

**A TEORIA DO DESVIO DE PODER E SUA APLICAÇÃO NA FUNÇÃO  
LEGISLATIVA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

*THE THEORY OF THE DEVIATION OF POWER AND ITS APPLICATION IN THE  
LEGISLATIVE FUNCTION IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME  
FEDERAL COURT*

**Hamilton Gomes de Santana Neto<sup>1</sup>**

**Rafael da Silva Menezes<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo objetiva a análise da teoria do desvio de poder e sua possibilidade de aplicação à Função Legislativa. De se notar que, no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, muitas são, ou deveriam ser, as atribuições do Legislativo, razão pela qual a delimitação de seu campo de trabalho pode ensejar numa garantia aos direitos fundamentais. Afinal, se o povo é quem viverá as criações ou atuações legislativas de seus representantes políticos, por que não evidenciar métricas para o controle de tal atividade? O Legislativo é considerado, para além de uma função estatal da república, um Poder e, portanto, traz consigo enorme responsabilidade que deve ser observada para não se desviar de seus caminhos constitucionais. Assim, a análise baseada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem como objetivo expor situações fáticas envolvendo o Poder Legislativo e refletir sobre eventuais parâmetros para se identificar desvios das bordas constitucionais.

**Palavras-chave:** Desvio de poder; Função legislativa; Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** This excerpt excels in the analysis of the theory of power misuse and its possibility of application to the Legislative Function. It should be noted that, in today's Brazilian legal system, there are many attributions of the Legislative, which is why the

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. - UFAM. Especialista em Direito Processual pela Escola Superior da Magistratura do Amazonas – ESMAM. Especialista em Direitos Humanos pela Escola Superior de Advocacia do Amazonas – ESA – OAB/AM. Graduado pela Faculdade de Direito da UFAM. Professor Voluntário de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFAM. Técnico Judiciário em Assessoria de Desembargador do TJ/AM. E-mail: hgsneto1994@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4373365414837392>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6167-4290>.

<sup>2</sup> Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra (IGC – Centro de Direitos Humanos). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG – Capes 6). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), onde ministra a disciplina Direito Constitucional no Curso de Mestrado e as disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil, nos cursos de Graduação e Especialização. E-mail: rafaelmenezes@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9067692701564707>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3910-243X>.

delimitation of its field of work can lead to a guarantee of fundamental rights. After all, if the people are the ones who will experience the creations or legislative actions of their political representatives, why not show metrics to control such activity? The Legislative is considered, in addition to a state function of the republic, as a Power and, therefore, brings with it an enormous responsibility that must be observed in order not to deviate from its constitutional paths. Thus, the analysis based on the jurisprudence of the Federal Supreme Court aims to expose factual situations involving the Legislative Power and reflect on possible parameters to identify deviations from the constitutional borders.

**Key-words:** Misuse of power; Legislative function; Federal Supreme Court.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O legislador e o plano ético-normativo; 3. O controle da função legislativa e o Supremo Tribunal Federal; 3.1. O vício no decoro parlamentar; 3.2. O estado de coisas inconstitucional; 3.3. O constante conflito de competências legislativas entre os Entes Políticos; 3.4. O “contrabando legislativo”; 3.5. Leis inúteis frente às leis necessárias; 3.6. O “orçamento secreto”; 4. O discurso democrático na busca por um Legislativo legítimo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria do desvio de poder é mais conhecida quando do estudo dos Poderes Administrativos, que são, em apressado conceito, atribuições de determinadas autoridades para consecução do interesse público (DI PIETRO, 2009, p. 88).

É de se notar que tal instituto é espécie, assim como o excesso, do gênero abuso de poder (CARVALHO FILHO, 2009, p. 44).

O excesso evidencia-se quando o agente atua fora dos limites de sua esfera de competência, ao passo em que o desvio ocorre quando o agente, embora competente, contraria finalidade prevista em norma que lhe conferiu tal atribuição (MEIRELLES, 1997, p. 96).

Sucedem que tal teoria não se limita ao campo dos poderes Administrativos, notadamente porque o termo “Poder” detém duplo sentido, ou seja, pode referir ao viés orgânico, que trata do centro de imputação do Poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou ao plano funcional, relativo ao modo de exercer a função pública (MOREIRA NETO, 2009, p. 20).

