstenções. Depois, o texto seguiu para apreciação do Senado, em dois turnos.

Não se sabe quantos parlamentares foram “comprados”. Esse dado é muito relevante. Note-se que a aprovação se deu por margem muito grande. Era preciso verificar quantos foram “comprados” e quantos foram “válidos” (indiscutivelmente). Não há notícia de que muitos tenham sido “comprados”. Logo, mesmo excluindo os parlamentares venais, ao que tudo indica, continua havendo quórum amplo suficiente para a aprovação. Nós não julgaríamos inconstitucional a EC 41 sem a comprovação numérica dos parlamentares que aprovaram a emenda ganhando dinheiro “por fora”.¹⁵⁹

Essa é apenas uma introdução à inconstitucionalidade decorrente de violação do decoro parlamentar (o tema será aprofundado em item à frente), mas a ideia, originariamente mencionada por Pedro Lenza¹⁶⁰, é colocá-la como uma terceira espécie de inconstitucionalidade, ao lado da material e da formal.

Até poderia se argumentar como uma espécie de inconstitucionalidade dentro da formal, não como uma categoria autônoma, pois está estritamente relacionada com a forma pela qual foi produzida a lei. Porém, no entender mencionado, ela se encontra em separado.

Essa tese pela inconstitucionalidade surgiu em decorrência da Ação Penal 470/MG¹⁶¹, a qual será examinada oportunamente, que comprovou que houve contrapartida financeira para parlamentares em troca de apoio político.

Analisando genericamente o desvio de finalidade e o ato legislativo, não necessariamente a compra de apoio político, Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta pela possibilidade de existência de desvio de poder no ato legislativo, podendo ocorrer, neste caso, controle de constitucionalidade sobre eles, quer seja na forma direta ou na incidental:

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. Ec 41/2003. Reforma da previdência. Mensalão. Compra de parlamentares. Constitucionalidade da reforma. **Conteúdo Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/coluna/1366/ec-41-2003-reforma-da-previdencia-mensalao-compra-de-parlamentares-constitucionalidade-da-reforma>. Acesso em: 24 ago. 2020.

¹⁶⁰ LENZA, Pedro. O mensalão e o vício de Decoro Parlamentar. **Jornal Carta Forense**. 01 nov. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-mensalao-e-o-vicio-de-decoro-parlamentar/9081>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2012. **AP 470/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 17/12/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

O desvio de poder não é invalidade específica dos atos administrativos. Por ser, como visto, a utilização de uma competência fora da finalidade em vista da qual foi instruída, também pode irromper em leis expedidas com burla aos fins que constitucionalmente deveriam prover. Assim, e.g., configuraria desvio de poder a extinção legislativa de cargos públicos decidida com o fito de frustrar decisão judicial que neles reintegrara os anteriores ocupantes. Uma vez que existe no Brasil o controle de constitucionalidade das leis, por via direta ou “incidenter tantum”, seria cabível fulminar-lhe o efeito malicioso.¹⁶²

De fato, este exemplo cai no problema já apresentado de envolver inconstitucionalidade material da norma, ao ser referente a uma lei que visava impedir o cumprimento de uma decisão judicial.

Nos itens seguintes, será examinada a democracia deliberativa de Jürgen Habermas e sua visão procedimentalista, para, após, analisar a figura da violação do decoro parlamentar como causa de inconstitucionalidade da norma, complementando com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que este órgão invocou esse argumento.

3.1 O PROCEDIMENTALISMO DE JÜRGEN HABERMAS E A SUA TEORIA DO DISCURSO APLICADA À ATIVIDADE LEGISLATIVA

Primeiro, cabe trazer análise de Habermas de quem seria competente para fazer o controle de constitucionalidade das normas, para, após (considerando que seria competência do Poder Judiciário), averiguar, com base neste autor, se o desvio de finalidade configura, ou não, uma inconstitucionalidade apta a acarretar uma declaração de invalidade da norma pelo Poder Judiciário.

Habermas, no sexto capítulo da obra citada abaixo, começa por trazer fundamentação no sentido de que seria melhor ao Poder Legislativo realizar o controle de constitucionalidade das normas legislativas, pois este poder que participou do processo de elaboração, assim: “se a diferenciação institucional autorreferencial de

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 76-77.

um processo de controle de normas, fosse da competência do parlamento, talvez pudesse contribuir para o incremento da racionalidade do processo de legislação”¹⁶³.

Posteriormente, ao citar Hans Kelsen, aceita o argumento deste (de atribuição desse controle ao Poder Judiciário) apenas em relação ao plano político-jurídico:

Uma vez que nos casos mais importantes de transgressão da constituição o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito, a qual esteja acima dessa oposição, impossibilitada ela mesma de exercer o poder, a qual divide essencialmente a constituição entre o governo e o parlamento.¹⁶⁴

A importância em se fazer essa consideração de quem seria o legitimado para fazer o controle de constitucionalidade das normas é porque Habermas cita o fato de, muitas vezes, o parlamento agir em prol de interesses privados, sob a influência de lobbies e do dinheiro, como razão apta a justificar a ilegitimidade da legislação aprovada, com a conseqüente possibilidade de controle jurisdicional:

O processo legislativo não é capaz de excluir todo o “agir estratégico”, que se manifesta, entre outros meios, por *lobbies* e grupos de pressão. Contudo, caso a influência do dinheiro e da burocracia prevaleçam sobre a solidariedade e a racionalidade argumentativa, o discurso de fundamentação desnatura-se, tornando-se incapaz de conferir legitimidade à legalidade.¹⁶⁵

O desvio de finalidade legislativo ocorre exatamente em decorrência de lobbies e de pressão de certos grupos que, ao influenciarem economicamente na vitória de certos parlamentares, buscam ser recompensados (ou até mesmo oferecendo contrapartida financeira direta ou indireta para parlamentares votarem em determinado sentido).

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 300. v. 1.

¹⁶⁴ KELSEN, 1931, *apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 302. v. 1.

¹⁶⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 199.

Isso seria capaz de retirar a legitimidade da lei aprovada, pois, a partir do momento em que os legisladores, em vez de utilizarem um agir comunicativo¹⁶⁶, se valem de um agir estratégico¹⁶⁷, macularia o processo discursivo.

Habermas separa a concepção política “liberal” da concepção “republicana”, para, após, trazer sua conceituação de política procedimental. Ele cita algumas diferenças entre a interpretação liberal e a republicana. Inicia mostrando o conceito de cidadão em ambos os aspectos. Enquanto a participação política do cidadão no caso da primeira consiste em uma mera garantia de liberdade em relação a coações externas; na hipótese da segunda, garante-se “a possibilidade da participação numa prática comum através da qual os civis podem fazer de si mesmos o que desejam – autores politicamente autônomos de uma comunidade de livres e iguais”¹⁶⁸.

Em seguida, passa pela visão republicana do conceito de direito; ao passo que, na seara liberal, restringe-se a possibilidade de saber o direito de cada um no caso concreto; no aspecto republicano, o conceito de direito está relacionado com a própria formação democrática da lei, protegendo o “nexo interno da prática de autodeterminação do povo e do domínio impessoal das leis.”¹⁶⁹

Ao se vislumbrar um meio termo entre ambas as concepções aludidas, vê-se que ele defende a teoria do discurso que considera a necessidade de um processo amplo de formação da opinião, porém, ao mesmo tempo, sem colocar a Constituição em um segundo plano, pois os direitos fundamentais e os princípios seriam necessários para se atingir um procedimento discursivo de produção dos atos legislativos. Neste sentido, declara que:

¹⁶⁶ “Falamos então de *agir comunicativo* quando agentes coordenam seus planos de ação mediante o entendimento mútuo lingüístico, ou seja, quando eles os coordenam de tal modo que lançam mão das forças de ligação ilocucionárias próprias dos atos de fala.” (HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 118).

¹⁶⁷ “No agir estratégico, esse potencial de racionalidade comunicativa permanece inutilizado, mesmo quando as interações são lingüisticamente mediadas. Como aqui, os envolvidos coordenam seus planos de ação mediante uma influência recíproca, a linguagem não é empregada comunicativamente [...], mas de forma orientada a *consequências*. (HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 118).

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 302. v. 1.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 335 – 336. v. 1.

A teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes que as do modelo liberal, porém mais fracas do que as do modelo republicano, toma, por sua vez, elementos de ambos e os articula de uma nova forma. Em concordância com o republicanismo, ela situa o processo de formação política da opinião e da vontade no centro, sem, todavia, entender a constituição do Estado de direito como algo secundário. Em vez disso, ela concebe os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito como uma resposta consequente à questão sobre como institucionalizar os pressupostos comunicativos exigentes do procedimento democrático. Na teoria do discurso, a realização de uma política deliberativa não depende de um corpo de cidadãos capaz de agir coletivamente, mas sim da institucionalização dos respectivos procedimentos.¹⁷⁰

A inconstitucionalidade do desvio de finalidade legislativo estaria na violação de um modelo discursivo de procedimento legislativo que não permite que o poder social restrinja o poder comunicativo na produção legislativa. Conforme o princípio da separação entre Estado e sociedade (princípio este que está dentro da soberania popular), deve-se “impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder”¹⁷¹.

Habermas define esse poder social como “medida para a possibilidade de um ator impor interesses próprios em relações sociais, mesmo contra a resistência de outros”¹⁷². Só seria legítimo que esse poder possibilite o poder comunicativo, mas não que este o restrinja, neste caso:

[...] a disposição sobre o poder social abre a chance de influenciar no processo político, o qual consegue precedência para interesses próprios, para além do espaço dos direitos de igualdade dos cidadãos. Através deste modo interventor, empresas, organizações e associações conseguem, por exemplo, transformar o seu poder social em político, seja diretamente, através da influência na administração, ou indiretamente, através de intervenções e manobras na esfera pública política.

Organizatoriamente, o princípio segundo o qual deve-se bloquear uma intervenção direta do poder social no poder administrativo encontra sua expressão no princípio da responsabilidade democrática de detentores de cargos políticos em relação aos eleitores e aos parlamentares.¹⁷³

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 412.

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 213. v. 1.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 219. v. 1.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 219. v. 1.

Por essa lógica, havendo essa influência externa na elaboração normativa, o produto resultante seria inconstitucional independente do conteúdo dessa lei, haja vista que sua constitucionalidade estaria ligada diretamente ao procedimento discursivo de elaboração.

Não se está falando que não há direitos fundamentais que a norma deve respeitar, mas direitos fundamentais que permitam a efetiva discussão legislativa prévia, como foi relatado.

Por essas ideias, fica mais defensável justificar que o desvio de finalidade acarreta uma falta de legitimidade das leis aprovadas, o que permite que um Tribunal Constitucional declare sua inconstitucionalidade.

A intervenção indevida do poder social violaria um procedimento decorrente de um poder comunicativo dos cidadãos e, conseqüentemente, acarretaria a invalidade das leis, permitindo o controle pelo Poder Judiciário. A inconstitucionalidade, no caso de desvio de finalidade legislativo, estaria presente quando o legislador, em vez de se valer de um agir comunicativo, utilizar-se de um agir estratégico, buscando finalidades específicas, porém simulando a busca de outras. Este agir “funciona por intermédio do engodo que o agente produz, indicando ilusoriamente um fim como objetivo de sua ação, mas desejando subjetivamente fim diverso”¹⁷⁴.

José Pedro Luchi, ao estudar Habermas, ressalva expressamente essa impossibilidade de os legisladores buscarem seus próprios interesses, agindo em uma posição estratégica, ao invés de assumirem uma posição discursiva voltada ao entendimento coletivo:

Isso significa que os legisladores não podem (dürfen, em alemão) agir na posição estratégica de sujeitos privados que buscam seu próprio sucesso, mas precisam assumir a posição de agentes voltados para o entendimento, isto é, de cidadãos autônomos, cujas sentenças devem ser aceitas por todos os participantes. Assim, no conceito de Direito já está instalado o princípio democrático de que a sua legitimidade só pode ser assegurada pela

¹⁷⁴ GALUPPO, 1999, *apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 90-91.

aceitabilidade de suas regras por parte de todos os cidadãos livres e iguais, o que tem um força altamente sócio-integrativa.¹⁷⁵

O desvio de finalidade entraria perfeitamente na figura acima, de modo que, ocorrendo essa situação, estaria caracterizada uma inconstitucionalidade decorrente da ilegitimidade do processo discursivo de produção das leis.

À luz disso, fica defensável que isso seria um desvio de finalidade legislativo em razão desse agir estratégico dos legisladores (e não se analisa aqui se a norma vai ou não de encontro ao interesse público, mas qual foi a intenção do parlamentar ao aprovar aquele projeto de lei).

Uma vez constatada essa ilegitimidade, restaria ao Poder Judiciário a possibilidade de anulação de tais atos, considerando que, em Habermas, a função do Tribunal Constitucional estaria no controle do discurso do processo legislativo quando há uma restrição do poder comunicativo imposta pelo poder social ou quando há uma utilização indevida de agir estratégico pelos legisladores. Aqui cabe fazer menção a uma função do Tribunal Constitucional mencionada por Habermas, qual seja, equilibrar o fato de, muitas vezes, o parlamento agir visando a fins não relacionados ao interesse público. Disso pode ser extraída a possibilidade de o Poder Judiciário declarar inválidas normas aprovadas com desvio de finalidade. Assim,

[...] o verdadeiro problema consiste na influência de grupos de interesses que impõem seus objetivos privados sobre o aparelho do Estado às custas de interesses gerais. Nessa delimitação clássica contra a tirania de forças sociais, que pecam contra o princípio da separação entre Estado e sociedade, o republicanismo renovado também entende o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa.¹⁷⁶

Vê-se que o autor está fazendo menção a uma jurisdição constitucional na visão política republicana, porém, para fins deste estudo, a consequência no caso de sua visão procedimental também seria adequada, a partir do momento em que ele ressalta que a legitimidade seria oriunda de “pressupostos comunicativos e procedimentos, os

¹⁷⁵ LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao Direito. **Sofia (Vitória)**, Vitória-ES, n.VII, p. 175-200, 2001.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 341. v. 1.

quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos”¹⁷⁷.

Realmente, difícil de se imaginar uma deliberação em que todos possam participar. Habermas não condiciona a validade das leis à participação direta, mas a uma representação efetiva em nível de parlamento, pois:

[...] nem todos os cidadãos podem “unir-se” no nível de interações simples e diretas, para uma tal prática exercitada em comum. O *princípio parlamentar* da criação de corporações deliberativas representativas oferece uma saída alternativa. A composição e o modo de trabalhar dessas corporações parlamentares têm que ser regulamentados, por seu turno, sob ponto de vista da lógica de distribuição de tarefas. Por isso, o modo de escolha, o *status* dos deputados (imunidade, mandato livre ou não, formação de minorias), bem como o modo de decisão nas corporações (princípio da maioria, leituras repetidas), inclusive a organização do trabalho (formação de comissões), levantam questões de princípio. Estas têm que ser reguladas à luz do princípio do discurso, de tal modo que os pressupostos comunicativos necessários para discursos pragmáticos, éticos e morais, de um lado, e as condições de negociações equitativas, de outro lado, possam ser preenchidas satisfatoriamente.¹⁷⁸

Além disso, apesar de nossa forma de elaboração legislativa se originar de uma democracia representativa, isso não significa uma exclusividade dos debates nos âmbitos oficiais, devendo ocorrer, também, em domínio privado:

Para Habermas, os espaços públicos e privados, em que se dá esta interlocução voltada para o entendimento e consenso, são multifacetados, passando tanto pela via institucional do Estado e das representações oficiais da soberania popular (partidos políticos, eleições, parlamento, poder executivo, agências governamentais, etc.), como também – e não menos importante – pelas organizações sociais e de mercado não estatais.¹⁷⁹

Apesar de ser variável as circunstâncias aptas a propiciar uma efetiva conversão do poder comunicativo em legislação, pode-se afirmar o que não deve estar presente, como a já mencionada interferência restritiva do poder social na elaboração das leis.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 219. v. 1.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 213-214. v. 1.

¹⁷⁹ LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** – RIHJ, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jan./dez. 2006. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137>. Acesso em: 30 mar. 2020.

A mera maioria não seria um critério legitimador: “a decisão da maioria tem que surgir sob a premissa de que os objetos do conflito foram abordados de maneira qualificada, isto é, sob os pressupostos comunicativos de um discurso correspondente”¹⁸⁰.

Há, então, dois pontos importantes em Habermas, o primeiro que o desvio de finalidade legislativo influenciaria na legitimidade das leis aprovadas em razão de uma violação do processo discursivo; e o segundo que isso permitiria a um Tribunal Constitucional declarar a invalidade dessas leis.

Quando se fala em desvio de finalidade legislativo, está sendo feita menção à vontade do legislador (vontade interna diversa da vontade externada). Habermas, em determinada passagem de uma obra, deixa clara a relação entre vontade do legislador e procedimento democrático:

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta *no interior* do direito positivo, o contrato da sociedade do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes.¹⁸¹

Neste sentido, a vontade do legislador deve ser a obtida por meio de um procedimento racional e não buscar fins particulares simulando finalidades públicas.

Como visto, Habermas procura superar o paradigma de um Estado Liberal e de um Estado Social, por meio de uma concepção procedimentalista do direito, em que Estado de Direito e Democracia seriam cooriginários.

Dessa forma, a criação do direito, por meio de representantes (democracia), possuiria limites (Estado de Direito), porém tais limites seriam os necessários a se permitir uma efetiva deliberação no processo de criação das normas jurídicas, uma vez respeitado esse procedimento ideal, o direito criado seria legítimo:

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 223. v. 1.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 127. v. 1.

Teoria Discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da democracia. O direito positivo, coercitivo, que se vale conhecer e impor pelo aspecto da legalidade precisa, para ser legítimo, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo status político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). Aqui fica evidente, mais uma vez, a relação entre positividade e legitimidade (tensão interna entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do direito).¹⁸²

Nesse caso, não estamos diante, então, de um mero positivismo (facticidade), haja vista que, para a legitimidade das normas, há uma exigência de algo mais referente à validade (pretensão de legitimidade do direito¹⁸³).

Essa legitimidade só poderia ser alcançada por meio de um “procedimento racional do processo legislativo de onde as normas surgiram”¹⁸⁴, a legitimidade, então, não decorre da norma ser cumprida pelos cidadãos (o que poderia ser alcançado por sanções de um direito posto), mas, sim, da confiança de que é legítima.

Constata-se, desse modo, um *plus* no controle de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário, que, além de averiguar se a norma obedeceu ao procedimento constitucionalmente estabelecido para sua criação, teria de averiguar também se os legisladores não agiram “na posição estratégica de sujeitos privados que buscam seu próprio sucesso”¹⁸⁵.

¹⁸² SCOTTI, Guilherme. Teoria discursiva do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/99/edicao-1/discursiva-do-direito,-teoria>. Acesso em: 30 jun. 2019. p. 08.

¹⁸³ SCOTTI, Guilherme. Teoria discursiva do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/99/edicao-1/discursiva-do-direito,-teoria>. Acesso em: 30 jun. 2019. p. 03.

¹⁸⁴ LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao Direito. **Sofia (Vitória)**, Vitória-ES, n.VII, p. 175-200, 2001.

¹⁸⁵ LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao Direito. **Sofia (Vitória)**, Vitória-ES, n.VII, p. 175-200, 2001.

Por mais que uma norma seja aprovada conforme as regras do jogo, ou seja, aprovada por uma maioria parlamentar eleita pela soberania popular de acordo com o rito previsto na Constituição do país, ela pode ser considerada inválida, caso não obedeça a um ideal de procedimento, em que os próprios cidadãos estejam participando ativamente do processo legislativo.

Nota-se, então, que é como se existisse, simplificada e falando, um procedimento decorrente de um direito natural, embora Habermas não se considera adepto do jusnaturalismo (“Na dicotomia *jusnaturalismo* e *juspositivismo*, Habermas não adere a qualquer das doutrinas. Rejeita a ideia de direito natural ao não admitir a preexistência de normas condicionantes das leis”¹⁸⁶).

Considerando que Habermas coloca o Tribunal Constitucional como forma de proteção contra a influência de grupos que inserem interesses privados no âmbito do Estado, pode-se interpretar como possível, para este Tribunal, invalidar atos produzidos com finalidades exclusivamente particulares.

José Pedro Luchi, em mais um outro artigo em que analisa o pensamento de Habermas, faz importantes observações, ficando claro que a legitimidade das leis não depende só do procedimento formal de aprovação e de obediência aos conteúdos materiais hierarquicamente superiores à lei. Veja-se:

[...] não é apenas a forma jurídica que legitima as leis emanadas do Estado, nem apenas seu conteúdo moral, mas um procedimento de colocação do Direito no qual se forma uma opinião e vontade que possam ser racionalmente aceito por todos. Em consequência, a práxis de auto-determinação dos cidadãos é ela mesma institucionalizada e a legislação se constitui como poder no Estado.¹⁸⁷

Não se está falando aqui, como já ficou evidenciado, em votações diretas nos processos legislativos, mas, sim, em uma participação popular no processo de elaboração que permita que se possa falar que a própria população está criando as normas para si.

¹⁸⁶ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 306-307.

¹⁸⁷ LUCHI, José Pedro (org.). **Linguagem e Socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005. p. 137-138.

Já foi ressaltado que toda a norma tende a prejudicar, ou, ao menos atingir negativamente, determinado grupo. Para que essa premissa possa ser adequada às ideias de Habermas, de que a norma deve ser aceita por todos, o cidadão teria que raciocinar que, mesmo “prejudicado”, deve aceitar tal norma, pois, após um procedimento amplo de discussão, foi constatado ser ela o melhor para a coletividade, como exemplo, menciona-se a defesa da cota para deficiente público por alguém que não obtém a posse em concurso público em razão dela.

Conclui-se, então, que, como nem todo ordenamento jurídico possui previsão desse procedimento ideal almejado por Habermas, outros pontos relacionados ao rito também necessitam estar presentes, ainda que não expressamente previstos.

3.2 A PRODUÇÃO LEGISLATIVA E A VIOLAÇÃO DO DECORO PARLAMENTAR

No capítulo 2, o foco da análise da violação do decoro parlamentar era como forma de sancionar (e conseqüentemente evitar) atos de legisladores evitados de desvio de finalidade, “vendendo” votos em processos legislativos, por exemplo. A penalidade, nesse caso, seria a perda do mandato parlamentar.

Neste momento, a ênfase será outra, qual seja, examinar a consequência da violação do decoro parlamentar sobre um ato legislativo aprovado, motivo pelo qual, por estar diretamente relacionado com a presente tese, será visto com mais detalhe.

Como já visto, a Constituição da República faz menção ao decoro parlamentar no art. 55, atribuindo uma consequência a ele, qual seja, a perda do mandato no caso de procedimento do legislador incompatível com esse decoro (inciso II do art. 55). No §1º desse artigo, está a conceituação de violação do decoro parlamentar como, além dos casos previstos no regimento interno, o “abuso das prerrogativas asseguradas ao membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”.