Aquele primeiro sentido de “Poder” é, pois, o alvo deste estudo, mais especificamente focado no Poder Legislativo, ou tecnicamente, na Função Legislativa, já que o Poder soberano de um Estado moderno é uno e indivisível (DALLARI, 2012, p. 87).

Tem-se como fonte da pesquisa a jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal, que muito vem tergiversando acerca da matéria, principalmente ao apreciar questões sobre contrabando legislativo, vícios no decoro parlamentar frente ao controle de constitucionalidade, omissões quanto a direitos programáticos, reações legislativas (*backlash*), dentre tantos outros exemplos a serem explorados.

O estudo de tal cenário pode, ainda, suscitar novas problemáticas que envolvem as atribuições da Função Legislativa e o questionamento de até onde tal “Poder” é capaz de atuar sem configurar supostos desvios, trazendo-se exemplos práticos e hodiernos, como “devolução” de medidas provisórias, travamentos de pautas, demoras em votações, proposições legislativas de pouca “relevância” social, etc.

A exposição de tais panoramas fáticos, longe de trazer soluções herméticas ou simplesmente criticar, objetiva incitar o debate acerca dos limites da atuação do Legislativo e eventual incidência da teoria do desvio de poder para se pensar em possibilidades de controle, seja pelos outros “Poderes”, seja pelo próprio Povo, de maneira democrática e como elemento constitutivo de um Estado moderno (DALLARI, 2012, p. 101).

## **2. O LEGISLADOR E O PLANO ÉTICO-NORMATIVO**

Como já visto, o desvio de poder revela-se como vício para além da função administrativa, compreendendo também o desempenho do poder preordenado, razão pela qual este será desviante caso não siga em direção a seu fim (MEDAUAR, 2008, p. 267).

Antes do desvio, no entanto, tem-se que determinada situação está compreendida no gênero abuso de poder que, para boa parte da doutrina, ainda estaria dentro do gênero maior da ilegalidade. Consoante observam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2021, p. 267):

(...) o abuso de poder é espécie do gênero ilegalidade, significa dizer, toda conduta que implique abuso de poder é uma conduta ilegal (contrária ao ordenamento jurídico, incluídos as leis e outros atos normativos, bem como os princípios jurídicos). Julgamos acertado afirmar que, embora nem toda ilegalidade configure abuso de poder, toda atuação com abuso de poder é ilegal.

Logo, o desvio do poder, como situação vacilante ao fim disposto em norma do ordenamento, é, antes de tudo, uma ilegalidade (CARVALHO FILHO, 2009, p. 44-45).

Não se deve olvidar, no entanto, que a prática de determinado ato ilegal transpõe a barreira da existência, mas esbarra na validade que, em sucinta conceituação, é a qualidade de estar de acordo com as “regras” do ordenamento jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 42).

Deve-se ressaltar, ainda, a singularidade entre regras e princípios, espécies do gênero norma. Assim, o ato ou omissão, para não ser desviante, por mais que respeite as regras positivadas de um ordenamento, deve também respeitar ao viés axiológico do sistema jurídico (GRAU, 1996, p. 19).

Afinal, no mundo moderno, os legisladores devem ser vistos não mais como meros “editores” de regras frias, mas como partes de um conjunto maior, onde as normas jurídicas se preocupam com o cenário fático (efetividade social) e buscam aspecto axiológico, valorativo (o bem comum, o ideal de Justiça).

Na visão de Max Scheler, toda e qualquer atividade humana, enquanto intencionalmente dirigida à realização de um valor, deve ser considerada conduta ética (SCHELER, 2004, p. 127).

Tal raciocínio serviu de base à obra de Miguel Reale, que há muito tempo já trazia a estrutura tridimensional do direito, na sua célebre concepção de que este é fato, norma e valor.

Para o professor, fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que se reflete também quando o jurisperito (legislador, advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito para dar-lhe aplicação (REALE, 2002, p. 66).

As normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade, razão pela qual, para além de meros preceitos éticos, são, pois, normas e, portanto, devem ser respeitadas (REALE, 2002, p. 33).

Importante salientar que o campo da ética é deveras subjetivo, pois diz respeito ao sujeito humano. No entanto, tal característica não lhe tira o caráter normativo, muito porque, mesmo os preceitos principiológicos devem ser considerados na formação da norma, daí o papel do membro do Poder Legislativo em ter responsabilidade social na edição dos verbetes legiferantes.

De se notar, à guisa do tema que, na visão de Eros Grau, norma seria gênero do qual

são espécies as regras e os princípios (GRAU, 1996, p. 19), fator que corrobora, ainda mais, o enquadramento da ética como, ao menos, integrante de uma norma de conduta social.

Ao plano concreto, portanto, o viés ético impulsiona a conduta moral que, na sociedade brasileira hodierna, deve ter como escopo a tutela dos direitos fundamentais, como direitos humanos positivados na ordem jurídica (SARLET, 2009).

Repise-se, a postura moral, ou seja, de probidade para com o coletivo, enaltece a função legislativa em seu mister, principalmente no mundo moderno onde confiança é um dos valores mais caros nas relações interpessoais. Neste sentido, vale a lição de Anthony Giddens:

A confiança está basicamente vinculada, não ao risco, mas à contingência. A confiança sempre leva à conotação de credibilidade em face de resultados contingentes, digam estes respeito a ações de indivíduos ou à operação de sistemas. No caso de confiança em agentes humanos, a suposição de credibilidade envolve a atribuição de “probidade” (honra) ou amor. É por isto que a confiança em pessoas é psicologicamente consequente para o indivíduo que confia: é dado um refém moral à fortuna (GIDDENS, 1991, p. 35).

Em breve reflexão, as atribuições dos representantes do Poder Legislativo envolvem a defesa de interesses coletivos que, muitas das vezes, acabam por ganhar notório destaque com o discurso argumentativo que interessa, por óbvio, para além da relação jurídico-política, refletindo na própria formação do regime democrático (RAMOS FILHO; CASAS MAIA, 2021, p. 45).

Afinal, o valor do argumento legislativo é determinado pela capacidade de convencer uma audiência universal (ALEXY, 1989, p. 15), não pode se tornar atividade descompassada aos anseios da sociedade, pelo contrário, deve-se legislar para o povo de modo que a exposição de razões de uma norma reforça sua legitimidade no seio social.

A atividade legislativa também deve fazer uso do raciocínio jurídico, notadamente utilizado para justificar uma posição capaz de impactar sujeitos que não puderam participar, ao menos diretamente, daquele resultado.

Com isso, evidencia-se um objetivo argumentativo para persuadir e convencer pela apresentação de razões capazes de justificar (PERELMAN, 1980, p. 211).

Esta exposição dos motivos pelos quais se praticou aquele ato normativo é um dos

caminhos para abrir o diálogo com o Poder Legislativo, muito porque a linguagem é essencial ao manejo do direito, sendo capaz de construir a realidade a ser vivenciada pelo povo (FLUSSER, 2004, p.81).

Logo, a atuação legiferante deve se pautar nas normas éticas e morais de determinada localidade e, para isso, deve demonstrar o porquê de suas edições, por mais que esteja no uso de suas atribuições constitucionalmente conferidas.

Ou seja, seu poder, ou função, por já encontrar amparo na Constituição Federal pode até ser suficiente para o seu agir, no entanto, sua atuação velada, sem razões jurídicas e éticas maculam não a positividade do ato, mas, em essência, sua legitimidade.

Antes, ao falar de ética e condutas morais, distinções devem ser feitas para não se confundir os pensamentos.

No primeiro olhar, moral se relaciona com a regência das condutas e regras de determinada coletividade, ou seja, são normas não escritas que indicam o que a pessoa deve ou não fazer naquele grupo social.

Assim, a depender da sociedade e do fator tempo, a moral varia.

Demais disso, a concepção de moral tem relação com a noção do “bem”. Tal pensamento teve como berço a Grécia antiga, entre os chamados estoicos e os epicuristas. Para aqueles, o “bem” consistiria na resignação, na virtude como única fonte da felicidade, ao passo que, para estes, a ideia do “bem” teria relação com o “prazer” (NADER, 2012, p. 36).

Longe de fechar o conceito, toma-se por base o conceito de “bem” como tudo aquilo que promove a pessoa de uma forma integral e integrada de modo que a moral favorece o direito positivo na medida em que lhe empresta valores (NADER, 2012, p. 56).

Integral porque realiza a pessoa, e integrada porque condicionada aos interesses do próximo.