Além da própria previsão constitucional de recebimento de vantagens indevidas como forma de caracterizar a infringência ao decoro parlamentar, pode ser citado o inciso IV, do art. 4º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados:

“IV – fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação”.

Claramente uma compra de votos em um projeto de lei se encaixa nos conceitos de incompatibilidade com o decoro parlamentar abordado. A questão é analisar qual a consequência disso. Expressamente, a Constituição traz apenas a perda do mandato, mas há entendimento que possa gerar outras consequências, como a inconstitucionalidade da lei aprovada com violação do decoro parlamentar:

[...] a inconstitucionalidade por ação pode-se dar: a) do ponto de vista formal; b) do ponto de vista material; c) e, em 2005, lançamos a ideia de uma terceira forma em razão dos escândalos de suposto “mensalão” e “mensalinho” para votar em um sentido ou em outro, “batizada” de “vício de decoro parlamentar”.

[...]

O grande questionamento que se faz, contudo, é se, uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das emendas constitucionais, ou mesmo de **atos normativos** em geral, a ensejar o reconhecimento de inconstitucionalidades.

Entendemos que sim, e, no caso, trata-se de vício de decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 55, § 1.º, CF/88, “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”.¹⁸⁸

A ideia apresentada traz uma terceira espécie de inconstitucionalidade, além da inconstitucionalidade formal e da inconstitucionalidade material, acrescentando-a como violação do decoro parlamentar, quando o ato de um legislador for fruto de uma vantagem indevida, por exemplo.

O próprio criador da ideia aludida traz um argumento que pode ir contra ela. Quando ele afirma que “a grande dificuldade será, reconhecido o esquema de corrupção, provar se, no momento da votação, o Parlamentar foi movido pelo recebimento do dinheiro ou da vantagem ilícitos”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ LENZA, Pedro. O mensalão e o vício de Decoro Parlamentar. **Jornal Carta Forense**. 1 nov. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-mensalao-e-o-vicio-de-decoro-parlamentar/9081>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹⁸⁹ LENZA, Pedro. O mensalão e o vício de Decoro Parlamentar. **Jornal Carta Forense**. 01 nov. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-mensalao-e-o-vicio-de-decoro-parlamentar/9081>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Ora, é impossível saber os motivos ensejadores do voto do parlamentar, por mais que ele tenha recebido contrapartida financeira para votar um projeto de lei (e ainda que isso fique judicialmente provado), não pode ser afirmado que ele não votaria favorável ao projeto caso não recebesse nada. Além disso, ele pode realmente entender que a lei vai ao encontro do interesse público.

Em julgado que será visto mais à frente sobre renúncia de parlamentar com foro por prerrogativa de função, o Ministro Gilmar Mendes, com certa ironia, ressaltou a dificuldade em se analisar o elemento “vontade”:

Eu teria muita vontade de ter segurança jurídica nesta discussão de psicologia ou psiquiatria jurídica, mas tenho enorme dificuldade: qual é vontade que se manifestou aqui? Qual a vontade que se manifestou acolá?¹⁹⁰.

Houve um magistrado mineiro, Senhor Geraldo Claret de Andrade, que aplicou a ideia acima de inconstitucionalidade decorrente de compra de votos legislativos por violação do decoro parlamentar e declarou inconstitucional, em um caso concreto, a Emenda Constitucional 41/2003 por ter sido fruto do período do “mensalão”, conforme reconhecido na Ação Penal 470/MG (na época dessa decisão, ainda não havia sequer transitado em julgado), fazendo menção, inclusive, à teoria dos frutos da árvore envenenada:

A inconstitucionalidade advinda do vício de decoro resulta diretamente da mácula que teria envolvido o voto que constitui, em suma, o sagrado valor de representação popular conferida pelo povo que se faz assim representar pelo parlamentar corrompido, ferindo o que consta do artigo 1º, inciso I da Constituição Federal, que estabelece como pilar do Estado Democrático de Direito a soberania popular, neste caso, violada dramaticamente pela venda de votos no parlamento que a representaria.

Advirta-se que a inobservância dos esquemas rituais rigidamente impostos pela Carta Magna da República gera a invalidade formal dos atos legislativos editados pelo Poder Legislativo e permite que sobre essa eminente atividade jurídica do parlamento possa instaurar-se o controle jurisdicional.

[...]

No Direito Penal, é da jurisprudência o uso da teoria dos “frutos da árvore envenenada”, ou “fruits of the poisonous tree”, para refugar provas que advenham de métodos ilícitos em sua coleta. Ou seja, o que deriva do ilícito, também o é. Tal tese é recepcionada fartamente pela jurisprudência brasileira, e nada obsta que, subsidiariamente e complementarmente, tal teoria seja utilizada para, no caso em julgamento, seja declarado que a EC41/2003 é fruto da árvore envenenada pela corrupção da livre vontade dos

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **AP 333/PB**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/12/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

parlamentares, ferindo a soberania popular, em troca de dinheiro. Feitas as devidas considerações, manifesto é o direito da autora em receber integralmente a pensão por morte, não devendo prevalecer os ditames insertos na Emenda Constitucional 41 de 2003, eis que a mesma é declarada, no caso concreto, em exercício do controle difuso da constitucionalidade, inconstitucional, assim como todas as normas que alterem os direitos adquiridos em investidura de cargos públicos, alcançados as condições e termos existentes na época da investidura¹⁹¹.

A sentença citada sofreu reforma pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Em relação ao argumento específico da inconstitucionalidade, trouxe fundamentação de que:

[...] o fato de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal nº. 470/MG, ter condenado Parlamentares em razão do apurado esquema de compra de votos no Congresso Nacional, por si só, não é suficiente a respaldar a conclusão de que a EC 41/03 é inconstitucional. Isso porque do julgado proferido pela Suprema Corte não se pode inferir o liame absoluto entre a conduta criminosa declarada e a aprovação da mencionada Emenda Constitucional, cujo feito sequer transitou em julgado. É dizer, inexistente fundamento fático ou jurídico que autorize reconhecer que a alteração constitucional se fez vigente em razão tão só do estabelecimento de meios de captação de apoio político junto ao Congresso Nacional, mormente a se considerar que houve condenação de pequeno número de Parlamentares, de maneira que não há justificativa bastante para, desse fato, declarar que o processo de aprovação da Emenda foi conspurcado, restando incólume a debatida Emenda Constitucional¹⁹².

Fazendo fortes críticas ao entendimento da sentença reformada, Lenio Streck menciona alguns argumentos. Inicialmente, pontua que, caso realmente se estivesse diante de inconstitucionalidade, seria um vício de forma, pois, decorrente da origem da norma (decorrente de defeito na atividade dos parlamentares), não há que se falar dessa “nova” espécie de inconstitucionalidade. Observa, também, a impossibilidade de se saber, de forma objetiva, quem votou de certa maneira por ter sido “comprado” e que a validade da lei não depende de uma vontade dos legisladores (a vontade pertinente é a que está presente nos relatórios das comissões responsáveis, não a que está no íntimo do legislador).¹⁹³

¹⁹¹ MINAS GERAIS. 1ª Vara da Fazenda e Autarquias de Belo Horizonte/MG. 2012. **Sentença no Mandado de Segurança n. 0024.12.129.593-5**. DJ 03/10/2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-mensalao-reforma-previdencia.pdf/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

¹⁹² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2013. **Apelação Cível 1.0024.12.129593-5/001**. 6ª Câmara Cível. Relator: Desª. Sandra Fonseca. DJ 18/06/2013. Disponível em: <http://tjmg.jus.br/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. E o juiz mineiro “azdakiou” ou “Eis aí o sintoma da crise”. **Consultor Jurídico**. 01 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-01/senso-incomum-juiz-mineiro-azdakiou-ou-eis-ai-sintoma-crise>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Indo ao encontro dessa ideia, Hans Kelsen já tinha se posicionado sobre ser irrelevante perquirir os motivos que fizeram com que o representante do povo votasse contra ou a favor um projeto de lei: “Votar a favor de um projeto de lei não implica, em absoluto, querer efetivamente o conteúdo do estatuto”¹⁹⁴.

Há, ainda, um importante argumento ressaltado por Lenio Streck. A permanecer essa tese, todos os atos legislativos oriundos do período englobado pelo “mensalão” deveriam ser anulados. Inclusive o próprio julgamento da Ação Penal 470/MG, pois nela participaram Ministros do Supremo Tribunal Federal que foram nomeados nesse período¹⁹⁵, tendo sido indicados, então, pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

Para que a ideia de que a violação do decoro parlamentar possa acarretar a inconstitucionalidade judicial de uma lei, deve ser superada a ideia defendida no capítulo 2 de que a Constituição da República atribui apenas ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados analisar tal violação.

Existe argumentação de que isso seria superado pela inafastabilidade da jurisdição prevista no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição da República:

Ainda que a Constituição utilize a expressão decoro parlamentar para designar um parâmetro de controle interno do Parlamento face às condutas de seus membros, vigora no Estado Democrático de Direito brasileiro o princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme preconiza o art. 5º, inciso XXXV da CRFB.

Portanto, comprovado que a norma foi elaborada por meio de processo legislativo viciado, em que se verificou o abuso das prerrogativas dos parlamentares, que negociaram apoio político em troca do recebimento de vantagens indevidas, não pode a questão ficar imune ao controle jurisdicional.¹⁹⁶

Ora, o fato de a jurisdição não poder ser afastada não significa que possam ser usurpadas competências exclusivas do Poder Legislativo. Pensamos que deva ser

¹⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 47.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. E o juiz mineiro “azdakiou” ou “Eis aí o sintoma da crise”. **Consultor Jurídico**. 01 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-01/senso-incomum-juiz-mineiro-azdakiou-ou-eis-ai-sintoma-crise>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹⁹⁶ WALTER, Andréa Geraldês Cabral. **A admissibilidade do vício de decoro parlamentar no controle de constitucionalidade brasileiro**. Brasília: Kiron, 2014.

feita esta crítica ao posicionamento apresentado. Tanto é assim que a autora citada procura se valer de outros paradigmas para fundamentar a inconstitucionalidade da lei em razão de compra de votos legislativos, como: moralidade, democracia representativa, soberania popular e devido processo legal. Com efeito, ressalta que cada um deles já seria possível de, individualmente, acarretar a inconstitucionalidade¹⁹⁷.

O objeto dessa tese é a análise sob à óptica da democracia representativa, que, invariavelmente, possui relação com todos os outros princípios ressaltados.

Ainda com base nesta autora, cabe pontuar sua utilização do princípio da moralidade e de ideias de Habermas para defender a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 41/2003 produzida no período do mensalão, pontuando que:

As normas produzidas em um sistema de democracia indireta apenas serão legítimas se forem oriundas de uma efetiva representação dos parlamentares em relação aos anseios do povo.

No caso em exame, a norma promulgada não foi fruto debates, apenas ratificou-se um posicionamento prévio do Poder Executivo, mediante favorecimento pessoal dos congressistas.

Na democracia representativa, a explicação de um processo de tomada de decisão pública deve sempre ter por base uma visão de interesse público moralmente sustentável, que advirá da racionalidade comunicativa e procedimental idealizada por Habermas, que, além de legitimidade, trará confiabilidade ao ato normativo editado.¹⁹⁸

Importa frisar que, por mais que haja o debate, ao final, pode haver desvio de finalidade quando da votação, isso foi exposto no primeiro capítulo. O debate não é uma garantia de que os parlamentares, quando da votação, seguirão o que foi discutido, até porque o debate não é vinculante, sob pena de tornar irrelevante uma futura votação legislativa.

Já quanto ao princípio da moralidade, confrontamos com o capítulo 2 no sentido de que a moral deve estar positivada, isso foi feito no caso de “suborno” de magistrado,

¹⁹⁷ WALTER, Andréa Galdes Cabral. **A admissibilidade do vício de decoro parlamentar no controle de constitucionalidade brasileiro**. Brasília: Kiron, 2014.

¹⁹⁸ WALTER, Andréa Galdes Cabral. **A admissibilidade do vício de decoro parlamentar no controle de constitucionalidade brasileiro**. Brasília: Kiron, 2014.

por exemplo. O Código de Processo Civil prevê, no inciso I, do art. 966, que decisão de mérito transitada em julgada pode ser rescindida se tiver como origem corrupção do magistrado.

Além disso, devemos lembrar que o mandato não é vinculado, mas livre, sendo que, em uma representação, deve ser aceito que condutas como essa possam ocorrer, o que não se deve admitir é que a lei venha a violar preceitos constitucionais, em especial os direitos e as garantias fundamentais: “O representante [...] pode deixar-se corromper e contrariá-la em troca de vantagens pessoais. É ela, porém, real e tem de ser aferida se se quiser avaliar corretamente a significação prática da representação”¹⁹⁹.

Um derradeiro argumento contrário à inconstitucionalidade da lei em razão de violação do decoro parlamentar está no fato de que, caso uma norma seja declarada inconstitucional por desvio de finalidade legislativo, e, posteriormente, constata-se que ela não foi fruto de desvio ou vai ao encontro do interesse público (ou passa a ir em momento futuro), ela não poderá retornar ao ordenamento jurídico sem que o Poder Legislativo a reelabore, pois, no entender de Handel Martins Dias e Mauricio Martins Reis:

[...] é temerária a tese segundo a qual as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal podem ser alvo de nova interpretação futura a ponto de consagrarem o efeito de “ressuscitar” uma norma jurídica tida por inconstitucional. Em se apegando ao veredicto de timbrar a própria norma jurídica com a mácula de contrária à Constituição, a decisão que declara essa incisiva afronta apenas poderá ser colocada em debate mais uma vez quando o teor normativo regressar à ordem jurídica pela via democrática do Parlamento sob uma nova redação legislativa²⁰⁰.

Diferente de uma inconstitucionalidade material e formal, em que basta analisar se a norma impugnada vai de encontro a algum comando da Constituição, a suposta

¹⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 105.

²⁰⁰ DIAS, Handel Martins; REIS, Mauricio Martins. Da especificidade normativa do decreto de inconstitucionalidade na fiscalização abstrata procedida pelo supremo tribunal federal. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia; DIAS, Handel Martins; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. (orgs.). **Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional: justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. 368 p. v. 4. p. 134. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Anais-do-IV-Congresso-Mundial-de-Justica-Constitucional-v.4.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

inconstitucionalidade por violação do decoro parlamentar exige uma análise probatória dos motivos que levaram o legislador a votar de determinada forma.

Pode-se constatar, posteriormente, que não houve tal vício na votação legislativa, ou mesmo que a lei possui grande importância para coletividade, nessas situações, caso uma ADI já tenha declarada a norma inconstitucional, irrelevante a constatação posterior, pois, como já mostrado, uma vez que a norma seja considerada inconstitucional por uma ação abstrata, apenas um novo processo legislativo poderá restaurá-la.

Lembrando que caso a ADI tenha se baseado em alguma ação penal condenando um parlamentar por compra de votos, em tese pode haver a modificação desta por meio de uma revisão penal, retirando os efeitos da sentença, porém a ADI julgada procedente com base nesta ação penal ocasiona a perda da validade da lei de modo definitivo.

Não se nega que o legislador pode violar o decoro parlamentar com recepção de vantagens indevidas sem configuração de crime de corrupção, mas, quando for para recebimento de pecúnia para aprovação de norma legislativa, difícil argumentar uma não caracterização daquele tipo penal:

A percepção de vantagem mencionada pela Constituição Federal, no contexto da quebra de decoro parlamentar, não pode ser confundida com o cometimento de crime de corrupção passiva, pois os critérios para a configuração do crime, inclusive a exigência probatória para a condenação, são muito mais rigorosos do que os parâmetros para a aferição da quebra de decoro. Assim, por exemplo, o parlamentar que retenha em proveito próprio verbas que seriam devidas para o pagamento de sua assessoria poderia ter contra si instaurado o procedimento disciplinar na respectiva Comissão de Ética, sem que por isso se possa cogitar da existência de crime de corrupção.²⁰¹

No que pese as críticas expostas, a Ministra Carmen Lúcia, relatora da ADI 4889/DF²⁰², acolheu, em sede de fundamentação, a possibilidade de

²⁰¹ LISOWSKI, Telma Rocha. **Mandato parlamentar e crise de representatividade**: instrumentos de perda e reforma do sistema. Curitiba: Juruá, 2018. p. 106.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. **ADI 4889/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carmen Lúcia. Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

inconstitucionalidade por violação do decoro parlamentar, porém julgou improcedente a Ação por considerar que o número de parlamentares, comprovadamente “comprados”, deve ser suficiente para influenciar na aprovação da norma impugnada (no caso a EC 41/2003). Essa foi a razão da inserção do posicionamento do Supremo Tribunal Federal neste capítulo. No item seguinte, será mostrado detalhadamente tal julgado.

Apesar de a relatora mencionada ter sido acompanhada pelos demais Ministros, não é possível falar que todos concordaram com a fundamentação de que compra de votos legislativos acarrete a inconstitucionalidade da lei (embora estiveram de acordo com a conclusão do julgado, até porque ele foi pela constitucionalidade da Emenda Constitucional objeto da ADI), pois há Ministros deste órgão jurisdicional que expressamente não possuem tal entendimento. Tema do próximo tópico.

Antes, porém, de expor o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, há de ressaltar que há entendimento de outra terceira espécie de inconstitucionalidade, que não seja a de violação do decoro parlamentar. Roberto Dias e Lucas de Laurenttis fizeram um estudo dessa modalidade oriunda de uma nova ciência, a legística:

O caráter pragmático dessa ciência reside no estudo do processo de feitura e aplicação da lei e na análise de seus efeitos.

[...]

Surge então um novo campo de pesquisa e avaliação de possíveis efeitos e vícios do processo de concepção e aplicação das leis, que podem contaminar sua validade jurídica.²⁰³

Esses autores trazem a sugestão de implementar um estudo de impacto legislativo a fim de averiguar todas as consequências da lei, seja de ordem financeira, política ou social. Providências como estas podem vir a reduzir o desvio de finalidade legislativo na medida em que dificultam ao parlamentar simular um fim, porém buscar outro. Além disso, o controle sobre os atos legislativos ficaria mais fácil de ser realizado.

²⁰³ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. p. 170. Acesso em: 11 nov. 2020.

Um ponto muito criticado por eles é a inserção de matérias em projetos de lei que fogem ao tema principal destes²⁰⁴. Essa crítica é pertinente, pois uma das formas de exercer um desvio de finalidade seria acrescentando matérias legislativas estranhas ao projeto de lei, a fim de que passe “despercebido”.

Realmente há uma vedação no inciso II do art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998 de que “II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. Porém aqueles autores pontuam que há dois argumentos para não se falar em invalidade nesses casos (embora eles defendam que acarrete uma presunção de inconstitucionalidade – conforme será visto): a) inexistência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária e; b) a própria redação do art. 18 daquela Lei Complementar que declara o seguinte: “Art. 18. Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”²⁰⁵.

Eles trazem, então, uma terceira espécie de inconstitucionalidade, além da formal e da material, qual seja, a de legística. Citam, como exemplo, a Lei 12.462/2011 que trata de temas que não possuem relação lógica entre eles, embora sejam materialmente constitucionais. Fundamentam que, nesse caso, não estaria presente uma violação constitucional formal ou material. Na situação concreta, a inconstitucionalidade estaria na “promiscuidade de temas e objetos, todos tratadas em uma única lei, que está longe de ser um Código”²⁰⁶.

Nosso trabalho é contrário ao controle judicial do desvio de finalidade legislativo, mas caso o entendimento fosse favorável a esse exame, a ideia dessa terceira espécie de inconstitucionalidade baseada na legística (ao invés de estar apoiada na violação do

²⁰⁴ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de informação legislativa**: RIL, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. p. 173. Acesso em: 11 nov. 2020.

²⁰⁵ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de informação legislativa**: RIL, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. p. 174. Acesso em: 11 nov. 2020.

²⁰⁶ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de informação legislativa**: RIL, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. p. 177. Acesso em: 11 nov. 2020.

decoro parlamentar) seria mais sustentável, isso porque o decoro parlamentar incide sobre o legislador, já a legística sobre a lei (desde sua criação até sua aplicação), sendo que, no caso de desvio de finalidade, a inconstitucionalidade estaria em sua criação, embora formal e materialmente válida.

A Lei 12.462/2011 sofreu uma Ação Direta de Constitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, mas aqueles autores rebatem os argumentos da Procuradoria-Geral, ressaltando que o que deveria ter sido alegado era que houve “uma nova modalidade de vício de inconstitucionalidade: o vício legístico. Tal imperfeição normativa está ligada à composição global da lei [...]”²⁰⁷

Pondera, ainda, que isso violaria a segurança jurídica (o que dá margem a uma possível alegação de inconstitucionalidade material). Nesses casos, haverá uma presunção de inconstitucionalidade que poderia ser afastada, em sede de defesa, pelo Poder Legislativo ou outro responsável²⁰⁸.

Feitas essas considerações sobre uma terceira espécie de inconstitucionalidade (seja por quebra de decoro parlamentar ou por vício legístico), analisa-se a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DO DESVIO DE FINALIDADE E O DECORO PARLAMENTAR

Nesta parte deste estudo, serão mostrados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal em que, apesar de se mencionar “desvio de poder legislativo”, trata-se, em verdade, de exame relativo à constitucionalidade da norma (em especial no que toca à proporcionalidade).

²⁰⁷ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de informação legislativa**: RIL, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. p. 183. Acesso em: 11 nov. 2020.

²⁰⁸ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de informação legislativa**: RIL, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. p. 184. Acesso em: 11 nov. 2020.

Porém, no estudo das ADI's nº 4885/DF e 4889/DF, perceber-se-á que ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram que compra de votos pode levar à inconstitucionalidade da norma quando em número suficiente para sua aprovação (ainda assim, houve ministros que argumentaram que compra de votos não ocasiona, necessariamente, a inconstitucionalidade da norma).

No julgamento da Medida Cautelar em ADI nº 2667/DF, o Ministro Celso de Melo, acompanhado pelo Tribunal Pleno, observou que:

[...] dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal²⁰⁹.

O importante é entender em qual contexto que o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o desvio de finalidade nesse caso, isso porque, no julgado acima, este órgão judicial estava se manifestando exatamente sobre a razoabilidade de uma lei, tanto é assim que mais à frente ele usou o termo “excesso de poder” em vez de “desvio”:

[...] conclui-se, portanto, que, exteriorizando, a norma legal, conteúdo tishado pelo vício da irrazoabilidade, vem, o legislador, em tal anômala situação, a incidir em causa configuradora de excesso de poder, o que compromete a própria função jurídico-constitucional dessa espécie normativa²¹⁰.

A fim de deixar claro que o Supremo Tribunal Federal fez, em verdade, um juízo de constitucionalidade material (relativo à razoabilidade) da lei (usando termos como “desvio de poder legislativo”) vale mencionar o caso concreto.

Por meio da ADI 2667/DF, foi impugnada a Lei nº 2.921/2012 do Distrito Federal que possuía a seguinte redação:

Art. 1º Os estabelecimentos de ensino expedirão o respectivo certificado de conclusão do curso e o histórico escolar aos alunos da terceira série do

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002. **ADI 2667 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Melo. DJ 19/06/2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002. **ADI 2667 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Melo. DJ 19/06/2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior.