Logo, ao se estudar moralidade e a Função Legislativa deve-se ter em mente um conjunto de valores que conduzem o comportamento, as decisões e as ações do ser humano em sociedade.

Ao revés, a ética é vista como universal, resultado do estudo de “diversas morais”, possuindo caráter imutável de um grupo social para outro.

De se salientar, ainda, que, para os chamados utilitaristas, a ética visaria a “maior felicidade”, não do próprio agente, mas ao maior número de pessoas envolvidas, sendo defendida a nobreza de caráter, avaliada e classificada de acordo com extensão de seus efeitos ao bem comum (BENTHAM, 1979, p. 65).

Ao tratar da distinção entre ética e moral, Aristóteles ensina que ética só dependeria da vontade da pessoa e traça um paralelo com a concepção de virtude, sendo considerada um hábito que precisa ser cultivado, ou seja, exercido em sociedade. Importante a Lição de José Renato Nalini:

(...) Na concepção aristotélica, a ética só depende da vontade da pessoa. Para distinguir entre virtudes intelectuais e virtudes morais, Aristóteles exemplifica de maneira ainda hoje clara e apreensível: ‘não é, pois, por natureza, nem contrariando a natureza que as virtudes se geram em nós. Diga-se, antes, que somos adaptados por natureza a recebê-las e nos tornamos perfeitos pelo hábito’. (...) A virtude se obtém mediante o exercício: é um hábito. As aptidões, intelectuais ou físicas, são inatas. Para Aristóteles, a razão não basta. É preciso cultivar o hábito da virtude (...) A virtude, em Aristóteles, significa a ação. Significa uma prática, e não uma natureza. O homem virtuoso, portanto, é o homem ativo, que aprendeu pela prática (...) (NALINI, 2009, p. 59).

Assim, as condutas imorais, ou seja, às margens dos patamares éticos, representam ameaça potencial à sociedade e à formação de seus pilares morais em busca da virtude na existência humana, devendo o Poder Legislativo ter consciência do impacto de sua atuação social e não se render apenas a interesses momentâneos ou que possam trazer prejuízos à estabilidade da comunidade.

### **3. O CONTROLE DA FUNÇÃO LEGISLATIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A clássica ideia de tripartição dos “poderes”, disposta no art. 2º da Constituição Federal de 1988, não deixa de ser, também, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, consoante já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando, por exemplo, no julgamento da ADI 97/RO (BRASIL, 1993, s.p.).

Em verdade, o próprio regime democrático, princípio sensível (art. 34, VII, *a*, da CF), depende de tal divisão para a devida coexistência dos entes federados.

Quanto ao Poder Legislativo, deve-se ressaltar que tem duas funções “típicas”, legislar e fiscalizar, possuindo para o controle externo, o auxílio dos Tribunais de Contas, órgãos cuja autonomia já é reconhecida há muito tempo. Nesse sentido:

(...) Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. (STF, ADI-MC 4.190, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 10.03.2010, DJ 11.06.2010, p. 313)

Em se tratando da função de legislar, tal Poder não deve se deixar desviar de seu papel constitucional, devendo os representantes políticos cumprirem a missão para a qual se propuseram sem desviar do caminho.

### 3.1. O VÍCIO NO DECORO PARLAMENTAR

Exemplo de desvio é o chamado “vício de decoro parlamentar” que encontra previsão no art. 55, §1º da CF<sup>3</sup> e exige do parlamentar uma postura condigna à sua posição, devendo valer de suas prerrogativas tão somente com a finalidade do seu mister constitucional de representante político.

Inclusive, em campo do controle de constitucionalidade, o STF já vem reconhecendo tal espécie de desvio funcional, notadamente ao considerar inválidos os votos “comprados”, ou seja, aqueles obtidos de maneira maculada, configurando nítida crise de representação, ofensiva ao princípio da moralidade. Nesse sentido:

(...) 4.O vício que corrompe a vontade do parlamentar ofende o devido processo constituinte reformador ou legislativo contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa. 5. Quebra do decoro parlamentar pela conduta ilegítima de malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar configura crise de representação. (STF, ADI 4.887, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 11.11.2020, DJ 24.11.2020, p. 279)

---

<sup>3</sup> CF: “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) § 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”.