§1º A expedição do diploma independe do número de aulas frequentadas pelo aluno.

§2º A expedição dos documentos de que trata o caput deverá ser providenciada em tempo hábil, de modo que o aluno possa matricular-se no curso superior para o qual foi habilitado.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrários.

Os motivos que levaram o Ministro Celso de Mello, em sede cautelar, acompanhado pelo plenário, a entender pela inconstitucionalidade da lei foram:

- a) Violação do inciso IX, do artigo 24 da Constituição da República, haja vista a existência de norma geral da União sobre a matéria tratada na lei impugnada, o que pode acarretar situações de violação do princípio da isonomia com relação a outros estados da federação;
- b) Falta de razoabilidade na dispensa de carga horária para emissão de diploma, no caso de o aluno ter sido aprovado em vestibular para ingresso em curso de nível superior²¹¹.

Nota-se, então, que, por mais que tenha sido usada a expressão “desvio de poder ao plano das atividades legislativas”, houve um julgamento de constitucionalidade formal da lei por violar a competência legislativa da União para legislar sobre a matéria (e, conseqüentemente, violando o princípio da isonomia em relação aos estados que seguem a Lei Federal sobre o ensino) e de constitucionalidade material por contrariedade ao princípio da razoabilidade (pois não seria lógica a falta de cumprimento de carga horária para angariar o diploma de ensino médio, caso haja a mera aprovação em vestibular).

Pode-se falar em análise pelo Supremo Tribunal Federal de desvio de finalidade legislativo no caso de compra de votos para parlamentares aprovarem uma lei, já que há decisão em que a Suprema Corte confirmou que houve contrapartida financeira para legisladores votarem favorável a determinadas normas (inclusive com condenação penal). Objeto de exame a seguir.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002. **ADI 2667 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 19/06/2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

3.3.1 Ação Penal 470/MG

Houve algumas manifestações em votos sobre o assunto na Ação Penal 470/MG²¹², porém esse não era o mérito do processo, motivo pelo qual não houve julgamento sobre a validade de normas, como a Emenda Constitucional 41/2003, decorrente das compras de votos comprovadas nesta ação, conforme noticiado à época:

Validade das leis pós-mensalão

Ao final do voto de Marco Aurélio, o ministro Gilmar Mendes adiantou posição de que a compra de votos dos parlamentares não deve gerar a nulidade das leis aprovadas durante a época em que o mensalão estaria em prática.

Ao absolver Dirceu e Genoino, o ministro-revisor, Ricardo Lewandowski, havia afirmado que a posição da Corte de que houve compra de apoio político compromete as reformas tributária e previdenciária, propostas aprovadas, segundo a denúncia, com apoio de partidos que receberam dinheiro do PT.

O ministro-relator, Joaquim Barbosa, se manifestou no sentido de que a compra de apoio político não deve interferir, necessariamente, na validade das leis. "A aprovação ilícita não se transmite, não se comunica com o produto legislativo que eventualmente decorra, ainda que parcialmente, dessa motivação espúria."²¹³

No tocante ao que foi exposto, há entendimento de ministros do Supremo Tribunal Federal em ambos os sentidos, tanto pela nulidade quanto pela validade de leis aprovadas com compra de votos, na análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a serem abordadas a seguir, isso ficará mais claro.

3.3.2 ADI 4889/DF

Como aquele não era o mérito da Ação Penal 470/MG, houve uma Ação Direta de Inconstitucionalidade²¹⁴ contra a Emenda Constitucional 41/2003, uma vez que a Suprema Corte confirmou a existência de compra de votos no período em que foi aprovada essa alteração constitucional, tanto é assim que ocorreu condenação por corrupção de parlamentares para aprovarem leis.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2012. **AP 470/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 17/12/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²¹³ COSTA, Fabiano; OLIVEIRA, Mariana; PASSARINHO, Nathalia. Supremo condena José Dirceu por compra de votos no mensalão. **G1**. Brasília, 10 out. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/10/supremo-condena-jose-dirceu-por-compra-de-votos-no-mensalao.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2012. **ADI 4889/DF**. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

No processo, há algumas peças interessantes para o presente estudo, dentre elas o parecer do então Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel. Este concluiu pela invalidade de normas aprovadas com compra de votos de legisladores, mas afastou a inconstitucionalidade no caso concreto sob o fundamento de que o quantitativo efetivamente de condenados no Supremo Tribunal Federal não seria suficiente para não aprovar a emenda constitucional.

Os argumentos utilizados no parecer foram os seguintes:

- a) não há que se falar que vício no voto de parlamentar seja uma matéria interna *corporis*, que não possa ser questionada judicialmente, pois “é inadmissível que haja, no bojo do Estado Constitucional Democrático, questões imunes ao controle jurisdicional quando delas decorram ameaça ou lesão à direito (art. 5º, XXXV, CR);”²¹⁵
- b) A compra de votos pode vir a acarretar uma inconstitucionalidade formal à emenda constitucional aprovada, pois o “vício na formação da vontade no procedimento legislativo viola diretamente os princípios democrático e do devido processo legislativo”²¹⁶, sendo que tal parecer faz a observação de que “o devido processo legislativo não se esgota no respeito às diretrizes técnicas que disciplinam o rito mecânico do procedimento de formação das leis”²¹⁷.

Como já afirmado, o parecer foi pela constitucionalidade da emenda constitucional impugnada sob o fundamento de que o número de condenados em razão de compra de votos não seria suficiente para alterar a aprovação da Emenda.

Pois bem, a constitucionalidade formal por esse entendimento iria além da mera aprovação da lei pelo quórum necessário e, obedecendo à iniciativa competente, ela

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2013. **Parecer nº 10322-PGR-RF na ADI 4889/DF**. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2013. **Parecer nº 10322-PGR-RF na ADI 4889/DF**. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2013. **Parecer nº 10322-PGR-RF na ADI 4889/DF**. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2019.

deve entrar no próprio íntimo, na razão, de quem votou favorável ou contrário ao projeto.

Esse entendimento pode levar a situações preocupantes e questionamentos complexos:

- a) Como saber que aquele deputado não votaria a favor daquela matéria mesmo sem receber contrapartida financeira?
- b) E se um deputado votar favorável por erro (isso caracteriza vício na formação da vontade legislativa, na forma mencionada pelo parecer citado da Procuradoria-Geral da República)?
- c) E se houve compra de votos, mas, ainda assim, o projeto é inquestionavelmente constitucional de forma material, efetiva direitos sociais e vai ao encontro do interesse público (apesar da subjetividade desse termo)?
- d) E se não houve compra de votos, mas o deputado votou um projeto de lei (constitucional, que fique claro) visando apenas a fins pessoais (embora o projeto possa ter relevância pública)?

Constata-se, então, a complexidade do entendimento de inconstitucionalidade da lei aprovada com compra de votos (ou qualquer outro vício relativo à vontade do legislador). Não se aborda aqui situação em que sequer há vontade por parte do parlamentar. Ora, se alguém ameaça parlamentares ou familiares deste não haveria efetiva manifestação de vontade, hipótese em que o processo legislativo poderia ser questionado, além de estarmos em um caso de violência armada contra o próprio Estado Democrático de Direito.

No caso de parlamentares que simplesmente “votam errado”, o que, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral da República, seria um caso de inconstitucionalidade da lei aprovada (por ser um vício de formação da vontade). Cabe citar um caso divulgado pela mídia e confirmado pelo parlamentar (não está sendo ignorado o fato de este parecer fazer ressalva de ser necessário que o vício tenha, de fato, influenciado quantitativamente no resultado – o que ocorreu nessa situação específica).

Quando da reforma da previdência proposta no governo Fernando Henrique Cardoso, foi para votação, no plenário da Câmara, um ponto específico relativo à idade mínima para se aposentar. A ideia era estabelecer a idade mínima de 55 anos para mulheres e 60 para homens, houve 307 votos a favor, sendo que eram necessários 308. A questão é que ocorreu uma abstenção de um deputado governista, Antonio Kandir (PSDB-SP), que afirmou ter se equivocado na hora de apertar o botão, este chegou a pedir correção à mesa diretora da Câmara, mas não obteve êxito.²¹⁸

Esse seria um caso em que, aplicando o parecer da Procuradoria-Geral da República, a votação deveria ser declarada inconstitucional (não se pode falar que a emenda seria inconstitucional, pois o vício na votação levou exatamente a não aprovação da emenda). Pode-se argumentar que não há como provar que o deputado votou errado, apesar de ser estranho ele ter a intenção de votar contra a emenda por ser governista. Mas, da mesma forma, convém fundamentar, também, que não há como provar que um deputado que recebeu contrapartida financeira para votar favorável a um projeto de lei e que ele não votaria favorável ainda que não recebesse nada.

Entendemos aqui que, no caso de desvio finalidade legislativo, ao receber contrapartida financeira em troca de apoio político, não haveria vício na manifestação da vontade do representante eleito.

O que não ocorre no caso de “erro na votação”, hipótese na qual não há efetiva manifestação de vontade, não sendo, então, desvio de finalidade, mas, como possui relação com o presente estudo, algumas considerações merecem ser feitas sobre o equívoco ao votar. Como irá fugir ao objeto central deste item (posicionamento do Supremo Tribunal Federal), será examinado em um tópico à parte.

A ADI 4889/DF já teve seu julgamento de mérito realizado, porém houve apenas o voto da relatora Ministra Carmen Lúcia, acompanhada pelos demais Ministros. Não houve um efetivo debate dos julgadores sobre a matéria.

²¹⁸ JASPER, Fernando. Voto errado barrou a idade mínima para aposentadoria em 1998. **Gazeta do Povo**. 18 ago. 2016. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/voto-errado-barrou-a-idade-minima-para-aposentadoria-em-1998-2088t863g6q8cjavf7el81rh2/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Essa relatora, apesar de entender que compra de votos possa acarretar a inconstitucionalidade da norma em razão de violação do decoro parlamentar, entendeu que, no caso concreto, a norma seria constitucional, pois não foi constatado compra de votos suficientes para fazer diferença na aprovação²¹⁹.

Embora seja contrária ao controle judicial no caso de desvio de finalidade legislativo, Roberta Simões Nascimento pondera que, caso ele fosse possível, a análise da ministra relatora deveria ser mais minuciosa, visto que, apesar de ela fundamentar que o número de legisladores que foram condenados na Ação Penal 470/MG não seria suficiente para alterar o resultado da aprovação da emenda constitucional objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ela não avaliou que eles eram líderes de suas bancadas, o que influenciou a votação de um número bem maior de parlamentares:

Na AP n. 470, foram condenados: 1) Roberto Jefferson Monteiro Francisco PTB/RJ, 2) Valdemar Costa Neto PL/SP, 3) Pedro Henry Neto PP/MT, 4) Romeu Ferreira de Queiroz PTB/MG, 5) Carlos Alberto Rodrigues Pinto PL/RJ, 6) Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto PP/PE, e 7) José Rodrigues Borba PMDB/PR.

Na qualidade de líderes, somente os três primeiros dos condenados (da lista mencionada) garantiram 108 votos (como sabido, são necessários 308 votos, equivalente a 3/5 dos deputados). Caso tivessem sido anulados 108 dos 358 votos totais, a EC n. 41/2003 de fato não teria sido aprovada.

Porém, a ministra relatora preferiu não presumir que os parlamentares liderados pelos parlamentares condenados na AP n. 470 também tiveram suas vontades viciadas. Isso de forma tácita, já que a decisão sequer adentrou na dinâmica da liderança parlamentar²²⁰.

Considerando que o resultado foi a constitucionalidade da norma impugnada, pode ser explicada a razão de Ministros que entendem pela impossibilidade de que uma norma seja inconstitucional por compra de votos terem acompanhado a relatora na ADI 4889/DF (eles concordaram com a conclusão, mas não com a fundamentação).

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. **ADI 4889/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carmen Lúcia. Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

²²⁰ NASCIMENTO, Roberta Simões. Como se prova a inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar? Os problemas do julgamento das ADIs n. 4.887, 4.888 e 4.889. **JOTA**. 23 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/como-se-prova-a-inconstitucionalidade-por-vicio-de-decoro-parlamentar-23122020>. Acesso em: 28 dez. 2020.

A seguir, será mostrado o posicionamento mais minucioso de cada ministro, pois, em sede cautelar de outro processo – ADI 4885/DF – (com o mesmo objeto e fundamentação), eles detalharam seus entendimentos.

A questão é que como formalmente os ministros acompanharam o voto da relatora, sem fazer ressalvas quanto à fundamentação, foi como se eles tivessem anuído ao entendimento que compra de votos acarrete a inconstitucionalidade da lei quando em número suficiente para aprovação (por violação do decoro parlamentar), motivo pelo qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ficou nesta parte do nosso estudo.

Retornando ao conteúdo do voto da Ministra Carmem Lúcia, ela afirmou que: “A interferência ilícita na manifestação livre do parlamentar subverte o regime democrático e deliberativo adotado pela Constituição de 1988”²²¹. Aqui cabe contra argumentar no sentido de que o fato de o parlamentar ter deliberado em um processo legislativo em razão de compra de votos ou qualquer outro benefício direto ou indireto não retira o fato de sua manifestação ser “livre”.

A interpretação da ministra não deve ser equiparada a situações nas quais os deputados votam sem saber o conteúdo do projeto de lei. Uma mera entrevista com parlamentares sobre projetos de leis recém votados pode levar à constatação de que esse votar sem conhecimento sobre a matéria não é tão incomum, vindo o legislador, simplesmente, a seguir a orientação partidária.

Isso já havia sido constatado por Hans Kelsen, para quem o que importa não é conhecimento do parlamentar sobre o projeto de lei, mas se ele demonstrou “sim” ou “não” quando da votação:

Tudo o que a constituição requer é que votem a favor do projeto erguendo a mão ou dizendo “sim”. Isso eles podem fazer sem conhecer o conteúdo do projeto e sem fazer do conteúdo objeto de sua “vontade” – no sentido de um indivíduo querer que outro se comporte de certo modo quando ele comanda que o faça.²²²

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. **ADI 4889/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carmen Lúcia. Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

²²² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 48.

A “liberdade” no caso de desvio de finalidade está presente. Ela não é constatada em eventual caso de ameaça ao parlamentar, como sequestro de familiar, mas, nessa hipótese, já foi defendido, neste estudo, que, por ausência de manifestação de vontade, há razões para entender pela nulidade da lei aprovada ou da sessão legislativa (caso a lei não tenha sido aprovada).

Ainda contra argumentando esse posicionamento externado em sede de fundamentação pela Ministra Carmen Lúcia, pode ser citada a dificuldade de se conceituar “compra de votos”. Isso ocorre porque tanto votar em troca de benefícios diretos (como contrapartida financeira), como votar em razão de motivos que não sejam o conteúdo do projeto de lei (como em razão de liberação de emendas parlamentares) podem ser enquadrados na figura de desvio de finalidade legislativo, sendo que este último caso tende a ser mais tolerado e não discutido judicialmente.

Em seguida, será visto que, na ADI 4885/DF, em sede cautelar, vários ministros abordaram o tema e alguns manifestaram, expressamente, que compra de votos não acarretaria a inconstitucionalidade da lei ainda que em quantidade suficiente para aprovação. Ministros estes, como Edson Fachin, que, mesmo externando este posicionamento, acompanharam a relatora no presente voto.

Em outros termos, embora a Ministra Carmem Lúcia tenha sido acompanhada pelos demais julgadores do Supremo Tribunal Federal, isso não significa que todos concordem com sua fundamentação, mas sim com a conclusão, qual seja, a constitucionalidade da emenda constitucional impugnada no caso concreto.

3.3.3 ADI 4885 MC/DF

A ADI 4885/DF teve o mesmo fundamento da ADI 4889/DF, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003, neste caso, houve análise do mérito (profunda) em sede cautelar. Os paradigmas alegados como violados (em razão do constatado na Ação Penal 470/MG – compra de votos de parlamentares para aprovação de leis) foram os seguintes: a) art. 1º, parágrafo único (pois não teria ocorrido manifestação da vontade do povo); b) art. 60, §2º (violação do

rito constitucional de aprovação de emendas); c) art. 37, caput (no que toca ao princípio da moralidade); d) art. 5, LV, todos da Constituição da República²²³.

Esse julgado é o mais relevante para o tema abordado neste trabalho, pois, apesar de ser um julgamento em sede de cautelar, houve maior fundamentação por parte de cada ministro sobre o tema, de forma a averiguar o entendimento da maioria deles sobre o objeto deste estudo.

O Ministro Edson Fachin se manifestou contrário à possibilidade de o Poder Judiciário poder anular uma lei apenas sob o fundamento de ela ter sido aprovada com compra de votos. Para embasar seu pedido, ele utilizou trecho de voto do Ministro aposentado Joaquim Barbosa e do Ministro Gilmar Mendes na Ação Penal 470/MG:

Quanto à alegação sobre a compra de votos, deve-se rememorar que, quando do julgamento de propostas legislativas, o próprio Relator da ação penal 470 advertiu, em seu voto, o seguinte:

“(...) o fato de determinado grupo ter-se reunido e ter tido uma motivação ilícita, essa ilicitude, então, não se transmite e não se comunica, necessariamente, para o produto legislativo que, eventualmente, decorra, ainda que parcialmente, dessa motivação espúria”.

Também o e. Ministro Gilmar Mendes secundou o Relator destacando que:

“Eu sei que haverá oportunidade, mas, diante da gravidade da questão e do momento, eu não gostaria de deixar de, pelo menos, como *obiter dictum*, fazer essa referência e depois farei anotações mais alongadas sobre temática”²²⁴.

Como reforço argumentativo, ele cita o posicionamento do Procurador-Geral da República de que a emenda constitucional não deveria ser anulada, pois não foi comprovada compra de votos de parlamentares suficientes para mudar o resultado da votação.

Nota-se que ele utiliza apenas como reforço, haja vista que se vale das citações dos ministros – Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes – contrárias à invalidade da lei apenas pela justificativa de que houve compra de votos de legisladores.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em sua manifestação oral, fez algumas considerações que, em princípio, podem dar a impressão de que seria contra a inconstitucionalidade no caso de compra de votos, porém, quando do voto escrito, é possível perceber que seu entendimento é diverso. Assim, manifestou-se oralmente:

Contudo, aqui é impossível não lembrar a frase clássica e célebre de Otto von Bismarck: as leis são como salsichas, é melhor não ver exatamente como elas são feitas.

Portanto, há um processo político de negociação e de idas e vindas que fazem parte do jogo democrático. Logo, invalidar uma lei por este fundamento, a levar isso ao extremo, poderia produzir uma situação de absoluta anomia porque negociações, ainda mais nesse presidencialismo de coalizão que nós temos, ocorrem amiúde²²⁵.

Ora, a citação aludida é expressa no sentido de que não se deve invalidar uma lei em razão de “processo político de negociação e de idas e vindas” (embora não explique o que seja isso). Fato é que ele faz essas considerações exatamente quando da análise da inconstitucionalidade da emenda constitucional pela compra de votos.

Ato contínuo, no voto escrito, a conclusão do Ministro Barroso não é bem o que pareceu acima, pois ele se posicionou a favor da invalidade de lei aprovada por compra de votos em razão de uma violação ao princípio da moralidade na produção legislativa. Ele chegou a afirmar que não cabe ao Poder Judiciário analisar se a vontade do legislador na elaboração das leis se equipara a vontade do povo (este controle caberia somente a este último), mas há situações tão fortes de violação ao princípio da moralidade que justificaria uma intervenção do Judiciário (citando, como exemplo, a compra de votos). A função deste poder, nesse neste caso, seria defender a democracia representativa, pontua em seu voto.²²⁶ Porém, ele também entende pela improcedência da Ação de Inconstitucionalidade em razão da comprovação dos parlamentares que “venderam” seus votos não alterar o resultado da aprovação da emenda constitucional impugnada.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

A Ministra Rosa Weber também se posiciona pela invalidade de leis produzidas por compra de votos. Pontos importantes: ela equipara violência e ameaça ao suborno (foi defendida aqui uma necessidade de diferenciar ambos os casos), argumenta que seria algo antidemocrático, violando um direito fundamental ao devido processo legislativo (“direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado”²²⁷).

Esse voto tem que partir de uma premissa que obrigatoriamente a compra de votos vai de encontro ao rito de produção de leis previstos na Constituição.

Mas pelo mesmo motivo do Ministro Luís Roberto Barroso, também entende pela validade da emenda constitucional atacada.

O Ministro Gilmar Mendes já teve seu posicionamento sobre o tema exposto no voto do Ministro Edson Fachin, haja vista que este utilizou ideias daquele em uma manifestação em outro processo (Ação Penal 470/MG).

Neste caso específico, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhando o relator, se limitou a afirmar sobre o ponto que aqui nos interessa: “alega-se, por exemplo, a participação de pessoas que foram condenadas, ou coisa assim, na Ação Penal 470/MG, ou coisa do tipo. Isso não é um argumento sequer sério, então, não é o caso”²²⁸. Ele considerou tal argumentação tão sem embasamento jurídico que sequer se manifestou sobre ela sob a justificativa de não ser um “argumento sério”.

O Ministro Luiz Fux, apesar de votar pelo provimento do pedido cautelar feito na ADI, afastou expressamente que o motivo seria a compra de votos para aprovar a emenda constitucional: “foram muitos argumentos – inclusive um argumento que não pode ser

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

acolhido, que é o problema dos votos isolados de alguns parlamentares que estavam inseridos em uma ação penal que julgamos”²²⁹.

Os demais ministros (Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia) não abordaram tal fundamentação. O Ministro Celso de Mello não participou do julgamento.

Resume-se, assim, o Supremo Tribunal Federal considerou a ADI 4885/DF, em sede cautelar, sem fundamento jurídico. Dois ministros entenderam que compra de votos de legisladores não é capaz, por si só, de macular o processo legislativo (Edson Fachin e Gilmar Mendes). Outros dois ministros (Luís Roberto Barroso e Rosa Weber) fundamentaram que suborno de parlamentares é capaz de ocasionar inconstitucionalidade da norma, porém argumentaram que, no caso concreto, não haveria inconstitucionalidade, pois os legisladores que comprovadamente receberam contrapartida financeira não influenciaram o resultado da votação da emenda constitucional impugnada. O Ministro Luiz Fux, apesar de ressaltar que compra de votos de parlamentares não seria capaz de anular a emenda constitucional, não deixou claro se tal entendimento do voto foi em razão da pouca quantidade de parlamentares que comprovadamente receberam contrapartida financeira para votarem.

Essa divergência em fundamentação impede que se possa atribuir um posicionamento específico sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, porém a forma de decidir desse órgão permite tal empecilho. Em tal forma de decidir, cada ministro apresenta seu voto com sua respectiva fundamentação, sendo que apenas há uniformidade (referente à maioria e à minoria) no que toca ao dispositivo. Tal modelo de decisão é chamada de *seriatim*, pois, após os votos dos magistrados, o acórdão será a “soma destas opiniões, sem interação entre si, privilegiando-se a exposição da opinião de cada julgador, em detrimento do entendimento institucional sobre o tema”²³⁰.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

²³⁰ PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, nº 08, p. 205-226, maio/ago., 2017. p. 217.

Poder-se-ia apenas falar de uma posição padrão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, caso o modelo adotado fosse o *majoritarian practice*, pois, por meio deste, após ser atingida a maioria por um posicionamento, a corte estabelece a fundamentação institucional sobre a questão²³¹.

Na forma como é atualmente, temos essa dificuldade em se poder afirmar qual a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a consequência do desvio de finalidade legislativo quando a norma é proporcional. Conquanto os ministros, em sede cautelar, tenham afastado a inconstitucionalidade da emenda constitucional que teve compra de votos em sua aprovação, houve divergência entre os membros da Corte no que se refere à fundamentação.

3.3.4 MS 34071 MC/DF

O último julgado do Supremo Tribunal Federal que será mostrado é contra um ato político, não especificamente legislativo, trata-se do Mandado de Segurança 34.071/DF. O Ministro Gilmar Mendes, em sede cautelar, entendeu pela nulidade de ato político praticado pela então Presidente da República Dilma Rousseff (apesar de não ser um ato legislativo, cabe mencionar essa decisão por se tratar de um ato político).

Esta havia nomeado o ex-Presidente da República Luiz Ignácio Lula da Silva como Ministro de Estado. Diante disso, houve insurgências ao Supremo Tribunal Federal de vários partidos políticos, alegando que houve desvio de finalidade na nomeação, pois, segundo esses partidos, referida posse como Ministro de Estado ocorreu apenas com o fim de obtenção de foro privilegiado.

Naquela decisão cautelar em Mandado de Segurança, o Ministro Gilmar Mendes fez algumas considerações interessantes. Primeiro, ele menciona que o desvio de finalidade estaria presente quando, pela regra de competência, a autoridade que

²³¹ PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, nº 08, p. 205-226, maio/ago., 2017. p. 218.

realizou o ato teria poderes para isso, porém tal ato iria contra o “escopo constitucional”²³². A questão é que: “o que seria esse escopo constitucional?”. Além disso, volta-se ao que já foi problematizado antes: “e se houver desvio de finalidade, mas o escopo for atendido?”

O segundo ponto relevante desta decisão é a referência à dispensa de comprovação do elemento subjetivo para comprovar o desvio em análise:

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.²³³

Em suma, se o resultado do ato for contra a intenção constitucional, presume-se o desvio e isso basta, mas o elemento subjetivo pode corroborar, por isso, nessa decisão, o simples foro por prerrogativa de função para alguém respondendo processo em primeira instância levou à presunção de que houve desvio de finalidade (foi utilizado o elemento subjetivo – levantado por meio de escutas telefônicas – de maneira complementar)²³⁴. Essa presunção ocorre também quando alguém, com foro por prerrogativa de função, renuncia ao cargo às vésperas do acórdão de julgamento:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. **MS 34071 MC/DF**. Decisão Monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 19.03.2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. **MS 34071 MC/DF**. Decisão Monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 19.03.2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

²³⁴ Cabe ressaltar que, neste Mandado de Segurança, houve perda superveniente do objeto: Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração no mandado de segurança. 2. Ausência de omissão, de contradição, de obscuridade ou de erro material. 3. Recurso manifestamente protelatório. 4. Direito Administrativo e Constitucional. 5. Agentes políticos. Presidente da República. 6. Impugnação de nomeação para cargo de Ministro de Estado. 7. Posterior exoneração. 8. Pedido de apreciação dos desdobramentos do ato de nomeação. 9. Perda superveniente do objeto. Alegação de fatos novos que não influenciam o deslinde da causa. Descabimento em embargos de declaração. 10. Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. **MS 34071 ED-Agr-ED-ED/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Sessão Virtual de 20/03/2020 a 26/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. 1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. [...] ²³⁵

Este nem sempre foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Na Ação Penal 333-2/PB²³⁶, este órgão jurisdicional havia decidido pela modificação de sua competência quando o parlamentar renuncia à véspera do julgamento.

Esta decisão, à época, foi bem dividida. Os ministros favoráveis à permanência da competência do Supremo Tribunal Federal foram o Relator Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto e Cármen Lúcia. Já os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie entenderam de forma contrária.

Contextualizando, o então governador da Paraíba em 1993, Ronaldo Cunha Lima, cometeu uma tentativa de homicídio contra Tarcísio Buriti. Como ele era governador, a competência para seu julgamento era do Superior Tribunal de Justiça, conforme alínea “a”, inciso I, do art. 105 da Constituição da República. Quando do crime, era necessária autorização da Assembleia Legislativa para prosseguimento (algumas constituições estaduais possuíam tal previsão – atualmente o Supremo Tribunal Federal a considera inconstitucional)²³⁷, sendo que foi negada a autorização. Com o fim do mandato de governador, ele foi eleito senador e, posteriormente, deputado federal, remetendo, então, a competência para o Supremo Tribunal Federal na forma

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **AP 396/RO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carmen Lúcia. DJ 28.10.2010. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **AP 333/PB**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/12/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁷ “1. Não há fundamento normativo-constitucional expresso que faculte aos Estados possuírem em suas Constituições estaduais a exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento de Governador por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2017. **ADI 5540/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Edson Fachin. DJ 03/05/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>). Acesso em: 17 dez. 2020).

da alínea “b”, inciso I, do art. 102 da Constituição da República. Em 2007, quando esse órgão estava prestes a realizar o julgamento, houve a renúncia ao cargo de deputado federal por parte do réu, sendo o processo encaminhado para primeira instância. A vítima morreu em 2003 e o réu morreu em 2012 sem ser julgado²³⁸.

Na AP 333/PB, os ministros contrários à mudança da competência com a renúncia argumentaram, em síntese, a presença de abuso de poder do parlamentar que, por um ato unilateral (a renúncia), consegue modificar a competência originária para seu julgamento, no caso o Supremo Tribunal Federal, após o processo ficar anos sendo instruído para julgamento. Já os demais ministros fundamentaram que a competência deste órgão seria aquela estritamente apresentada na Constituição, não permitindo alargamento, além disso, não se poderia presumir o abuso de poder. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: “não se pode presumir o abuso de poder ou mesmo a fraude processual pelo simples fato da renúncia, que, aliás, ocorreu – diga-se –, claro, depois de iniciado o processo, mas antes de iniciado o julgamento”²³⁹.

Fato é que o entendimento atual do Supremo Tribunal é de que a renúncia às vésperas do julgamento não desloca a competência para o julgamento.

A título de curiosidade, pois não é o foco deste trabalho, cabe mostrar defesa pela inelegibilidade de candidatos que respondam a ações penais (com fundamento na vida pregressa), isso evitaria situações como esta, em que o crime ocorreu em 1993, vindo haver mudança de foro para julgamento em razão dos cargos ocupados, acarretando o falecimento do réu em 2012 sem julgamento de seu processo. Porém este não é o objeto de estudo deste trabalho, sendo que o mencionado neste parágrafo envolve outras questões, como presunção de inocência:

Um caso emblemático, que confirma a ponderação do Senador Pedro Simon de que processo envolvendo detentores do poder não é para ter conclusão, refere-se à tentativa de homicídio praticada em 1993, por parte de Ronaldo Cunha Lima, então Governador da Paraíba, contra Tarcísio Buriti. Na iminência de ser julgado pelo STF, em 2007, o acusado renunciou o mandato de deputado federal, sendo por isso o seu processo encaminhado para a primeira instância. Em 08 de julho de 2003, morreu a vítima. Em 07 de julho

²³⁸ PINTO, Djalma. **Infratores no poder**: como impedir o acesso de delinquentes na representação popular. Fortaleza: [s.n.], 2016.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **AP 333/PB**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/12/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

de 2012, morreu o réu sem julgamento algum; ou seja, a sua elegibilidade foi sempre preservada, como se ele nada de grave tivesse praticado. Isso só confirma o equívoco em afastar a efetividade da Constituição, que exige exame da vida pregressa de qualquer candidato, invocando-se, para tanto, situação vivenciada no período ditatorial e já superado em que não se assegurava direito à ampla defesa aos acusados²⁴⁰.

Pois bem, caso se aplique a mesma lógica ao desvio de finalidade legislativo o que está se fazendo, na prática, é mero juízo de constitucionalidade sobre a norma. Ora, caso seja considerado que houve desvio de finalidade da lei porque ela contrariou algum princípio constitucional, então, em verdade, foi feito um juízo de constitucionalidade da norma; isso não permite afirmar que o mero desvio de finalidade pode levar à nulidade da lei, até porque, como já ressaltado algumas vezes, a norma pode ter sido produzida com desvio de finalidade por parte de alguns legisladores e, ainda assim, atender o denominado escopo constitucional.

Dos julgados expostos, o que possui mais relação com o presente trabalho é o que impugnou emenda constitucional com base na Ação Penal 470/MG, visto que ele trata do desvio de finalidade legislativo independente da constitucionalidade (proporcionalidade) da norma aprovada.

3.4 O ERRO DO LEGISLADOR AO EXTERNAR SUA VONTADE

Já foi mostrado, neste trabalho, que, na hipótese de o legislador votar em um determinado sentido em razão de ameaça a algum membro de sua família não é um caso de desvio de finalidade, pois não há efetiva manifestação de vontade (havendo raciocínio pela aplicação do Código Civil que traz o vício de coação no art. 151).

Assim, como não há vontade, fica possível uma discussão sobre a invalidade da sessão legislativa em que se realizou a votação, ou mesmo da lei (caso esta tenha sido aprovada):

[...] quanto ao surgimento da lei, não poderá ter havido total falta de vontade na votação, como na remota hipótese de coação absoluta dos parlamentares ou na troca de votos no painel eletrônico. Esses casos ensejam o vício de

²⁴⁰ PINTO, Djalma. **Infratores no poder**: como impedir o acesso de delinquentes na representação popular. Fortaleza: [s.n.], 2016.

inexistência, por falta de um dos seus pressupostos elementares, a vontade (sua manifestação).²⁴¹

No caso do legislador que “vota errado”, também não há uma manifestação de vontade, razão pela qual não é caso de desvio de finalidade, sendo passível questionar o resultado do processo legislativo.

Percebe-se que, no caso de votar sem ter conhecimento do projeto, há uma manifestação de vontade de pelo menos decidir mesmo sem ter ciência ou domínio sobre o conteúdo do projeto de lei, o que é “comum”, como já citado por Hans Kelsen.²⁴²

O mesmo ocorre no caso de votar para atender interesses privados, seja porque a lei é boa para ele ou porque recebeu contrapartida financeira para votar nesse sentido. Nessas situações, há o elemento volitivo. A hipótese é diversa de votar contrário ao que efetivamente queria decidir.

Se, para o caso de ameaça foi utilizado um outro ramo do direito, qual seja, o Direito Civil, para o caso de legislador que se equivoca na hora de realizar a votação, é possível a utilização do Processo Civil. Explica-se.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a figura do erro material como uma das hipóteses possíveis de cabimento de embargos de declaração no inciso III do artigo 1.022, sendo que Handel Martins Dias menciona um conceito de erro material para o magistrado que pode ser enquadrado, também, para o erro do legislador que está sendo analisado aqui: “O erro material judicial consiste em um desacerto manifesto do juiz que, por distração, involuntariamente se pronuncia no processo de forma dissonante à sua própria convicção.”²⁴³

²⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

²⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 48.

²⁴³ DIAS, Handel Martins. Cabimento dos embargos de declaração para a correção de erro material do juiz: oportunidade para se rediscutir a natureza jurídica do pedido aclaratório. **Revista de Processo**, vol. 306. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. Ago/2020. p. 225-244.

Quando um parlamentar efetua seu voto de forma errônea é exatamente isso que ocorre, ele tem uma convicção por um determinado entendimento legislativo, mas a exteriorização de sua vontade vai de encontro com o que ele pensa.

Tamãha é a importância que o Processo Civil atribui a necessidade de se evitar a presença de erro material, que, além dos embargos de declaração, a parte também pode alegar isso por meio de mera petição, conforme inciso I do art. 494 do Código de Processo Civil.

Tanto é assim que Handel Martins Dias critica o erro material como hipótese de cabimento dos embargos de declaração, pois há uma ausência de interesse recursal (em relação à necessidade de recurso), já que pode ser utilizada uma mera petição²⁴⁴.

Isso reforça como o erro material deve ser afastado do processo e aqui nos referimos a qualquer processo (seja judicial, administrativo ou legislativo). No caso de “votar errado”, como é um erro de votação e não um desvio de finalidade, não houve real manifestação de vontade (seja para atender fins coletivos ou privados), situação na qual se pode discutir algumas medidas, não a nulidade da lei, mas a repetição da sessão legislativa com a consequente validade desta, enquanto a nova votação não ocorrer.

Óbvio que não há a figura dos embargos de declaração no processo legislativo, mas devem ser discutidas medidas aptas a evitar o erro material. Tanto o Regimento Interno da Câmara dos Deputados quanto o do Senado Federal não possuem previsão sobre isso. Poderia ser questionada aqui uma eventual anulação da sessão legislativa sobre a qual houve erro material, ou a possibilidade de o parlamentar ter a possibilidade de corrigir seu voto.

Ambas as situações também não possuem previsão regimental. Inclusive tais regimentos não preveem, de forma genérica, ressalta-se, a possibilidade de o presidente da Casa Parlamentar anular uma sessão legislativa, mas isso pode ser

²⁴⁴ DIAS, Handel Martins. Cabimento dos embargos de declaração para a correção de erro material do juiz: oportunidade para se rediscutir a natureza jurídica do pedido aclaratório. **Revista de Processo**, vol. 306. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, ago./2020, p. 225-244.

extraído do princípio da autotutela, ou seja, o Poder Público tem o poder-dever de anular atos eivados de invalidade.

Em âmbito legislativo, isso deve ser visto com muita cautela, pois, uma vez promulgada a lei, o Poder Legislativo não pode declarar a inconstitucionalidade dessa norma, mesmo por uma alegação de inconstitucionalidade formal. A questão passível de discussão é se poderia haver medidas legislativas corretivas antes da promulgação, como retificação do sufrágio. Além disso, a votação legislativa pode ser pela não aprovação da lei, de modo que se a sessão for declarada nula pelo Poder Legislativo, ela poderia, em tese, ser repetida, sem que se fale em violação do art. 67 da Constituição da República:

Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Há alguns exemplos de anulação de sessões legislativas (mesmo sem previsão regimental). O então presidente interino da Câmara dos Deputado Waldir Maranhão, ao acolher pedido da Advocacia-Geral da União, anulou a votação nesta Casa Legislativa que admitiu o impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff sob a alegação de que houve vícios²⁴⁵. Posteriormente, ele desistiu dessa anulação²⁴⁶.

Outro exemplo de anulação de sessão do Legislativo por esse próprio poder ocorreu em 2013, quando o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Resolução 4/2013 para tornar nula a sessão de 1964 que havia declarada vaga a Presidência da República, à época ocupada por João Goulart.²⁴⁷

²⁴⁵ PASSARINHO, Jasper. Presidente em exercício da Câmara anula votação do impeachment. **G1**. 09 mai. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/presidente-em-exercicio-da-camara-anula-votacao-do-impeachment.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.

²⁴⁶ ALVARENGA, Flávia. Waldir Maranhão desiste da decisão de anular processo de impeachment. **G1**. 10 mai. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/05/waldir-maranhao-desiste-da-decisao-de-anular-processo-de-impeachment.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.

²⁴⁷ MENDANHA, Soraya; VILAR, Isabela. Congresso anula sessão que afastou Jango e abriu caminho para o Golpe de 1964. **Senado Notícias**. 21 nov. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/21/congresso-anula-sessao-que-afastou-jango-e-abriu-caminho-para-o-golpe-de-1964>. Acesso em: 18 dez. 2020.

Ressalta-se que votações com equívoco pelo parlamentar não é o objeto central deste estudo, pois não é caso de desvio de finalidade (porém possui relação com nosso estudo), razão pela qual o objetivo aqui não é trazer respostas sobre a ocorrência de erro na votação legislativa, mas problematizar a questão e trazer a ideia de que há um vício nesse caso.

Atribuir efeitos práticos a esse erro material deve ser visto com muita cautela, até mesmo pela dificuldade em caracterizar a sua ocorrência, pois difícil provar que o parlamentar errou na hora de votar (ele pode alegar isso apenas para reabrir a discussão), mas, novamente entrando no caso concreto do ex-deputado federal Antonio Kandir que votou contrário à idade mínima para aposentadoria em 1988 (e seu voto fez a diferença no resultado final), há fortes indícios de que votou errado, pois ele afirmou isso logo após ter votado e era integrante do partido do governo (não está sendo ignorado que o §7º do art. 180 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados pontua que “O voto do Deputado, mesmo que contrarie o da respectiva representação ou sua Liderança, será acolhido para todos os efeitos”).

Com um posicionamento ainda mais restrito, Roberta Simões Nascimento defende que nem mesmo o erro ou coação justifica o controle judicial, ou seja, nem mesmo o vício de vontade (ou até mesmo a inexistência dela) permitiria o controle:

[...] no final das contas, o que materializa a decisão legislativa é o número de votos a favor registrado no painel de votações que sejam suficientes ao quórum exigido. E nada mais. Não há sentido em examinar a vontade pessoal dos congressistas para higidez do processo legislativo subjacente, não cabendo falar em erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores em relação ao voto dos parlamentares. Seria complicado (para não dizer impossível) proceder de outra maneira.

Nesse sentido, inclusive, basta recordar o episódio ocorrido durante as discussões por ocasião da Reforma da Previdência em 1998, quando um único “voto errado” foi determinante para não aprovação da idade mínima como requisito para a aposentadoria dos segurados no Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Na hora da votação, o então deputado Antonio Kandir apertou o botão “abstenção”, em lugar de “sim”. Como isso, esse ponto da proposta de emenda à Constituição teve apenas 307 votos na Câmara dos Deputados (quando seriam necessários 308, como já comentado)²⁴⁸.

²⁴⁸ NASCIMENTO, Roberta Simões. Como se prova a inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar? Os problemas do julgamento das ADIs n. 4.887, 4.888 e 4.889. **JOTA**. 23 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/como-se-prova-a-inconstitucionalidade-por-vicio-de-decoro-parlamentar-23122020>. Acesso em: 28 dez. 2020.

Percebe-se que ela cita que o erro do ex-deputado federal Antonio Kandir não seria um caso de invalidade da sessão legislativa, porém isso não é o defendido nesta tese por ser temerário de se permitir que um ato legislativo em que não houve manifestação de vontade produza efeitos.

À luz de tudo o que foi exposto ao longo deste capítulo, é possível se extrair algumas conclusões.

Aplicando a teoria do discurso de Habermas na atividade legislativa, fica defensável um controle de constitucionalidade judicial sobre leis aprovadas com desvio de finalidade, a partir do momento em que parlamentares, valendo-se de um agir estratégico (influenciando negativamente na comunicação com os receptores do comando normativo, simulando uma finalidade, mas, em seu íntimo, buscando outra), objetivam interesses privados ao produzirem atos normativos.

Outro fundamento, apto a permitir o controle sobre o desvio de finalidade do legislador, que pode ser extraído das ideias desse autor alemão, está na ilegitimidade em se permitir que o poder social limite o poder comunicativo no âmbito da produção legislativa, sendo que esse poder social se refere à imposição de interesses próprios.

Ainda em Habermas, a legitimidade do Poder Judiciário, na figura do Tribunal Constitucional, estaria no exercício da função de controlar a presença de requisitos comunicativos na atividade legislativa, evitando, por exemplo, o atendimento de interesses particulares dos parlamentares quando estes simulam a busca por interesse público.

Relacionado com a ideia de procedimentalismo, há a defesa de que compra de votos legislativos, uma das formas de configurar desvio de finalidade, possa acarretar a inconstitucionalidade da lei por meio de uma espécie de inconstitucionalidade além da formal e da material, qual seja, a por violação do decoro parlamentar (foi fundamentado que – caso se entenda por eventual controle – o ideal seria fundamentar em uma possível inconstitucionalidade decorrente de vício legístico, não por violação do decoro parlamentar).

No que pese as críticas realizadas neste capítulo, essa ideia já foi aplicada em primeiro grau de jurisdição e, também, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Porém neste órgão, não houve declaração de inconstitucionalidade da norma, pois não ocorreu comprovação de que o número de parlamentares subornados foi suficiente para alterar o resultado legislativo.

Como mostrado, a última decisão que abordou o tema no âmbito da Suprema Corte foi a proferida no julgamento da ADI 4889/DF. Embora a relatora Ministra Carmen Lucia, que invocou a ideia de inconstitucionalidade por violação do decoro parlamentar, ter sido acompanhada por todos os Ministros, não é possível falar que essa fundamentação é unânime no Supremo Tribunal Federal, pois o resultado da sessão foi pela constitucionalidade da norma, sendo que foi visto, no julgamento cautelar da ADI 4885/DF, que alguns ministros foram contrários ao controle de constitucionalidade decorrente de compra de votos de legisladores.

Um último ponto importante é que não se deve confundir desvio de finalidade com erro no momento de realizar a votação legislativa, neste caso, não há manifestação de vontade, podendo haver questionamentos em razão da presença de erro material.

4 CONFRONTANDO O GARANTISMO E O PROCEDIMENTALISMO NO CONTROLE DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO

Ao se aplicar a retórica para confrontar ambos os entendimentos, pode-se começar por contrapor as divergências no que se refere à vontade do legislador e sua relação com a validade da norma no jus-positivismo e no procedimentalismo de Habermas.

Foi visto no capítulo anterior que, para Habermas, é necessário relacionar a forma de desenvolvimento da vontade do legislador a um procedimento que envolva a aceitação de todos atingidos pelo ato legislativo²⁴⁹.

Com base nessa ideia, então, a intenção do legislador, ao aprovar um projeto de lei, pode influenciar na validade desta, pois não é qualquer vontade que atribuiria legitimidade à lei, mas apenas aquela oriunda de um processo comunicativo com os influenciados, direta ou indiretamente, pela norma.

Já Kelsen assevera, como mostrado, ser irrelevante fazer um exame da vontade do legislador: “Um jurista que deseja demonstrar a existência de uma lei não tenta, de modo algum, provar a existência de fenômenos psicológicos. A “existência” de uma norma jurídica não é um fenômeno psicológico”²⁵⁰. O que importaria, para ele, seria o manifestar positivo ou negativo quando da votação, e não examinar as intenções do parlamentar ao expor seu voto. Ressalta-se que não está sendo falado que não precisa haver o elemento volitivo, pois este deve estar presente, porém é irrelevante saber a vontade que acarretou que o legislador decidisse em um certo sentido.

Seguindo expressamente o entendimento de Kelsen, André Ramos Tavares defende a validade das leis produzidas no período em que foi comprovado o “mensalão”:

O caso, contudo, da votação de projetos de lei ou de propostas de emendas constitucionais mediante pagamento (“mensalão”) jamais poderia viciar de inconstitucionalidade o ato normativo assim formado. Valem, aqui, na íntegra, as conclusões de KELSEN. A retidão da atividade parlamentar, nesse caso, é que se encontra viciada. [...] Frise-se uma vez mais: se o parlamentar votou

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 127. v. 1.

²⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 46-47.

positivamente a um projeto porque acreditava que era ele adequado ao país, porque via nele um possível benefício para seus familiares, porque sua esposa e seus amigos solicitaram um voto favorável nesse caso ou por qualquer outro motivo, é irrelevante do ponto de vista da teoria da existência jurídica e da constitucionalidade das leis. Do contrário, estabelecer-se-ia um patrulhamento da vocação moral (de difícil ou impossível verificação) dos parlamentares no momento da votação das leis para fins de aceitação destas, com sérios prejuízos para a persistência de qualquer lei. Isso porque a ameaça de que algum parlamentar tenha votado mal estaria sempre presente, e, em última instância, a existência e constitucionalidade da lei acabariam por ficar subordinados a uma mera declaração negativa do próprio parlamentar (o que criaria um sistema insuportavelmente subjetivo na legitimidade *jurídica* das leis).²⁵¹

A vontade do legislador e sua relação com a validade da lei foi examinada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ao analisar a constitucionalidade de uma lei que beneficiava um legislador do ente federativo.

A Procuradora-Geral de Justiça desse estado alegou que o Deputado Estadual Cláudio Meirelles realizou uma emenda parlamentar a um projeto de lei encaminhado pelo governador, que, após aprovada, deu origem ao art. 9º da Lei estadual nº 19.569/2016, sendo que tal alteração legislativa favorecia o deputado que realizou a emenda por ser servidor efetivo da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás (a norma modificava essa carreira).

Uma das consequências da emenda aprovada foi a revogação da vedação à promoção de servidor fazendário estadual que estivesse no exercício de mandato eletivo no caso de promoção por merecimento.

Argumentou a procuradoria geral de Justiça do Estado de Goiás que, em razão de a norma beneficiar o parlamentar que realizou sua iniciativa por meio de emenda, haveria violação dos seguintes paradigmas constitucionais: moralidade e impessoalidade.

Expondo nosso posicionamento, entende-se que a impessoalidade só estaria violada caso houvesse um privilégio não isonômico a todos os beneficiados pela lei em relação aos demais. Essa avaliação de que, pelo fato de a norma favorecer um

²⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

parlamentar que a editou, ela é inconstitucional, pode impedir a votação de uma série de leis que, de alguma forma, tragam benefícios ao legislador. Por essa lógica, nenhum deputado federal ruralista poderia votar leis que auxiliem esse setor. Do mesmo modo, membros, pertencentes a alguma entidade religiosa, não poderiam decidir em leis que vão ao encontro dos interesses desse grupo.

Para aduzir violação do princípio da igualdade, o conteúdo da norma deve ser contrário à isonomia, independente de quem a criou e das intenções deste. A título de exemplo, como aludido no item 2.5 deste estudo, caso uma lei tributária “comprada” beneficie uma empresa de forma desigual frente outras, ela poder ser inconstitucional não pelo desvio de finalidade, mas pela transgressão à igualdade.

Voltando ao julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, esse consignou que ainda que o alegado pela Procuradoria-Geral de Justiça estadual fosse verdade, só haveria inconstitucionalidade caso a Constituição do Estado fosse violada. A relatora, Desembargadora Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, acompanhada pelos demais julgadores do órgão especial deste Tribunal, fundamentou que analisar os motivos que fizeram com que o legislador votasse de certa forma levaria a uma forte insegurança jurídica. Neste sentido, declarou que:

Há muito, tanto a dogmática constitucional quanto a jurisprudência assinalam que os motivos que conduziram o parlamentar a votar dessa ou daquela maneira são irrelevantes para a aferição da validade da norma positivada.

Com efeito, sob pena de grave insegurança jurídica, a validade da norma não pode depender da idoneidade moral dos motivos que levaram a sua aprovação, porquanto, caso contrário, sempre estaria presente a ameaça de que a validade da norma fosse subtraída, bastando uma declaração negativa de algum parlamentar.

[...]

O que importa, em verdade, é aferir se o texto em vigor está ou não em consonância com as disposições constitucionais, uma vez que o juízo de constitucionalidade não incide sobre os motivos subjacentes a formulação da lei estadual, por essa razão não há se falar inconstitucionalidade por violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.²⁵²

²⁵² GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. 2018. **ADI 5046635.98.2018.8.09.0000**. Órgão Especial. Relatora: Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira. DJ 04/12/2018. Disponível em: <http://tjgo.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Este Tribunal de Justiça assentou, também, que isso não impede eventual violação do decoro parlamentar, o que deve ser averiguado pela Casa Legislativa Estadual, mas isso não seria possível acarretar a inconstitucionalidade da lei²⁵³.

Ao final do julgamento, a norma foi considerada inconstitucional, de forma material, por outro motivo, qual seja, descumprimento do inciso IV do art. 93 da Constituição do Estado de Goiás: “IV - exigido o afastamento [do servidor] para o exercício do mandato, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento”.

Dando continuidade à realização de fundamentação de prevalência de um posicionamento sobre o outro e utilizando as ideias referentes a um sistema jus-positivista garantista, é possível extrair a segurança jurídica decorrente de se saber a validade das leis, de modo que os limites do legislador estariam objetivamente estabelecidos na Constituição, sendo o conteúdo material nela previsto e as formas de elaboração de uma lei, as únicas limitações ao legislador, de modo que as intenções do parlamentar seriam irrelevantes para fins de averiguação de constitucionalidade.

Até se poderia fundamentar que a inconstitucionalidade decorrente do desvio de finalidade legislativo estaria implícita na Constituição, dentro de outros conceitos, como o de “democracia”, porém foi vista a dificuldade de se enquadrar a vedação de tal “vício” como obrigatória em uma democracia. Há, é verdade, uma série de requisitos os quais têm que ser respeitados nesse regime, como a escolha livre e consciente por parte dos cidadãos e o respeito aos direitos fundamentais.

Inclusive, é comum que uma lei aprovada com desvio de finalidade venha a violar algum direito fundamental, razão pela qual para combater o desvio é possível afirmar a existência dos direitos fundamentais como remédio.

²⁵³ GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. 2018. **ADI 5046635.98.2018.8.09.0000**. Órgão Especial. Relatora: Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira. DJ 04/12/2018. Disponível em: <http://tjgo.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Por outro lado, utilizando como base o procedimentalismo de Habermas, há uma garantia contra atos de governo (como normas legislativas) que sejam produzidos sem a intenção de ir ao encontro de uma finalidade pública (não está se discutindo aqui se haverá ou não o atendimento a tal finalidade, mas que essa não foi a motivação do editor do ato), visando apenas a fins privados de restritos grupos influentes na tomada de decisões. O responsável por assegurar essa proteção ao povo seria o Poder Judiciário, na figura, em especial, de seu Tribunal Constitucional (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal).

Pautados nessa premissa, portanto, permitir que a população tenha que obedecer a normas que foram produzidas sem objetivar o interesse de todos, em benefício de uma pequena minoria com poder nas escolhas do Estado, proporciona argumentações de comprometimento ao próprio conceito de República, bem como questionamentos não só de invalidade dessas normas, mas de sua própria existência, pois não oriunda da soberania popular (poder legítimo).

Não que sejam necessárias eleições diretas para todos os atos normativos, longe disso, mas que se possa falar, nas palavras de Jose Pedro Luchi, ao abordar o procedimento habermasiano, que a administração estatal deve permanecer “dependente das convicções comuns geradas comunicativamente pelos cidadãos e transformados em leis”²⁵⁴. Ora, uma norma que possua fins exclusivamente privados claramente não teve origem nesse tipo de comunicação.

Prosseguindo nesse confronto de premissas, faz-se necessário mostrar mais algumas ideias de Ferrajoli, baseadas em exemplos concretos de desvio de finalidade legislativo ocorridos na Itália, evidenciando como esse autor se posicionou sobre o tema, ainda que não diretamente.

Cabe reforçar que, pelo já exposto, é possível perceber que Ferrajoli não é um mero defensor do sistema de decisão por meio da escolha de uma maioria, até porque ele critica essa tendência na Itália, qual seja de uma:

²⁵⁴ LUCHI, José Pedro (org.). **Linguagem e Socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005. p. 151.

[...] progressiva transformação de fato do nosso sistema político em uma forma de democracia fundada na explícita pretensão de onipotência da maioria governativa e de neutralização do complexo sistema de regras, de separações e contrapesos, de garantias e de funções e instituições de garantia, que constituem a substância da democracia constitucional²⁵⁵.

De forma que, para que se possa falar em democracia, necessário que esteja presente uma série de separações (“entre Estado e povo, entre esfera pública e esfera privada, entre forças políticas e instituições políticas, entre poderes midiáticos e liberdade de cultura e de informação”²⁵⁶). Para isso, defende um rol de garantias constitucionais que devem ser respeitadas, opondo-se à forma atual pela qual se dá a representação e a escolha dos representantes (democracia política) e que isso levaria a um enfraquecimento do que denomina de democracia constitucional:

Somente um reforço da democracia constitucional, por intermédio da introdução de novas e específicas garantias de direitos políticos e da democracia representativa, permite, segunda a tese que sustentarei, salvaguardar e refundar tanto uma quanto a outra.²⁵⁷

Observa-se, à luz dessa fala, que ele apoia a positivação e a concretização dessas garantias e não que o Poder Judiciário possa implementá-las. Lembre-se, aqui, do que já foi exposto no tópico 2.2, em que foi abordada a impossibilidade de este poder assumir um papel típico de legislador.

Um posicionamento contrário à viabilidade de controle judicial do desvio de finalidade legislativo não está sendo favorável, nem apoiando esta conduta. Reconhece-se que isso pode colocar em crise a democracia constitucional, mas a forma de evitá-la seria por meio de mecanismos que impeçam ou corrijam sua ocorrência (e essa correção seria uma exclusividade do Poder Legislativo que pode vir a revogar a lei) e não permitir que o Poder Judiciário possa anular uma lei, utilizando, exclusivamente, essa fundamentação de ocorrência de desvio.

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 13.

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 31.

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 15.

Em Habermas, esse controle judicial fica mais defensável quando ele situa o Tribunal Constitucional como forma de resguardar o discurso legislativo e evitar o agir estratégico dos legisladores.

Agir esse pelo qual, para se conseguir certo resultado, como dinheiro, dissimulam-se atos relevantes. Nas palavras deste autor, “Se posso conseguir o dinheiro que me falta apenas pela via da dissimulação de fatos relevantes, o único que conta entre os pontos de vista pragmático é o possível êxito de uma manobra de engodo”²⁵⁸.

O legislador estaria, sob um viés pragmático, valendo-se do processo legislativo como um meio para receber dinheiro (ou outra vantagem) por meio de uma simulação, utilizando um agir estratégico, porém sem a ciência desse agir pelos participantes.

O agir do legislador, em tese, pode ter fundamentação pragmática²⁵⁹, como uma lei técnica buscando determinado fim, mas não um fundamento pragmático de se valer de uma votação legislativa para recebimento de contrapartida financeira, simulando a busca por uma finalidade pública quando, na verdade, busca-se um interesse pessoal.

Pôde ser identificada uma ilegitimidade, em Habermas, do desvio de finalidade no processo legislativo apta a permitir a interferência do Poder Judiciário, visto que:

A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.²⁶⁰

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Estudos Avançados**. v. 3, n. 7, p. 04-19. 1989. p. 8-9. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²⁵⁹ “Na formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político, há uma interligação entre a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo. Podemos esclarecer essa ligação, lançando mão de um modelo processual que segue a lógica da argumentação; ele parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 203-204. v. 1.).

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 326. v. 1.

No tocante ao aludido, percebe-se uma separação entre “pressupostos comunicativos” e “condições procedimentais do processo de legislação democrático”, como se a violação daqueles já fosse um fator que permitiria a intervenção do Poder Judiciário na invalidação de atos normativos.

O desvio de finalidade legislativo seria uma forma de violar esses pressupostos de comunicação, a partir do momento em que o editor da norma propaga uma falsa fundamentação ao receptor da motivação normativa, ocasionando uma transmissão de informação viciada.

Em razão da influência dos poderes econômicos no processo legislativo, há uma divergência entre a vontade externada no processo de elaboração da norma e a motivação real que deu origem àquele ato. Esse seria um dos “problemas” relacionados ao sistema representativo de formação das decisões legislativas.

Ferrajoli também reconhece que a forma representativa pode colocar em risco a democracia constitucional, tanto que não está sendo afirmado que ele é um defensor da democracia exclusivamente formal e que esta não permitiria o controle do desvio de finalidade legislativo pelo Poder Judiciário, mas sim que, em razão de defender a democracia substancial, está deve conter instrumentos para reduzir ou evitar a ocorrência desse desvio.

Esses instrumentos dependem de positivação pelo Legislativo, pois, muitas vezes, é necessário que haja uma providência parlamentar, não podendo, portanto, o Poder Judiciário efetivar direitos sem uma produção legislativa de garantia prévia.

Américo Bedê Freire Júnior muito bem ressaltou isso ao elogiar a tipificação do crime de desobediência no caso de não cumprimento de decisão proferida em Mandado de Segurança²⁶¹ (art. 26 da Lei n.º 12.016/09).

²⁶¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da efetivação dos direitos fundamentais pela tipificação do crime de desobediência no descumprimento de decisões judiciais em mandado de segurança. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, nº 05, p. 151-159, jan./jun., 2011.

Note-se que, para haver um mecanismo de garantir direitos fundamentais resguardados por decisões judiciais em mandado de segurança, foi necessária uma participação do legislador.

É isso que se sustenta neste trabalho, a positivação de medidas aptas a evitar o desvio de finalidade legislativo, e não que o Poder Judiciário possa declarar uma norma inconstitucional apenas por este motivo. Essas medidas podem ser tanto diretas como indiretas.

De forma direta, pode-se citar a vedação ao financiamento de campanha partidária e de lobbies, por exemplo (tema visto no item 2.4). E, indiretamente, podem ser citados os direitos fundamentais, isso porque, se uma lei aprovada com desvio de finalidade violar um desses direitos, ela será inconstitucional não pelo desvio, mas pela violação do direito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade, então, é um mecanismo de combater o desvio de finalidade no sentido de uma norma que padeça desta “irregularidade” poder vir a violar alguma garantia constitucional primária²⁶². Isso porque a ação de inconstitucionalidade das leis decorreria de uma garantia secundária que visa proteger violações das normas constitucionais: “*garantia secundária* consistente no controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis ordinárias em contraste com tais princípios e direitos”²⁶³.

O controle judicial do desvio de finalidade estaria nos direitos fundamentais na medida em que, em tese, atos resultantes desses desvios tendem a violar tais direitos, como o direito à igualdade, conforme será reforçado.

Fazendo um paralelo com Habermas, este nega considerar os direitos fundamentais como direitos naturais, mas, ao mesmo tempo, afirma que, por meio de um

²⁶² “*Garantia primária* consistente na proibição de derogar e na obrigação de atuar os princípios, os direitos e os institutos estabelecidos na Constituição, modificáveis somente com procedimentos de revisão agravados ou mesmo impossibilitados de modificação”. (FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 27.)

²⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 27.

procedimento moralmente adequado, estes seriam estabelecidos, sendo que alguns direitos fundamentais seriam necessários para esse procedimento, de modo que um procedimento ideal levaria à previsão dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais permitiria esse procedimento perfeito. Haveria, então, uma cooriginariedade entre eles.²⁶⁴

Foi visto que Habermas não se considera adepto do direito natural, mas que, na hipótese de ser classificada apenas duas figuras – jusnaturalismo *versus* juspositivismo –, estaria mais adequada a um direito natural relativo a um procedimento adequado.

Constata-se, desse modo, que, por mais que ele separe a moral do direito, aquela seria necessária para se alcançar um direito legítimo. Em razão dessa legitimidade decorrer do procedimento de criação das normas, o controle do desvio de finalidade legislativo seria mais defensável com base neste autor.

Já Ferrajoli também separa o direito da moral, porém sem abordar um procedimento moralmente adequado para que sejam elaboradas as normas jurídicas. A moral se converteria em direito, uma vez que é positivada por meio do rito constitucionalmente previsto. Ainda assim, a diferença entre direito e moral fica sendo pertinente, pois o eventual novo conceito de justiça, não positivado, não teria valor jurídico:

O antigo contraste entre o *governo das leis* e o *governo dos homens* [...] foi assim resolvido pelas hodiernas constituições rígidas com a positivação da “lei da razão” [...] com a transformação das suas leis da razão em normas constitucionais de direito positivo, a diferenciação entre justiça e direito certamente se reduziu. Mas a diferenciação está destinada a aumentar com a emergência de novas instâncias de justiça, e novamente a se reduzir com a conquista de novos direitos, portanto, com o progresso histórico do constitucionalismo.²⁶⁵

A ilegitimidade em Ferrajoli não estaria na falta de um procedimento discursivo de produção legislativa (não que este não seja necessário, porém não nos moldes

²⁶⁴ “O vínculo interno que se almeja entre os direitos humanos e a soberania popular consiste, então, na condição de que a exigência para institucionalizar pelo direito uma prática cidadã de uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente pelos próprios direitos humanos” (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 428).

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 26.

estabelecidos por Habermas no sentido de que violações de pressupostos comunicativos permitiriam a intervenção do Poder Judiciário), mas na violação de garantias primárias, sendo que, no que se refere às positivas²⁶⁶, o Poder Judiciário não teria atuação de implementar a garantia.

Além disso, ele reconhece que uma ilegitimidade é inevitável em qualquer democracia (relembre-se, aqui, o tópico 1.2 deste trabalho, em que foi mencionado como Robert Dahl ressalta a impossibilidade de se alcançar o atendimento a todos os critérios democráticos por ele citados²⁶⁷, mas sim que eles devem ser constantemente buscados): “Certo grau de inefetividade e de ilegitimidade é, contudo, inevitável e, portanto, fisiológico em qualquer democracia constitucional, por causa exatamente do caráter normativo das suas fontes de legitimação”²⁶⁸.

Outrossim, nem sempre o Poder Judiciário poderá corrigir ilegitimidades, como, por exemplo, a falta de implementação das garantias primárias positivas.

Veja-se um exemplo, mencionado por Ferrajoli, diretamente relacionado com o desvio de finalidade legislativo. Este autor afirma que uma ilegitimidade na Itália assumiu ares de patologia e cita que foram promulgadas leis na legislatura de 2001-2006 com o fim exclusivo de evitar condenações penais do então primeiro-ministro:

Além de certo limite, todavia, o grau de inefetividade do paradigma constitucional pode tornar-se patológico. É o que está ocorrendo na Itália, onde o processo de desconstitucionalização do sistema político manifestou-se em um longo elenco de violações da carta constitucional: as numerosas leis *ad personam*, que juntamente com aquelas promulgadas na legislatura de 2001-2006 constituem já um verdadeiro *corpus iuris ad personam* destinado a subtrair o primeiro-ministro, em violação ao princípio da igualdade, aos vários processos penais nos quais está envolvido;²⁶⁹

²⁶⁶ “Obrigação, também a cargo do legislador ordinário, de estabelecer uma legislação de atuação dos direitos constitucionalmente estipulados, isto é, de introduzir as respectivas garantias primárias e secundárias e também as correspondentes funções e instituição de garantia.” (FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 27).

²⁶⁷ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Editora UNB, 2010. p. 54.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 29.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 30.

Claramente, partindo da premissa de ser verdade o que foi exposto, há um desvio de finalidade, sendo que o ponto importante aqui é que Ferrajoli utiliza, como paradigma causador da ilegitimidade, não o desvio em si, mas a “violação ao princípio da igualdade”, o que, em tese, justificaria a intervenção do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de tais normas.

Ferrajoli ressalta quatro fatores que podem gerar uma crise na relação de representação da democracia, estes seriam decorrentes da negação das separações já citadas neste capítulo na nota 256.

O fator importante para o presente trabalho é a negação da separação entre esfera pública e esfera privada, pois a influência desta é um dos motivos principais que levam os parlamentares a votarem visando resguardar fins diversos do atendimento ao interesse público.

A subordinação dos poderes políticos públicos aos poderes econômicos é uma das causas que acarretam corrupção e influência da economia na política, a partir do momento em que há apoio financeiro de grandes empresas a partidos políticos nas eleições com o fim de obter favores futuro ou, até mesmo, em casos mais graves, de conceder benefícios diretos a parlamentares em troca de leis complacentes:

[...] os conflitos de interesses, nas formas da corrupção, dos tráficos de influência da política com o mundo das finanças, com os *lobbies* corporativos e, sobretudo, com a grande mídia, constituem hoje fenômenos endêmicos em todos os ordenamentos democráticos, nos quais se torna cada vez mais estreita a relação entre dinheiro, informação e política [...]²⁷⁰

Ferrajoli chega a mencionar que, na Itália, não estava havendo um conflito entre interesse público e privado, mas uma verdadeira primazia dos interesses do então primeiro-ministro, ressaltando que isso equivale à corrupção. Fica claro, então, que ao tratar da relação (subordinação) entre poderes de governo e poderes privados, considera como fator potencial de violação do princípio da isonomia, o que pode acarretar a inconstitucionalidade de normas produzidas não pelo desvio de finalidade,

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 36.

mas pela violação do princípio da igualdade a partir do momento em que são editados atos normativos que tratem iguais de maneira desigual:

É assim que o perverso cruzamento entre populismo e patrimonialismo se define na união de dois absolutismos: o dos poderes privados e o dos poderes de governo, ambos intolerantes relativamente à separação de poderes e aos princípios da isonomia e da legalidade.²⁷¹

O próprio voto dos cidadãos (e que fique claro que é uma situação diversa do voto dos parlamentares) pode possuir como motivação atender fins estritamente particulares (sem nenhuma intenção de atendimento ao interesse coletivo), sem que possa ser considerada nula uma eleição, até poderia ser cogitado isso no caso de compra de votos de eleitores, mas não é isso que está sendo falado aqui, mas do cidadão que vota no político X, porque será bom para seus interesses particulares.

Sobre o voto dos cidadãos buscando os próprios interesses, ele percebe que uma “indiferença dos cidadãos pelos interesses gerais e este seu isolamento relativamente aos seus interesses privados formam o melhor terreno para se cultivar a passividade política, e com esta, o populismo e a delegação de poderes a um chefe”²⁷². Mas sem cogitar nulidade da eleição, o que deve ser frisado.

Inclusive Norberto Bobbio, ao fazer menção ao voto em troca de favores pessoais, reconhece que “também para o voto de permuta podem ser dadas interpretações benévolas”²⁷³, porém, logo após, o estudioso cita Tocqueville que ressaltou que isso seria uma “expressão de uma ‘moral baixa e vulgar’, segundo a qual ‘quem usufrui dos direitos políticos pensa em deles fazer uso pessoal em função do próprio interesse’”²⁷⁴.

Um ponto deve ser ressaltado: ao se falar que não caberia ao Poder Judiciário declarar a nulidade de um ato normativo apenas sob a fundamentação de ocorrência de desvio

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 39-40.

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 52.

²⁷³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 58.

²⁷⁴ TOCQUEVILLE, 1969, *apud* BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 58.

de finalidade em sua produção, indiretamente está sendo reduzido o leque de ações desse poder. Ao mesmo tempo, Ferrajoli considera que a democracia constitucional existe até hoje na Itália em razão da independência da magistratura e da jurisdição constitucional²⁷⁵, mas isso não significa que esta pode entrar no subjetivo do parlamentar para anular atos normativos, mas sim que pode fazer um juízo de adequação entre o que foi aprovado pelo Poder Legislativo e o conteúdo da Constituição. Quanto a isso, veja, por exemplo, o discurso, já mencionado, de Ferrajoli associando as leis aprovadas exclusivamente para beneficiar o então primeiro-ministro em processos penais (nesta situação, está presente, então, o desvio de finalidade) à violação do princípio da igualdade.

É cabível ponderar que o Poder Judiciário pode vir a ajudar na correção do desvio de finalidade legislativo por meio da técnica do apelo ao legislador, analisada por Américo Bedê Freire Júnior, em sua dissertação de mestrado²⁷⁶.

Por meio dessa técnica, o Poder Judiciário comunica ao Legislativo que determinada lei padece de inconstitucionalidade, recomendando que este órgão realize as providências pertinentes, sob pena de uma intervenção direta sobre a lei²⁷⁷.

De fato, não está sendo defendido aqui que o desvio de finalidade acarreta a inconstitucionalidade da norma, porém uma comunicação ao parlamento de que determinado ato normativo foi aprovado com desvio de finalidade pode ser importante, pois o órgão legislativo, caso queira, pode revogar a lei ao ter ciência de que legisladores votaram por motivos que não iriam, na intenção daqueles, ao encontro do interesse público.

²⁷⁵ Certamente, até hoje a democracia constitucional e a Constituição italiana resistiram, sobretudo em razão da efetividade da separação de poderes: pela independência da magistratura ordinária e da jurisdição constitucional. Mas não podemos estar certos de que esta resistência de caráter institucional não será vencida, caso prossiga a corrupção do senso comum e do imaginário popular em matéria de democracia. (FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 55).

²⁷⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. 2004. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades de Vitória. Vitória 2004. p. 98. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

²⁷⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. 2004. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades de Vitória. Vitória, 2004 p. 98. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

Isso pode ser útil quando há uma sentença ou acórdão do Poder Judiciário confirmando que determinado parlamentar recebeu contrapartida financeira para votar um projeto de lei. Em casos como este, o ato decisório deveria obrigatoriamente ser encaminhado ao Poder Legislativo.

Não está sendo ignorado que, na técnica do apelo ao legislador, o Poder Judiciário possui poderes para declarar a inconstitucionalidade da lei caso o Legislativo fique omissivo, o que não é possível, no presente objeto de estudo, por não ser caso de inconstitucionalidade, porém, como há um fato que deve ser evitado (desvio de finalidade), esse aviso possuiria grande relevância.

O entendimento que nós defendemos, nesta tese, foi o exposto pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (tribunal estadual), que se manifestou sobre essa matéria em razão de uma alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 11.101/2005 sob o fundamento de que esse ato normativo seria decorrente de compra de votos de parlamentares, conforme demonstrado na Ação Penal 470/MG.

Esse tribunal rejeitou tal argumentação sob duas justificativas, primeiro ressaltou que essa Ação Penal, à época, não havia transitado em julgado, após, e aqui é o ponto que interessa para o presente estudo, frisou que ainda que tivesse ocorrido trânsito em julgado, os motivos que levaram o legislador a aprovar o projeto de lei não são causas que possam acarretar a inconstitucionalidade do ato legislativo aprovado.

O desembargador relator, Elpídio Donizetti, acompanhado pelos demais desembargadores da 8ª Câmara Cível, pontou que:

[...] a validade da norma, no plano do discurso, satisfaz-se com a racionalidade articulada no processo legislativo – sujeita a controle material de constitucionalidade –, mostrando-se de todo impertinente – e, possivelmente, representativa de um esforço fútil – imiscuir-se no ânimo subjetivo que orienta a atuação do parlamentar²⁷⁸.

²⁷⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2013. **Apelação Cível 1.0702.09.570233-9/001**. 8ª Câmara Cível. Relator: Desº. Elpídio Donizetti. DJ 04/04/2013. Disponível em <http://tjmg.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Tal embasamento já foi aprofundado, no sentido de que o controle judicial que pode ser realizado é o referente ao respeito material à norma superior; entrar na intenção do legislador ao aprovar um ato legislativo seria de pouca importância, até porque não é possível afirmar que o parlamentar votaria naquele sentido ainda que não tivesse recebido contrapartida financeira alguma.

Isso não significa que a compra de votos de parlamentares não gere consequências jurídicas, porém as consequências se voltam apenas contra o próprio legislador que recebeu recurso indevido para realizar um ato, no caso a votação, contra ou a favor um projeto de lei.

Essa situação também foi constatada no acórdão mineiro, o qual traz que “a quebra de decoro dá lugar apenas à responsabilização pessoal do parlamentar, sem repercutir na validade do juízo político por ele emitido”²⁷⁹. Dessa forma, pode ocorrer a condenação penal do parlamentar por ter recebido tal “suborno” e a lei continuar válida, caso esta respeite materialmente a Constituição.

Este acórdão utiliza Tercio Sampaio Ferraz como fundamentação, em uma passagem doutrinária em que este, ao analisar o conceito de norma jurídica, expõe uma série de problemas em se considerar a norma como comando imperativo, um desses problemas é exatamente identificar quem é (e a vontade) o editor da norma:

O termo [vontade] é, além disso, adjetivado numa linguagem icônica, quando fala em *vontade mais forte e mais fraca*, contribuindo, no contexto, para derivações patéticas e românticas. Apesar disso, em torno destas derivações muita tinta correu dos tinteiros doutrinários, aparecendo questões em larga escala que assumindo o termo *vontade* numa forma hipostasiada de coisa, de algo que se tem, propuseram de modo equívoco o problema endereçado da norma (os cidadãos? um grupo? os aplicadores?) – mas também do editor normativo (o povo? seus representantes? grupos de pressão?), do conceito de soberania (vontade última? regulada?), de interpretação (vontade da lei? do legislador?) etc.²⁸⁰

²⁷⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2013. **Apelação Cível 1.0702.09.570233-9/001**. 8ª Câmara Cível. Relator: Desº. Elpídio Donizetti. DJ 04/04/2013. Disponível em <http://tjmg.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 36-37.

Comparando as bases teóricas dos capítulos anteriores. Em Habermas, a legitimidade da legislação está na realização de um processo que seria um meio termo entre o liberalismo e o comunitarismo, o magistrado deve negar uma posição de passividade daquele modelo, mas, ao mesmo tempo, não deve se pôr no lugar do Poder Legislativo, atitude que a “jurisprudência de valores” de um comunitarismo pode acarretar. “Habermas reconstrói a relação entre a autonomia privada e autonomia pública, dissociadas, até então, nas concepções liberal e comunitarista”²⁸¹.

Ele faz isso por meio de um controle sobre o procedimento, controle esse que, como já visto, constata a necessidade dos direitos fundamentais liberais (autonomia privada) para se alcançar uma produção legislativa ideal (autonomia pública), sendo que esta também é importante para se chegar àqueles direitos. Um dá origem ao outro e vice-versa.

A partir do momento em que há uma influência da economia no processo político, “financiando” parlamentares para produzirem atos legislativos para atender fins exclusivamente privados e diversos dos motivos externados para a produção do ato, com base neste autor, fica viável argumentar uma ilegitimidade da lei aprovada.

Ao se utilizar Ferrajoli como premissa, é possível argumentar que a inconstitucionalidade existiria apenas se fosse violado algum comando constitucional prévio, não haveria de se falar em invalidade da norma por falta de legitimidade decorrente de uma influência da economia na produção legislativa (por meio de lobbies e de financiamento de campanhas por exemplo – embora deixa claro que isso deve ser evitado –, o que muitas vezes acarreta uma compra de votos indireta), caso respeitado o procedimento previsto nas escolhas dos representantes parlamentares, como na produção de atos normativos por estes.

Não está sendo negado aqui que Ferrajoli é contrário veementemente à influência da economia no direito, porém busca positivamente a legislação de medidas aptas a evitar isso, não considerar inconstitucional uma lei apenas por tal intervenção no processo de produção normativa. Esse “evitar” tal influência seria uma recomendação, podendo

²⁸¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 173-174.

ocasionar a inconstitucionalidade da norma se violado algum conteúdo material da Constituição.

Há um raciocínio contrário ao controle judicial do desvio de finalidade que mereceu um item próprio para tratá-lo, qual seja, o fato de se fazer referência ao desvio quando a norma é desproporcional, sendo que, nesse caso, há uma inconstitucionalidade material. Mostra-se a seguir.

4.1 O DESVIO DE FINALIDADE E A SUA DIFERENÇA EM RELAÇÃO À DESPROPORCIONALIDADE DA NORMA

O objetivo desse subcapítulo é reforçar a diferenciação entre uma norma aprovada com desvio de finalidade legislativo de uma norma viciada por excesso de poder dos legisladores por ser desproporcional (e, conseqüentemente, inconstitucional).

Ao discorrer sobre o excesso de poder legislativo (não sobre o desvio de finalidade legislativo, que fique claro), Gilmar Ferreira Mendes acaba por, na prática, equipará-lo a uma mera inconstitucionalidade material. Veja-se. Analisar o excesso de poder legislativo seria “aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade”²⁸².

Não se trataria, então, de sindicatá-los os “*motivi interiori della volizione*” legislativa nem de analisar a finalidade da lei, pois invadiria seara reservada ao Poder Legislativo²⁸³. Nota-se, então, que o limite da discricionariedade do legislador, conforme Gilmar Ferreira Mendes, seria a própria Constituição, ou seja, um juízo de inconstitucionalidade material (ainda que se esteja discutindo desproporcionalidade da lei, pois essa análise é de constitucionalidade material).

Este autor menciona o art. 28 da Lei Italiana nº 87, de 11 de março de 1953 (esta lei rege o funcionamento da Corte Constitucional Italiana e este artigo impede a

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva. 1990. p. 38.

²⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva. 1990. p. 39.

influência sobre o uso do poder discricionário do legislador), e, ao citar Pierandrei, faz uma crítica a tal artigo:

[...] o vício relativo ao excesso de poder está intimamente vinculado à atividade discricionária, que, embora livre em determinada direção, está sempre condicionada à prossecução de um interesse público.²⁸⁴

Percebe-se, à luz do exposto, que pode surgir a seguinte questão, como já exposto, quando se analisa o desvio de finalidade legislativo: E se houver esse desvio, mas a norma for proporcional?

Em outras palavras, as colocações anteriores não servem para a hipótese de uma lei aprovada por compra de votos que seja, em tese, proporcional. Tem-se, assim, mais uma razão para se defender a impossibilidade de o Poder Judiciário analisar eventual desvio de finalidade dos legisladores.

Anderson Sant'Ana Pedra teve a oportunidade de relacionar o controle dos atos do Poder Legislativo com a proporcionalidade, acontece que a análise acaba sendo mais voltada para um possível excesso de poder do legislador no sentido de a norma ser inconstitucional por ser desproporcional²⁸⁵. Ao tratar da relação de proporcionalidade, afirma que:

[...] as leis para serem constitucionais não bastam que tenham sido formalmente exaradas. Devem também estar materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental democrática, bem como a ordem valorativa e suprema da Constituição, ou seja, deve o Estado se aproximar da democracia material, afastando-se, por consectário lógico da democracia formal.²⁸⁶

Assim, fica nítida a relação entre proporcionalidade e inconstitucionalidade material, a partir do momento em que desvincula o respeito da lei somente ao procedimento

²⁸⁴ PIEMANDREI, 1962, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva. 1990. p. 40.

²⁸⁵ “A busca conclusiva deste trabalho é a de talhar outro limite para o legislador. É vinculá-lo dentro da margem de discricionabilidade que a Constituição lhe concedeu, a fim de que ao legislar não macule direitos protegidos constitucionalmente, ou seja, para que não cometa *excesso de poder (legislativo)*”. (PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 240).

²⁸⁶ PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 254-255.

constitucional formal de elaboração da norma, submetendo-a, também, aos valores previstos na Constituição.

Ao tratarem do desvio de finalidade legislativo, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento o colocam dentro do princípio da proporcionalidade (mais especificamente no subprincípio da adequação)²⁸⁷, de modo que, nesse caso, a inconstitucionalidade seria decorrente, então, não do desvio de finalidade, mas da inconstitucionalidade material da norma por violação ao princípio da proporcionalidade.

Luís Roberto Barroso também enquadra a figura do desvio de poder dentro do princípio da razoabilidade, havendo consequência semelhante à que já foi mencionada, no sentido de que a inconstitucionalidade seria decorrente não do desvio em si, mas da desproporcionalidade ou da falta de razoabilidade da norma:

A possibilidade de controle de razoabilidade dos atos do Poder Legislativo também tem sido discutida no Brasil nas últimas décadas, ainda que incipientemente. A fórmula utilizada para sua aplicação foi a importação de figura tradicional originária do direito administrativo francês, identificada como *détournement de pouvoir*, isto é, o desvio ou excesso de poder.²⁸⁸

Tanto é assim que Barroso, ao abordar tal tema, cita um julgado do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade de uma norma sob o fundamento de que o poder de taxar deve possuir limites. Ora, se uma lei viola o direito de propriedade por excesso no poder de taxar, independentemente de ter ocorrido desvio de finalidade legislativo deve ser decretada sua inconstitucionalidade. Veja-se trecho do voto do Ministro Ozimbo Nonato para mostrar que se está diante de inconstitucionalidade material:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior

²⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 473.

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 225.

pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.²⁸⁹

Esse julgado foi prolatado sob a égide da Constituição de 1946 e faz menção a uma inconstitucionalidade decorrente de uma forma de taxar excessiva por parte do Estado, de forma que essa violação da Constituição estaria presente tenha ocorrido ou não desvio de finalidade por parte do legislador. Em casos como esse, é possível afirmar que houve um excesso de poder, em razão de o parlamentar ter produzido um ato normativo que não poderia, constitucionalmente, ser editado, agindo, então, com abuso ou excesso, mas não necessariamente com desvio de finalidade.

No caso exposto, então, não se pode falar que esteja presente o desvio de finalidade conforme aqui examinado no sentido de haver uma razão subjetiva do legislador para aprovação daquele ato que não seja uma finalidade pública.

Não se deve presumir que houve um desvio de finalidade apenas pelo fato de a norma ser desproporcional. Entende-se, aqui, que o juízo em relação ao desvio deve ser de ordem subjetiva, sob pena de se confundir, por exemplo, desproporcionalidade com desvio de poder.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero aludem ao posicionamento de Carmen Chinchilla a qual defende que o desvio de finalidade possui um viés subjetivo, pois, em um dos fundamentos, expõe que, se assim não fosse, não seria possível separar o desvio de poder da proporcionalidade, como se vê:

[...] mediante o regime da responsabilidade objetiva negar-se-ia a singularidade do desvio de poder em relação a outras infrações do ordenamento jurídico: erro de fato ou de direito, cuja técnica de fiscalização seria o controle dos fatos determinantes, ou o princípio da proporcionalidade, que exige que o meio empregado pela Administração seja adequado ao fim perseguido.²⁹⁰

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1951. **RE 18331/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Orozimbo Nonato. 21/09/1951. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 jul. 2020.

²⁹⁰ CHINCHILLA, 1999, *apud* ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Trad. Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 90.

No que pese os autores trazerem o pensamento de Chinchilla, eles defendem que o desvio de poder possui natureza objetiva; rebatem o argumento acima sob o fundamento de que não estaria se confundindo proporcionalidade com desvio de poder, pois uma coisa seria o ilícito, outra seria a técnica adequada para se chegar à descoberta desse ilícito. Deste modo, declaram que:

[...] confunde supostos de ilícitos (de infrações do ordenamento jurídico) com procedimentos ou técnicas para mostrar a existência desses ilícitos: com efeito, a existência de determinados fatos ou a inadequação de certos meios para alcançar determinado fim pode muito bem constituir a forma em que se mostre que ocorreu o desvio de poder: que de R se deriva uma consequência E contrária a um princípio jurídico.²⁹¹

Conquanto haja respeito pelo argumento de tais autores, discorda-se desse posicionamento. Ora, a desproporcionalidade (como inadequação entre meios e fins) não é uma técnica para se chegar à descoberta de uma ilicitude, mas é a própria violação do ordenamento em si, haja vista que a norma pode ser inconstitucional por ser desproporcional.

Pode-se, no máximo, afirmar que a desproporcionalidade é um indicativo para o desvio de finalidade, sendo que sequer seria necessário se chegar a esse para se buscar a nulidade do ato, pois a falta de proporcionalidade já o macula.

Quando é abordado desvio de finalidade neste trabalho, há uma relação obrigatória com a intenção que levou o legislador a aprovar o projeto de lei, como compra de votos. Essa é a razão pela qual foi aprofundado o estudo da ADI 4885/DF²⁹² contra a Emenda Constitucional 41/2013 que foi aprovada em período que houve contrapartida financeira para alguns legisladores, fato que foi judicialmente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470/MG.

Assim, ao ser exposto o posicionamento doutrinário a seguir, referente ao desvio de finalidade, será sob a óptica subjetiva e não sob o viés de a norma ser proporcional ou não.

²⁹¹ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Trad. Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 90.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

4.2 O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO RELATIVO AO CONTROLE JURÍDICO DO DESVIO DE FINALIDADE LEGISLATIVO

Há autores que fazem menção expressa sobre o desvio de finalidade legislativo e sua influência sobre a constitucionalidade da norma. Em outros doutrinadores, é possível extrair ideias de algumas exposições, razão pela qual não pode ser afirmado categoricamente o entendimento de certos autores, mas se busca fundamentar o porquê do enquadramento em um certo posicionamento neste trabalho.

Este é o caso de Ana Paula Barcellos. Nosso estudo fundamenta a impossibilidade do controle de constitucionalidade com base apenas no desvio de finalidade ao examinar um livro dessa autora, embora isso não esteja expresso na obra estudada. Será exposto neste item.

Já foram vistos, no decorrer deste trabalho, de forma esparsa, doutrinadores favoráveis e contrários, de maneira explícita, ao controle judicial do desvio de finalidade, ou seja, sem precisar extrair essa ideia e sem confundir desvio de finalidade com proporcionalidade da norma²⁹³.

Mostra-se, agora, mais posicionamentos doutrinários contrários ao controle judicial no caso em exame. Pedro Estevam Serrano, em obra específica sobre o tema, defende que, para o Poder Judiciário poder adentrar na análise da validade da lei em razão de

²⁹³ De forma favorável ao controle judicial: GOMES, Luiz Flávio. Ec 41/2003. Reforma da previdência. Mensalão. Compra de parlamentares. Constitucionalidade da reforma. **Conteúdo Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/coluna/1366/ec-41-2003-reforma-da-previdencia-mensalao-compra-de-parlamentares-constitucionalidade-da-reforma>. Acesso em: 24 ago. 2020. LENZA, Pedro. O mensalão e o vício de Decoro Parlamentar. **Jornal Carta Forense**. 01 nov. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-mensalao-e-o-vicio-de-decoro-parlamentar/9081>. Acesso em: 17 nov. 2020. WALTER, Andréa Geraldês Cabral. **A admissibilidade do vício de decoro parlamentar no controle de constitucionalidade brasileiro**. Brasília: Kiron, 2014. Livro digital. De forma contrária ao controle: NASCIMENTO, Roberta Simões. Como se prova a inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar? Os problemas do julgamento das ADIs n. 4.887, 4.888 e 4.889. **JOTA**. 23 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/como-se-prova-a-inconstitucionalidade-por-vicio-de-decoro-parlamentar-23122020>. Acesso em: 28 dez. 2020. STRECK, Lenio Luiz. E o juiz mineiro “azdakiou” ou “Eis aí o sintoma da crise”. **Consultor Jurídico**. 01 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-01/senso-incomum-juiz-mineiro-azdakiou-ou-eis-ai-sintoma-crise>. Acesso em: 17 nov. 2020. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

desvio de finalidade legislativo, o exame deve se limitar ao atendimento dos fins constitucionais pela norma, mas não perquirir se o legislador votou por alguma razão, em tese, inconstitucional:

Os fins da lei são plausíveis de verificação objetiva pela *mens legis* e – se destoantes dos fins constitucionais – é dever do Judiciário fulminar seus efeitos. Só não lhe compete servir-se da motivação do legislador como caminho para descoberta de fins legais supostamente inconstitucionais.²⁹⁴

Para este autor, então, a análise do desvio de finalidade se limitaria apenas a um juízo de adequação da norma com os objetivos constitucionais, um juízo de razoabilidade e proporcionalidade da lei. Não seria cabível nenhuma forma de analisar as razões de escolha do parlamentar em relação a uma lei materialmente constitucional (que vai ao encontro dos fins da Constituição), haja vista que “ou a lei oferece em sua mensagem prescritiva razões para sua invalidação, objetivamente verificáveis, ou deve ser tida como válida”.²⁹⁵

A fim de mostrar como a questão da desproporcionalidade da norma está dissociada do desvio de finalidade legislativo, cabe mostrar o posicionamento de Carlos Maximiliano contrário à inconstitucionalidade da norma em razão apenas dos motivos que levaram os legisladores a aprovarem, como compra de votos:

Não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se o parlamento agiu por motivos inconstitucionais ou reprovados, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o Tribunal não a condena. [...].

A validade ou eficácia de uma lei, em face da Constituição, não depende, nem pode depender, de modo algum, dos motivos ou considerações que levaram a legislatura a elaborá-la. Ou as normas que prescreve são compatíveis com a Constituição e a lei é válida, ou há incompatibilidade e, neste caso, a declaração de ineficácia se impõe.²⁹⁶

Em artigo sobre o tema, Fábio Lima Quintas observa a chance de a lei poder atender ao interesse público e, ao mesmo tempo, ser fruto de corrupção de legisladores. Inclusive, ao citar exemplo hipotético, menciona a possibilidade de sua invalidade ser

²⁹⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997. p. 97.

²⁹⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997. p. 98.

²⁹⁶ MAXIMILIANO, 1929, *apud* GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. 2018. **ADI 5046635.98.2018.8.09.0000**. Órgão Especial. Relatora: Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira. DJ 04/12/2018. Disponível em <http://tjgo.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

apenas em relação aos responsáveis pelo processo de corrupção, permanecendo os efeitos da norma aos demais:

Para ilustrar, cogita-se da edição de uma instituindo programa de refinanciamento de dívidas tributárias que seja fruto de “atos de corrupção” de parlamentares. Essa lei pode ter beneficiado a empresa que a “encomendou” ilegitimamente para determinados parlamentares, mas também terá alcançado milhares de outros contribuintes que são totalmente estranhos ao processo de produção da legislação.

Pode-se opor a essa dificuldade, própria do juízo proferido em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, que a censura pela edição de ato derivado de motivação espúria é cabível no controle difuso, concreto e incidental, com o afastamento da aplicação do ato normativo inconstitucional para aquele que diretamente deu causa ao vício na formação da vontade política e dela se beneficiou. Essa discussão poderia surgir, por exemplo, em ação de improbidade ajuizada contra aqueles que praticaram tais atos.²⁹⁷

Sem dúvida, é difícil aplicar a ideia apresentada, basta considerar o exemplo da Emenda Constitucional 41/2013, na qual houve reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de compra de votos em sua aprovação, pois não é possível afastar a aplicação de tal normativo apenas em relação a quem recebeu contrapartida financeira pela sua aprovação (além disso, não possuiria nenhum efeito relevante nesse caso).

Carmen Chinchilla, ao se posicionar de forma contrária ao controle sobre o desvio de finalidade legislativo, expõe dois argumentos, quais sejam:

[...] primeiro, porque o desvio de poder é uma técnica de controle da discricionariedade e o legislador não tem discricionariedade, mas sim liberdade de configuração política, e segundo, porque o desvio de poder é um vício que consiste em se distanciar do fim estabelecido pelo ordenamento jurídico e, a Lei não tem fins impostos pela Constituição, mas limites que a mesma estabelece a seu conteúdo.²⁹⁸

É exatamente isso que se defende quanto ao desvio de finalidade legislativo. Se a lei é materialmente constitucional e não vai de encontro a nenhuma previsão da Constituição, não há que se falar em invalidade da lei caso o legislador tenha votado

²⁹⁷ QUINTAS, Fábio Lima. Corrupção no processo legislativo torna lei inconstitucional? **Consultor Jurídico**. 12 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-12/observatorio-constitucional-corrupcao-processo-legislativo-torna-lei-inconstitucional>. Acesso em: 01 dez. 2019.

²⁹⁸ CHINCHILLA, 1999, *apud* ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Trad. Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.

favorável à norma por um motivo que não seja o interesse público (o que não significa que a norma não atenda a este interesse).

Porém, discorda-se em um ponto específico da citação de Carmen Chinchilla, pois, ao contrário do afirmado por ela, é possível sustentar que a lei deve buscar fins impostos constitucionalmente, sendo que sua não implementação geraria uma lacuna nos moldes citados por Ferrajoli, o que, como já visto, não permite a intervenção jurisdicional para sua efetivação no sentido de “criar” uma norma²⁹⁹.

Ana Paula Barcellos, ao abordar o dever de fundamentação da justificativa dos atos normativos, defende ser possível extrair da Constituição da República que “a apresentação de proposições normativas por qualquer agente público deve ser obrigatoriamente acompanhada de justificativa”³⁰⁰, explicando o porquê e como deve se dar³⁰¹ a justificativa.

No que toca ao mérito da justificativa, aqui é o ponto relevante para a presente tese, a exigência de justificativa prévia ao ato normativo não autoriza “o controle judicial do conteúdo das razões e informações apresentadas no momento do debate político”³⁰². O objetivo do denominado DPEN (devido procedimento na elaboração normativa) seria, então, o debate político.

A partir do momento em que a autora afirma não ser possível o controle sobre as razões utilizadas pelos legisladores, surge a seguinte questão, pergunta esta que é respondida na obra dessa estudiosa: E se nesse discurso de fundamentação do legislativo surgir irracionalidades?

²⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Trad. André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 237.

³⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 128.

³⁰¹ Argumenta a doutrinadora que toda justificativa necessita conter três elementos (o que não significa que não haja outros recomendados): “(i) o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar; (ii) os impactos esperados pela medida proposta e (iii) os custos dessa medida” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 143).

³⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 153.

[...] a relação do devido procedimento na elaboração normativa com a racionalidade é procedimental e dialógica. O DPEN exige a exposição de razões e informações, bem como que sejam abordados os conteúdos mínimos que se vai expor na sequência. Eventuais possíveis “irracionalidades” serão trazidas à luz e poderão ser alvo de crítica, debate, avaliação e, eventualmente, superação. Caso nada disso “funcione” na contenção de “irracionalidades”, o sistema constitucional assegura em qualquer caso uma válvula de segurança, que será, como já referido, o controle de constitucionalidade das normas afinal editadas.³⁰³

Nota-se, assim, que tal conclusão acaba sendo que o controle é um juízo de constitucionalidade sobre o mérito material da lei. De tal modo que isso, mais uma vez, fundamenta o que este estudo se propõe a defender – não se deve confundir o desvio de finalidade com a presença de irracionalidades, desproporcionalidade no conteúdo da norma.

É fato que Ana Paula Barcellos defende um controle de constitucionalidade sobre as irracionalidades, porém não deixa claro se esse controle seria relativo ao conteúdo da lei ou sobre a relação entre o conteúdo e a fundamentação. Ela afirma que, durante o debate, não pode haver o controle, apenas após a lei, por meio do controle de constitucionalidade. Mas cabe pontuar que, quando essa doutrinadora menciona que, mesmo com a apresentação de justificativas, os riscos continuam, deixa evidente que tais riscos seriam controlados pelo Poder Judiciário, por meio da análise do conteúdo da lei. Frisa-se, “sobre o conteúdo”, não sobre as razões que deram origem à norma:

Em primeiro lugar, a justificativa apresentada por quem quer que seja poderá sempre ser equivocada, falsa ou ter por objetivo enganar e manipular os destinatários das ordens. A apresentação de justificativas – por importante que seja – não nos livra da nossa humanidade e nem resolverá todos os problemas: os riscos continuam.

[...]

Em um segundo momento, esses riscos são controláveis em certa medida pelo Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade do conteúdo da eventual norma que seja editada.³⁰⁴

Após essa exposição doutrinária sobre o tema, será feita uma complementação com ideias de Norberto Bobbio. Por mais que este autor não tenha se manifestado

³⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 157.

³⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 95.

expressamente sobre as consequências do desvio de finalidade legislativo, usar-se-ão ideias deste como forma de considerar inviável o controle judicial sobre este desvio.

4.3 O PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO: ALGUMAS PONDERAÇÕES

Como primeiro ponto neste autor, cabe frisar a menção já realizada de que a proibição do mandato imperativo é uma regra sem sanção³⁰⁵, ou seja, não haveria penalidade na elaboração de uma lei tendente a agradar um certo grupo e não a coletividade em geral, de forma que não existiria controle sobre o desvio de finalidade legislativo caso a norma seja materialmente constitucional.

Um segundo ponto seria relacionado à “igualdade” como finalidade do regime democrático, abaixo é mostrado isso para, após, explicar a relação com o desvio de finalidade legislativo.

Norberto Bobbio cita dois aspectos da democracia que devem ser devidamente distinguidos: a) o primeiro possui relação com sua forma e com seus meios:

Entendemos em primeiro lugar um conjunto de instituições ou de técnicas de governo: e foi disso que lhes falei até este momento. Sufrágio universal, regime parlamentar, reconhecimento dos direitos civis, princípio da maioria, proteção da minoria são todas instituições características de um regime democrático. Com base nisso podemos definir o regime democrático como o que se vale, para organizar a sociedade, de certas instituições mais do que outras³⁰⁶;

Já o segundo está relacionado ao fim do regime democrático (igualdade):

O fim que nos move quando queremos um regime organizado democraticamente é, numa única palavra, a igualdade. Assim podemos definir a democracia, não mais com relação aos meios, mas relativamente ao fim, como o regime que visa realizar, tanto quanto possível, a igualdade entre os homens.³⁰⁷

³⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 46.

³⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Qual a democracia?** Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 37-38.

³⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Qual a democracia?** Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 38.

Tem-se, então, que, quando se mencionam esses meios, definidos como democráticos, considera-se, assim, por ser melhor para alcançar o fim da democracia, que é a igualdade, sendo melhor, por exemplo, que o sistema hereditário.

A ligação disso com o desvio de finalidade está no fato de que, por mais que a norma não possa ser inconstitucional apenas pelo desvio, uma lei que possua tal “defeito” tende a violar o princípio da igualdade por favorecer alguém de forma indevida. Não que isso necessariamente irá ocorrer, pois pode haver leis aprovadas com contrapartida financeira para deputados que vão ao encontro do interesse público.

Mas considerando que, em regra, o desvio de finalidade pode acarretar uma lei que viole o princípio da isonomia, este seria uma forma de combatê-lo, não pelo desvio em si, mas pela inconstitucionalidade material da norma. Foi visto o exemplo, citado por Ferrajoli, que ocorreu na Itália.

Norberto Bobbio ainda afirma que a democracia deve ter a característica mínima de possuir regras definidas em relação a quem pode tomar as decisões que dizem respeito a coletividade e qual o procedimento necessário para isso. Essa é a diferença dos governos autocráticos.³⁰⁸

Uma outra característica é que aquele que é chamado a escolher os responsáveis por tomar as decisões (ou mesmo quando for ele mesmo uns dos encarregados de decidir – democracia direta) deve ter condições reais de escolha, visto que:

[...] é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. - os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte; isto é, do Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos “direitos invioláveis” do indivíduo.³⁰⁹

Assim, condicionar a validade das normas a um prévio processo de debate e de discurso com a população (não está se falando aqui de voto direto dos cidadãos nos

³⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 35.

³⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 38.

processos legislativos, mas de participação desses em discursos relacionados ao ato normativo) pode ter o seu revés, pois “nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia”³¹⁰. A figura do cidadão total³¹¹ pode ter como consequência um verdadeiro enjoo da população.

Além disso, deve ser ponderado, também, o próprio desconhecimento da população para participar de certos assuntos, como se vê:

[...] os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição da renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?³¹²

O homem médio, que possui instrução intermediária sobre certos assuntos, muitas vezes, não tem conhecimento para, a longo prazo, saber os malefícios de uma conduta que, em caráter imediato, possa parecer boa. Diante disso, pode-se questionar até que ponto seria relevante a necessidade de um constante discurso com a população nos procedimentos de elaboração normativa.

Isso não significa uma defesa de governos autocráticos, pois não se está renunciando a conteúdos garantidores de uma democracia, quais sejam:

[...] garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas com sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (nas democracias consociativas ou no sistema neocorporativo) ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalização de governo.³¹³

Em obra em que defende a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, Norberto Bobbio³¹⁴ não nega que se possa fazer uma análise de validade e de valor da norma, mas, sim,

³¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 48.

³¹¹ DAHRENDORF, 1977, *apud* BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 48.

³¹² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 60.

³¹³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 65.

³¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

que uma não pode interferir na outra, de modo que uma lei que obedeça ao rito previsto de elaboração, mas que, procedimentalmente, tenha possuído uma conduta que possa parecer injusta, como aprovação de um ato normativo por interesses particulares, seria válida (obviamente desde que obedeça materialmente à Constituição):

[...] é evidente que, se, por um lado, a Teoria Pura do Direito não pode ser confundida com a concepção jusnaturalista porque não subordina a validade ao valor, tampouco pode, por outro, ser confundida com a concepção legalista, a qual não faz nenhuma distinção entre validade e valor.³¹⁵

Ou seja, deve-se levar em conta aquele procedimento legislativo efetivamente previsto, não aquele desejável, Norberto Bobbio cita prefácio de obra de Kelsen em que é possível aferir isso:

Chamando tal doutrina de “teoria pura do direito”, pretende se dizer que ela é mantida livre de todos os elementos estranhos ao método específico de uma ciência, cuja finalidade é o conhecimento do Direito e não a sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele é efetivamente, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser, baseando-se em alguns juízos de valor. Este último é um problema político, e como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa de valores e não é objeto da ciência, que se ocupa da realidade.³¹⁶

Alguém poderia questionar: “mas não seria extremamente injusto que uma norma legislativa aprovada com exclusivos fins privados permaneça no ordenamento jurídico e produza efeitos?” Ora, não se deve ignorar a insegurança jurídica de se atribuir essa causa de invalidade não prevista expressamente no procedimento legislativo, até mesmo pela dificuldade em se analisar a intenção de cada parlamentar. Além do mais, pode ser questionado o excesso de poderes que os magistrados teriam para fazer esse juízo de avaliação do propósito do legislador.

Sem dúvida, há outras formas de fazer com que normas oriundas de eventual desvio de finalidade legislativo saia do ordenamento jurídico, como pressão popular pela sua revogação, bem como pela mudança do corpo legislativo que o povo escolherá após a edição da lei que possua o mencionado desvio.

³¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008. p. 31.

³¹⁶ KELSEN, 1945, *apud* BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008. p. 99.

Por mais que a lei não possa ser anulada pelo Poder Judiciário, isso não impede que haja um descumprimento coletivo da norma apta a torná-la ineficaz. Embora Norberto Bobbio negue o direito à desobediência civil³¹⁷ (“Quanto ao direito à desobediência civil, ele não existe, ou melhor, existe claramente o dever oposto, estabelecido pelo artigo 54, de ‘observar a constituição e as leis’”³¹⁸), reconhece, em outra obra, que se os destinatários da lei, ao realizarem juízos axiológicos, deixarem de cumprir normas do ordenamento jurídico, isso pode deslegitimar o sistema retirando a eficácia e a consequente legitimidade dele:

Desse ponto de vista, a legitimidade é um puro e simples estado de fato. O que não elimina que um ordenamento jurídico legítimo, na medida em que eficaz e como tal reconhecido pelo ordenamento internacional, possa ser submetido a juízos axiológicos de legitimidade, o que pode levar a uma gradual, mais ou menos rápida, inobservância das normas do ordenamento e, portanto, a um processo de deslegitimação do sistema. Resta, porém, que, com base no princípio da efetividade, um ordenamento continua a ser legítimo até que a ineficácia avance a ponto de tornar provável ou previsível a eficácia de um ordenamento alternativo.³¹⁹

Após a queda do fascismo na Itália, o estudioso questionou a existência, ou não, de uma democracia neste país,³²⁰ fazendo algumas considerações importantes para o presente trabalho.

Ele constata que, mesmo em regimes democráticos, quem governa é uma minoria, sendo que a diferença para os não democráticos está na forma com que essa minoria chega ao poder. Após, cita três aspectos que diferenciam os regimes democráticos dos autocráticos, são eles, a) eleição popular; b) renovação periódica do corpo eleito

³¹⁷ Sobre o tema “desobediência civil”, tivemos a oportunidade de publicar o seguinte artigo: MARQUES, Paulo Henrique Resende; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Sobre o dever de cumprir o ordenamento jurídico e a atuação do juiz: uma análise da desobediência civil de Ronald Dworkin baseada na integridade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania** – IDCC, Londrina, v. 5, n.1, p 128-139, jan/jul, 2020.

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p.130.

³¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. 21. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2018. p.120.

³²⁰ “Vocês certamente se recordam, logo após a libertação, da discussão entre Ferruccio Parri e Benedetto Croce sobre esse problema: existiu na Itália uma democracia antes do fascismo. A quinze anos de distância somos obrigados a nos perguntar: existe hoje a democracia na Itália? Pode ser que esse estado de desilusão dependa do fato de termos criado, nos anos da resistência ao fascismo, algumas ilusões, ou pelo menos de termos feito da democracia uma ideia muito fácil, simplificada, esquematizada”. (BOBBIO, Norberto. **Qual a democracia?** Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 22).

e; c) possibilidade de a classe política realmente ser modificada. O segundo aspecto possui íntima relação com o desvio de finalidade legislativo, pois é baseado no princípio fundamental da democracia da responsabilidade do eleito diante dos eleitores³²¹, o que leva tanto a reduzir o desvio de finalidade (pois o legislador sabe que pode não obter êxito nas próximas eleições a depender de seus atos), como corrigir o desvio com a mudança do corpo legislativo, que pode gerar novos atos normativos que revoguem os anteriores.

Essa correção ocorreu, por exemplo, na Itália, que alterou a legislação sobre o aumento do prazo prescricional penal³²², após a redução desse prazo para algumas situações específicas, para beneficiar especificamente o então primeiro-ministro, como nos mostra Ferrajoli, ao argumentar que a legislatura iniciada na Itália, em 2008, teve como foco de debate medidas para neutralizar processos contra aquele primeiro-ministro, visando possibilitar a prescrição:

[...] o debate político e uma parte relevante da atividade parlamentar de toda a legislatura iniciada em 2008 giraram em torno aos processos contra o primeiro-ministro e às leis e aos projetos de lei para neutralizá-los: o “legítimo impedimento”, o “decreto Alfano” ordinário e depois o “decreto Alfano” constitucional, o “processo breve”, com prazos abreviados inclusive para os processos em curso, ou mesmo alternativamente, “o processo longo”, graças às medidas dilatórias, visando a favorecer, em ambos os casos, a prescrição.³²³

Por fim, há mais um argumento, em Norberto Bobbio, favorável à impossibilidade de controle judicial do desvio de finalidade legislativo, qual seja, a estabilidade política. Isso pode ser constatado quando ele defende o sistema parlamentar de dois partidos: “Onde existem dois partidos a estabilidade está assegurada; onde existem muitos, dado que dificilmente um deles consegue ter a maioria absoluta, o governo nasce sempre da aliança entre partidos maiores e menores [...]”³²⁴.

³²¹ BOBBIO, Norberto. **Qual a democracia?** Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 23-25.

³²² Itália vai mudar as regras para a prescrição de crimes. **Jornal Nacional**, 8 nov. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/11/08/italia-vai-mudar-as-regras-para-a-prescricao-de-crimes.ghtml>. Acesso em: 23 jul. 2020.

³²³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 39.

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 37.

Essa “aliança” entre os partidos, muitas vezes, é obtida por meio de “trocas de favores” não necessariamente “ilegais”, como liberação de recursos para emendas parlamentares em troca de apoio político, porém eventualmente avançando para medidas não muito “republicanas”, como foi constatado na Ação Penal 470/MG a compra de votos para aprovação de determinadas medidas legislativas.

A partir do momento em que Norberto Bobbio considera a estabilidade como condição de eficácia da democracia, essa “troca de favores” seria uma forma de buscá-la, o que não significa que eventual lei aprovada em razão disso possa vir a violar algum preceito constitucional, pois, nesse caso, seria inválida pela inconstitucionalidade.

Cabe trazer novamente aqui a manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 4885 MC/DF de que certas negociações fazem parte do jogo democrático:

[...] há um processo político de negociação e de idas e vindas que fazem parte do jogo democrático. Logo, invalidar uma lei por este fundamento, a levar isso ao extremo, poderia produzir uma situação de absoluta anomia porque negociações, ainda mais nesse presidencialismo de coalizão que nós temos, ocorrem amiúde³²⁵.

De forma que acordos seriam necessários para se buscar uma estabilidade, principalmente em nível de presidencialismo. Dessa forma, caso se entenda que o desvio de finalidade é motivo ensejador de inconstitucionalidade, qual seria a linha caracterizadora do desvio? Como fundamentar a diferenciação em entender pela inconstitucionalidade de uma lei aprovada com compra de votos, mas pela constitucionalidade de uma lei aprovada em razão de liberação de recursos para emendas parlamentares?

Em ambas as situações, o motivo ensejador do voto não foi a finalidade pública ou o conteúdo da lei, de modo que não seria razoável diferenciar as duas situações mencionadas, embora a segunda tenda a ser mais aceita e sequer discutida

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019. Não negamos que o dito acima foi em manifestação oral, quando do voto escrito, fundamentou que compra de votos pode invalidar uma lei aprovada por compra de votos em razão de violação do princípio da moralidade na produção legislativa (desde que em número suficiente).

judicialmente³²⁶. Essa falta de linha divisória seria um dos argumentos para se rejeitar o controle judicial da norma apenas com base nos motivos que levaram o legislador a votar o projeto legislativo (o que não significa que não possa haver uma condenação penal deste em razão da venda de votos, porém sem interferir no resultado legislativo).

Isso até mesmo pela falta de certeza dos motivos, pois, como já afirmado, o parlamentar pode ter recebido contrapartida financeira para votar favorável a um projeto de lei e, ainda assim, achar que ele vai ao encontro do interesse público.

Com a exposição deste capítulo, percebe-se que ambas as posições possuem prós e contras. Pela impossibilidade de controle judicial sobre o desvio de finalidade legislativo: a) falta de segurança jurídica em relação às normas produzidas; b) impossibilidade de saber se o parlamentar agiu ou não com desvio de finalidade; c) possibilidade de o Poder Judiciário, ao invalidar a norma, também agir com desvio de finalidade; d) dificuldade de saber o que seria um procedimento de comunicação ideal; e) admissibilidade de que, mesmo com desvio de finalidade, a norma alcance o interesse público; f) dificuldade de achar a linha divisória apta a caracterizar o desvio (exemplo: apoio político em troca de liberação de emendas parlamentares o configuraria? e votar favorável à lei porque é boa para ele?); g) possível influência em uma estabilidade política, não na lógica apenas de que “há um processo político de negociação e de idas e vindas que fazem parte do jogo democrático” (como ressaltado pelo Ministro Luis Roberto Barroso³²⁷), mas também no sentido de que permitir que o Poder Judiciário entre no subjetivo do parlamentar pode vir ferir tal estabilidade.

Óbvio que, quando se fala em estabilidade política, não se está querendo legitimar a corrupção e a compra de votos de legisladores, mas justificar atos mais aceitáveis, como apoio político em troca de liberação de emendas parlamentares, por exemplo, sendo que isso também acarreta uma votação legislativa em que a razão subjetiva

³²⁶ Ressalta-se, por exemplo, a liberação de emendas parlamentares para aprovação da reforma da previdência: SCHREIBER, Mariana; SHALDERS, André. Reforma da Previdência: governo prioriza 'Centrão' ao liberar R\$ 2,5 bi em emendas antes de votação. **BBC News Brasil**. Brasília, 10 jul. 2019. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48931732>. Acesso em: 31 ago. 2020.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

dos votantes não será apenas o conteúdo do projeto de lei, de modo que possível mencionar a presença de eventual desvio de finalidade na votação.

Já de modo favorável ao controle judicial sobre o desvio de finalidade legislativo, tem-se: a) permitir a presença de normas que tiveram como motivação de produção não o que foi externado; b) possibilitar que parlamentares recebam contrapartida financeira para aprovar ou desaprovar projetos de leis, acarretando que se beneficiem da própria torpeza; c) ocasionar que os eleitores sejam enganados ao acharem que a lei foi aprovada por outro motivo, diverso do declarado, sendo que Paulo Nader ensina que, para Habermas, “a falta de verdade no elemento proposicional induz à patologia do erro. A veracidade constitui outra razão que justifica a pretensão de validade. O sentido ilocucionário da fala não deve induzir em erro o destinatário.”³²⁸; d) existir maior participação popular no processo de elaboração legislativa, na medida em que a lei apenas será válida se houver uma coincidência entre os motivos expostos e a realidade.

Contra argumentando o ponto “b” do parágrafo anterior, é possível frisar que eventual condenação penal por corrupção pode ocorrer, o que impediria o parlamentar de se beneficiar da própria torpeza, ainda que a lei permaneça válida.

Já rebatendo o ponto “d”, tem-se que há mecanismos que permitam a maior participação popular sem que seja considerada inválida uma norma aprovada com desvio de finalidade legislativo. Quanto a isso, Ferrajoli assevera que:

A participação política e a auto-organização social, por outro lado, podem ser promovidas também por meio do desenvolvimento de novas formas de cidadania ativa e de democracia participativa, baseadas na intervenção direta dos cidadãos nos processos decisoriais: sobre a sua pressão “de baixo”, exercida pelos movimentos e associações por intermédio do debate público em torno de temas específicos, ou mesmo sobre o seu comprometimento “do alto”, por intermédio de consultas, assembleias ou pesquisas promovidas pelos partidos ou pelas administrações públicas.³²⁹

Em relação ao entendimento de que a quebra de decoro parlamentar possa gerar a nulidade da lei aprovada por meio de compra de votos, por exemplo, entende-se, aqui,

³²⁸ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 304.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 70-71.

que a quebra de decoro pode (e deve) gerar sanções ao parlamentar (conforme estabelecido no inciso II e §1º do art. 55 da Constituição da República), mas não tornar nula a lei aprovada com base exclusivamente neste motivo. “A Constituição acena, nesses casos, pois, com a violação do necessário decoro parlamentar, que é vício no qual podem incidir os parlamentares e não as leis”³³⁰. Ora, uma vez que essa irregularidade recai sobre o legislador, apenas pode gerar consequências para ele, não atingindo a lei produzida.

³³⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

CONCLUSÃO

A forma de o povo tomar suas decisões legislativas por meio de representantes eleitos possui suas consequências, dentre as quais a de se sujeitarem a escolhas feitas por um pequeno grupo de legisladores.

Apesar disso, por mais que, atualmente, haja um grande avanço na tecnologia da informação, inviável que se fale em uma democracia exclusivamente direta, pode-se, no máximo, defender um aumento desta em situações possíveis, isso até mesmo pela falta de conhecimento técnico para o povo dispor sobre certos assuntos (o que não significa, necessariamente, que os parlamentares possuam). Assim, não há como fugir dessa forma representativa (isso caso seja optado por uma democracia ao invés de regimes autocráticos).

Cabível de ser alegado, também, uma maior participação popular nos processos de deliberação legislativa, seja por meio de debates com os cidadãos e grupos interessados, seja por meio de divulgação ampla de todas razões e consequências visadas pelas medidas legislativas, mas isso não evita que, ao final, no momento da votação, os parlamentares votem sem objetivar um interesse público.

Quando o legislador realiza uma decisão legislativa, razoável que ele almeje que essa escolha seja boa para ele (assim como para toda a sociedade). A situação é diversa quando ele visa beneficiar exclusivamente um certo grupo (exemplo, o setor agropecuário). No que se refere a essa hipótese, a questão é mais aceita, até porque, apesar de o mandato ser livre (ao invés de vinculado), ele foi eleito por aquele grupo com o fim de proteger certos interesses. Além disso, como mostra Norberto Bobbio, a proibição do mandato imperativo é uma regra que não possui sanção³³¹.

Restringindo ainda mais, há a situação em que o legislador visa apenas a um bem pessoal, como decidir, em um determinado sentido, apenas porque esse ato lhe rendeu, por meio de suborno, uma certa quantia em dinheiro.

³³¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 46.

Nessa hipótese, cabe argumentações relevantes contrárias e favoráveis à inconstitucionalidade da lei. Sem dúvida, jamais é possível saber ao certo qual foi a vontade do parlamentar, pois o legislador poderia votar daquela forma ainda que não recebesse contrapartida financeira alguma. Aqui, já se tem um dos argumentos contrários ao controle.

Um ponto que não pode ser negado, seja qual for o posicionamento adotado, é que o legislador possui limites. Quando esta tese defende que não cabe controle judicial sobre o desvio de finalidade legislativo, considera-se que a lei está sujeita ao conteúdo material da Constituição, em especial os direitos e as garantias fundamentais e as normas atinentes à Administração Pública (art. 37 e seguintes), ou seja, a lei será inconstitucional não pelo desvio, mas por violar um desses direitos ou deveres, sendo que há grande probabilidade de que uma lei que padeça de desvio viole algum princípio constitucional, como a igualdade.

Ademais, é possível que um reconhecimento judicial de desvio de finalidade legislativo gere efeitos que não sejam referentes à inconstitucionalidade da norma. Por exemplo, se uma empresa, ao realizar corrupção ativa, “financiar” uma lei tributária que renda milhões de reais de isenção, ela deverá ressarcir esse valor ao erário, no que pese a validade da norma para terceiros (salvo se for inconstitucional em razão de violação do princípio da isonomia, exame que só pode ser feito diante do caso concreto).

Além desses dois fundamentos contrários ao controle judicial sobre o desvio de finalidade em questão (impossibilidade de saber quais os reais motivos que levaram o legislador a decidir de certa forma e limitação da discricionariedade deste pelo conteúdo material da Constituição), tem-se, ainda, a necessidade de se resguardar a segurança jurídica dos atos legislativos produzidos e de se buscar uma estabilidade política (e aqui está sendo feita menção a casos “toleráveis”, como apoio parlamentar em troca de liberação de emendas parlamentares). Com efeito, a mera intenção do legislador, ao aprovar (ou desaprovar) um projeto de lei, é irrelevante para influenciar em sua validade.

No caso de não aprovação (legisladores receberam dinheiro para votarem contrário ao projeto de lei), ficaria sem utilidade a declaração de inconstitucionalidade, pois o

resultado permaneceria do mesmo modo, qual seja, a não promulgação da norma, já que a repetição da sessão legislativa não impediria que a votação seja da mesma forma em que foi na primeira sessão e, como defendido neste trabalho, o Poder Judiciário não poderia “promulgar” essa lei não aprovada por falta de poderes constitucionais para isso.

Pontua-se, também, a existência de outras formas de evitar o desvio de finalidade legislativo, como, em casos mais graves (venda de votos em troca de contrapartida financeira, por exemplo), punição efetiva do parlamentar que agiu dessa forma, seja penal ou funcional e, também, implementação de mecanismos aptos a evitar que o poderio econômico influencie no direito, como evitar ponderação de princípios que restrinja o direito à liberdade de informação em prol do direito de propriedade dos meios de comunicação.

Nos casos aludidos, há uma “vontade” do parlamentar, ainda que seja para atender fins privados. Esse elemento volitivo estará presente, igualmente, na hipótese de o legislador votar sem conhecimento do projeto de lei, pois ele fez a escolha de assim agir. Isso não ocorre no caso de erro material ou de coação, situação na qual foi defendido, neste estudo, ser possível arguir a nulidade da lei (caso tenha sido aprovada) ou a repetição da sessão legislativa para correção do erro ou da coação, isso em razão da ausência de elemento necessário para a formação do ato legislativo.

A ideia pela qual possa haver inconstitucionalidade no caso de compra de votos por violação do decoro parlamentar possui elogios, como evitar que legisladores, valendo-se de um agir estratégico, simulem um fim, mas, em seu íntimo, busquem apenas interesses privados.

Porém a infringência ao decoro parlamentar, pela Constituição da República, incide apenas sobre o legislador, tanto que a consequência legal que esta Carta prevê é somente a perda do mandato legislativo.

Em que pese isso, tal entendimento foi utilizado pela Ministra Carmen Lúcia na ADI 4889/DF, como relatora, no que foi acompanhada pelos demais ministros. Mas o resultado foi a constitucionalidade da lei sob a argumentação de que o número de

deputados “comprados” não influenciou no resultado, motivo pelo qual não se pode falar que todos os julgadores da Suprema Corte entendem assim, até porque houve manifestação contrária em sede cautelar na ADI 4885/DF.

Para não incidir nesse erro de confundir uma consequência que deve ser imputada ao legislador com um efeito atribuído à lei, mais razoável argumentar uma terceira espécie de inconstitucionalidade: por vício legístico. Isso caso se defenda um controle judicial sobre o desvio de finalidade legislativo.

Pontua-se que a lei pode ser aprovada com desvio de finalidade, mas ir ao encontro do interesse público. Imagine-se uma situação em que o governo tem ciência de que a lei é “boa”, que atende à coletividade, inclusive realizou estudos nesse sentido, porém sabe que só irá conseguir apoio de parlamentares suficientes se houver compra de votos de alguns.

Esse dinheiro para “banciar” esses deputados de alguma forma irá causar prejuízo ao Poder Público. Ainda que seja pago por uma empresa que não tenha nenhum benefício com a lei (e logo irrelevante para ela os efeitos dessa norma), o governo pode oferecer vantagens indiretas como aditivos contratuais superfaturados. Neste caso, há uma série de cometimentos de tipos penais e de atos de improbidade administrativa, óbvio que condutas como essas devem ser evitadas e, uma vez ocorridas, devem ser punidas de forma efetiva com o total ressarcimento do prejuízo causado ao erário, além das multas cabíveis.

Fato é que a lei aprovada é válida, sendo que a forma dela sair do ordenamento jurídico é por meio de Ação Direta de Constitucionalidade (caso não tenha obedecido o rito previsto ou tenha violado alguma norma constitucional), ou por meio da revogação pelo Poder Legislativo – seja por meio de pressão popular, seja por meio de mudança do corpo legislativo.

Esse exemplo mostra que nem sempre haverá inconstitucionalidade material no caso de desvio de finalidade legislativo, pois foi um cenário em que o governo tinha convicção de que a lei era boa e atendia ao interesse público, porém necessitava

dessa “artimanha” para aprová-la (o financiador da lei, neste caso, não tinha interesse direto nela).

Mas a suposição apresentada não pode ser tomada como regra, pois é comum que uma lei que tenha sido aprovada com desvio de finalidade venha a violar algum direito ou dever constitucional, em especial quando o responsável por eventual suborno legislativo tenha interesse direto, como o direito à igualdade.

Dois pontos devem ser reforçados neste momento: a) nem sempre o desvio de finalidade será decorrente de compra de votos; b) um interesse direto na lei não, necessariamente, ocasionará violação do princípio da igualdade.

Neste sentido, o julgado do Tribunal de Justiça de Goiás³³² examinou a validade de um dispositivo legal que foi acrescentado por um deputado estadual em um projeto de lei de competência do governador do Estado. Tal dispositivo beneficiava diretamente à carreira desse servidor (efetivo de carreira da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás).

O Tribunal de Justiça de Goiás entendeu que, ainda que provado o desvio de finalidade, haveria inconstitucionalidade apenas se a norma violasse algum conteúdo da Constituição (o benefício era para todos os servidores daquela carreira, ou seja, em tese, não há uma violação ao princípio da isonomia). Tanto é assim que a conclusão do julgamento foi pela inconstitucionalidade por violação de um dispositivo da Constituição Estadual que vedava promoção por merecimento para servidor afastado para exercício de mandato eletivo (o que a norma impugnada permitia).

Assim, a norma foi considerada materialmente inconstitucional, situação “comum” de ocorrer no caso de desvio de finalidade, por isso não se deve confundir violação da proporcionalidade com desvio de finalidade. Aquele pode ser, no máximo, um indicativo de que houve desvio, mas se ela já é inconstitucional pela desproporcionalidade, irrelevante adentrar nas intenções do legislador.

³³² GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. 2018. **ADI 5046635.98.2018.8.09.0000**. Órgão Especial. Relatora: Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira. DJ 04/12/2018. Disponível em: <http://tjgo.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Tudo isso mostra como esse tema comporta controvérsias e questionamentos. Longe aqui de se buscar uma defesa de atos oriundos de corrupção e de improbidade, defende-se que a inviabilidade de controle judicial, no caso examinado, é medida que se mostra mais eficaz para preservar a segurança jurídica e a estabilidade política necessária.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 18, n. 01, p. 15-40, jan./abr., 2017.
- ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: UFMG, vol. 110, 2015, p. 35-73.
- ALVARENGA, Flávia. Waldir Maranhão desiste da decisão de anular processo de impeachment. **G1**. 10 mai. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/05/waldir-maranhao-desiste-da-decisao-de-anular-processo-de-impeachment.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Trad. Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. Tradução de Sílvia do Prado Aragão; revisor técnico: André Ramos Tavares. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais _ RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 144-170, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx? pdiCntd=39824>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. 21. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.
- BOBBIO, Norberto. **Qual a democracia?** Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1951. **RE 18331/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Ozimbo Nonato. 21/09/1951. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1960. **RMS 7243/CE**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Gallotti. DJ 20/01/1960. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002. **ADI 2667 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 19/06/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2007. **MI 712/PA**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. DJ 25/10/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **AP 333/PB**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/12/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **AP 396/RO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carmen Lúcia. DJ 28/10/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2012. **AP 470/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 17/12/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2013. **Parecer nº 10322-PGR-RF na ADI 4889/DF**. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015. **ADI 4650/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. DJ 16 e 17/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. **MS 34071 MC/DF**. Decisão Monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 19/03/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **ADI 4885 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 27/06/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. **ADI 4889/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carmen Lúcia. Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. **MS 34071 ED-AgR-ED-ED/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Sessão Virtual de 20/03/2020 a 26/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-227.

CAIADO entra na Justiça contra perdão de dívidas da JBS. **Radar**. 24 de julho de 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/caiado-entra-na-justica-contra-perdao-de-dividas-da-jbs/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2017. 2 v.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: UFMG – Pós-graduação da Faculdade de Direito, nº 88, p. 81-108, dez. 2003.

CARVALHO, Pedro. Juiz rejeita ação de Caiado contra Marconi no caso JBS. **Revista Veja** – Blog Radar. 23 maio 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/juiz-rejeita-acao-de-caiado-contra-marconi-no-caso-jbs/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 06, n. 1, p. 159-174, 2010.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional**: sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COSTA, Fabiano; OLIVEIRA, Mariana; PASSARINHO, Nathalia. Supremo condena José Dirceu por compra de votos no mensalão. **G1**. Brasília, 10 out. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/10/supremo-condena-jose-dirceu-por-compra-de-votos-no-mensalao.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

COSTA, Francisco Manuel García. La democracia electrónica como significado de la expresión constitucional <<sociedad democrática avanzada>>. In: ALEMÁN, Ángel Aday Jimenez (Org.). **Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020. p. 101-120. v. 3. Disponível em:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2020-108_3. Acesso em: 06 dez. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro. Forense: 1973.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Ricarlos Almagro. A condução do raciocínio jurídico pelo problema como a grande contribuição da tópica para o direito. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; ADEODATO, João Maurício Leitão; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. (orgs.). **Filosofia do Direito II**. Florianópolis: FUNJAB, p. 374-391, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3d3621cee6f49e93>. Acesso em: 23 set. 2020.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Editora UNB, 2010.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Handel Martins. Cabimento dos embargos de declaração para a correção de erro material do juiz: oportunidade para se rediscutir a natureza jurídica do pedido aclaratório. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 306. p. 225-244. ago. 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais Online.

DIAS, Handel Martins; REIS, Mauricio Martins. Da especificidade normativa do decreto de inconstitucionalidade na fiscalização abstrata procedida pelo supremo tribunal federal. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia; DIAS, Handel Martins; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. (Orgs.). **Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional: justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. 368 p. v. 4. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Anais-do-IV-Congresso-Mundial-de-Justica-Constitucional-v.4.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, v. 52, n. 195, p. 167-187, out./dez. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p167. Acesso em: 11 nov. 2020.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, v. 49, n. 195, p. 7-24, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 set. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, João Carlos de. MP-GO pede nulidade de benefício fiscal e bloqueio de R\$ 949 milhões da JBS. **Assessoria de Comunicação Social do MP-GO**. 11 dez. 2019. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/mp-go-pede-nulidade-de-beneficio-fiscal-e-bloqueio-de-r-949-milhoes-da-jbs#.X7QZw2VKjIW>. Acesso em: 17 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio, TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre o direito e democracia. Trad. Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio, TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-254.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. 2004. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdades de Direito de Vitória, Vitória. 2004. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da efetivação dos direitos fundamentais pela tipificação do crime de desobediência no descumprimento de decisões judiciais em mandado de segurança. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 05, p. 151-159, jan./jun., 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Ec 41/2003. Reforma da previdência. Mensalão. Compra de parlamentares. Constitucionalidade da reforma. **Conteúdo Jurídico**. 2012.

Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/coluna/1366/ec-41-2003-reforma-da-previdencia-mensalao-compra-de-parlamentares-constitucionalidade-da-reforma>. Acesso em: 24 ago. 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. 2018. **ADI 5046635.98.2018.8.09.0000**. Órgão Especial. Relatora: Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira. DJ 04/12/2018. Disponível em: <http://tjgo.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. 2020. **Agravo de Instrumento 5204488.05.2020.8.09.0000**. 5^a Câmara Cível. Relator: Des. Olavo Junqueira de Andrade. DJ 01/10/2020. Disponível em: <http://tjgo.jus.br/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

GÖTZKE, Manfred. UE quer reduzir império televisivo de Berlusconi. **DW**. 09 out. 2007. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/ue-quer-reduzir-imp%C3%A9rio-televisivo-de-berlusconi/a-2815536>. Acesso em: 18 ago. 2020.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução de Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan. / mar. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39827>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 3. n. 7. p. 04-19. 1989. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528>. Acesso em: 30 junho 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

ITÁLIA vai mudar as regras para a prescrição de crimes. **Jornal Nacional**, 8 nov. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/11/08/italia-vai-mudar-as-regras-para-a-prescricao-de-crimes.ghtml>. Acesso em: 23 jul. 2020.

JASPER, Fernando. Voto errado barrou a idade mínima para aposentadoria em 1998. **Gazeta do Povo**. 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/voto-errado-barrou-a-idade-minima-para-aposentadoria-em-1998-2088t863g6q8cjavf7el81rh2/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** – RIHJ, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jan./dez. 2006. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LENZA, Pedro. O mensalão e o vício de Decoro Parlamentar. **Jornal Carta Forense**. 01 nov. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-mensalao-e-o-vicio-de-decoro-parlamentar/9081>. Acesso em: 17 nov. 2020.

LUCHI, José Pedro (org.). **Linguagem e Socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao Direito. **Sofia (Vitória)**, Vitória, n. VII, p. 175-200, 2001.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARQUES, Paulo Henrique Resende. **Controle Judicial do Veto Jurídico: uma análise constitucional e processual**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARQUES, Paulo Henrique Resende; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Sobre o dever de cumprir o ordenamento jurídico e a atuação do juiz: uma análise da desobediência civil de Ronald Dworkin baseada na integridade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n.1, p 128-139, jan./jul., 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MENDANHA, Soraya; VILAR, Isabela. Congresso anula sessão que afastou Jango e abriu caminho para o Golpe de 1964. **Senado Notícias**. 21 nov. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/21/congresso-anula-sessao-que-afastou-jango-e-abriu-caminho-para-o-golpe-de-1964>. Acesso em: 18 dez. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MINAS GERAIS. 1ª Vara da Fazenda e Autarquias de Belo Horizonte/MG. 2012. **Sentença no Mandado de Segurança n. 0024.12.129.593-5**. DJ 03/10/2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-mensalao-reforma-previdencia.pdf/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2013. **Apelação Cível 1.0024.12.129593-5/001**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des^a. Sandra Fonseca. DJ 18/06/2013. Disponível em: <http://tjmg.jus.br/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2013. **Apelação Cível 1.0702.09.570233-9/001**. 8ª Câmara Cível. Relator: Desº. Elpídio Donizetti. DJ 04/04/2013. Disponível em <http://tjmg.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado e democracia: onde está o povo? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** – RIHJ, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jan./dez. 2006.

MOREIRA, João Batista Gomes. Desvio de poder e suas configurações atuais. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63755>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. **Cadernos da Escola Legislativo**, Belo Horizonte, n. 02, jul./dez. 1994. Trad. Menelick de Carvalho Netto.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento. Pressupostos de inelegibilidade em razão de maus antecedentes do candidato – A questão da improbidade administrativa. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, p. 7-24. jul. 2008.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Como se prova a inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar? Os problemas do julgamento das ADIs n. 4.887, 4.888 e 4.889. **JOTA**. 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/como-se-prova-a-inconstitucionalidade-por-vicio-de-decoro-parlamentar-23122020>. Acesso em: 28 dez. 2020.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 08, p. 205-226, maio/ago., 2017.

PASSARINHO, Jasper. Presidente em exercício da Câmara anula votação do impeachment. **G1**. 09 maio 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/presidente-em-exercicio-da-camara-anula-votacao-do-impeachment.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.

PEDRA, Adriano Sant’Ana; MARQUES, Paulo Henrique Resende. Da utilização do garantismo como forma de fortalecer os direitos sociais: a política pública do §5º, artigo 40 da Lei 8.666/93 como exemplo. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 14, n. 2, p. 107-117, 2019. Disponível em:

<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/161>. Acesso em: 23 out. 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reforma Política: compromissos e desafios da democracia brasileira. **Arquivos de direito público**: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o direito público. São Paulo: Método, 2007

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Na defesa de uma democracia participativa. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 3, n. 34, p. 1-9, dez. 2003. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/355/3526>. Acesso em: 17 mar. 2020.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**: a hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINTO, Djalma. **Infratores no poder**: como impedir o acesso de delinquentes na representação popular. Fortaleza: [s.n.], 2016.

PROVAS mostram que leis tributárias foram compradas, diz Herman Benjamin. **Consultor Jurídico**. 31 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-31/leis-tributarias-foram-compradas-ministro-herman-benjamin>. Acesso em: 11 nov. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUINTAS, Fábio Lima. Corrupção no processo legislativo torna lei inconstitucional? **Consultor Jurídico**. 12 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-12/observatorio-constitucional-corrupcao-processo-legislativo-torna-lei-inconstitucional>. Acesso em: 01 dez. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 133-166.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Caio. Excesso de poder no exercício da função legislativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 140, p 283-294, out./dez. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/443>.

SARMENTO, Daniel. As Lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, nº 12, p. 29-58, jul./dez., 2012.

SCHREIBER, Mariana; SHALDERS, André. Reforma da Previdência: governo prioriza 'Centrão' ao liberar R\$ 2,5 bi em emendas antes de votação. **BBC News Brasil**. Brasília, 10 jul. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48931732>. Acesso em: 31 ago. 2020.

SCOTTI, Guilherme. Teoria discursiva do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/99/edicao-1/discursiva-do-direito,-teoria>. Acesso em: 30 jun. 2019.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 104-143, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39825>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Compra de lei dá tese ou cadeia? A pandemia e a caixa de pandora. **Consultor Jurídico**. 03 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/streck-compra-lei-tese-ou-cadeia-pandemia-caixa-pandora>. Acesso em: 11 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. E o juiz mineiro “azdakiou” ou “Eis aí o sintoma da crise”. **Consultor Jurídico**, 01 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-01/senso-incomum-juiz-mineiro-azdakiou-ou-eis-ai-sintoma-crise>. Acesso em: 17 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-94.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-73. out./dez., 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-103, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39826>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

WALTER, Andréa Geraldês Cabral. **A admissibilidade do vício de decoro parlamentar no controle de constitucionalidade brasileiro**. Brasília: Kiron, 2014.