Repise-se, um ato do Poder Legislativo pode, em estrita visão, estar ao amparo da regra fria do texto positivado. Sucede que a norma a ser tutelada pelo ordenamento vai além do texto e, assim, engloba seu viés axiológico e ético-normativo como no exemplo citado da “compra de votos”.

É dizer, como já analisado no item pretérito, a ética e seu aspecto moral de determinada sociedade também revelam força normativa para guiar a conduta do membro do Legislativo.

Neste primeiro exemplo, o voto proferido por parlamentar encontra amparo em texto positivado, no entanto, a real intenção que motivou aquele ato ofende, em essência, o plano axiológico, ou seja, o plano valorativo, apto, também, a ensejar sua invalidade no mundo jurídico.

### 3.2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Outro exemplo se deu no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ainda em sede cautelar, o chamado “estado de coisas inconstitucional”, evidenciando um exemplo de “omissão” dos demais Poderes para com a situação carcerária no Brasil.

Neste caso, não apenas o Legislativo, como os demais Poderes, faltaram para com a situação do sistema carcerário. Em foco específico, a Função típica de fiscalizar por parte do Legislativo foi posta em evidência frente ao desumano cenário dos presídios brasileiros, resultado do que o STF chamou de “falência” das políticas públicas. Confira-se:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário

Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (STF, ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, publicado em 19-02-2016)

No campo legiferante, por exemplo, mostrava-se a omissão quanto à regulação das famosas audiências de custódia, cuja previsão já se encontrava no art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos<sup>4</sup> e do art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>5</sup>.

Frente a tal cenário, o STF, inclusive, já vem admitindo a possibilidade do manejo da ADPF sempre que se estiver diante de uma omissão por parte do poder público, seja normativa ou não, mas desde que ameace preceito fundamental e a efetividade da norma constitucional negligenciada, citando como exemplo a ADPF 272/DF.

### 3.3. O CONSTANTE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS ENTRE OS ENTES POLÍTICOS

Indo além, já se entende razoável falar na teoria do desvio de poder quando se trata das atividades do Poder Legislativo, notadamente servindo tal instituto para o controle de eventuais excessos que acabam fugindo das competências constitucionalmente previstas quanto à função típica de legislar. Confira-se precedente:

(...) APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO – A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. (ADI

<sup>4</sup> Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Art. 9.3: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.”

<sup>5</sup> Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “Art. 7.5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

2667, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, publicado em 19-10-2020)

Tal exemplo de desvio de poder refere-se à competência legislativa dos Entes políticos, ressaltando a exigência de razoabilidade não apenas no viés ético da atuação, mas também na neutralização de abusos do Poder Público no desempenho de funções normativas.

Nesse sentido:

(...) TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE – As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS – A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais (...) (ADI 2667, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, publicado em 19-10-2020).

Estes casos evidenciam-se corriqueiros, notadamente em se tratando de usurpação de competências legislativas quando se trata do estabelecimento de normas gerais por parte da União frente aos demais Entes políticos, considerado, pelo STF, como ato de transgressão constitucional. Nesse sentido:

USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS – NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER – INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL DECLARADAS – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL – A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, “Estudos de Direito Constitucional”, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí

resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo à União estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º) e aos Estados-membros e ao Distrito Federal exercerem competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). – A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 – entre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) –, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em “inexistindo lei federal sobre normas gerais”, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º). – Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo “ultra vires”, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie) (...) (ADI 2667, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, publicado em 19-10-2020)

Entra em debate outro aspecto, o do critério da razoabilidade como parâmetro para aferição da constitucionalidade material de determinado ato estatal, o que já vem sendo alvo de análise do STF há muito tempo quando do apreço das normas que lhe chegam ao apreço nas ações de controle de constitucionalidade. Confira-se:

A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO. - A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - A medida cautelar, em sede de fiscalização normativa abstrata, reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex nunc", "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia "ex tunc", com conseqüente repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86), retroagindo os seus efeitos ao próprio momento em que editado o ato normativo por ela alcançado. Para que se outorgue eficácia "ex tunc" ao provimento cautelar, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal expressamente assim o determine, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Situação excepcional que se verifica no caso ora em exame, apta a justificar a outorga de provimento cautelar com eficácia "ex tunc".(ADI 2667 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 12-03-2004)

Assim, a invasão no campo de competência entre os Entes políticos não pode ser vista como erro aceitável ou fruto de imperícias legislativas, pelo contrário, a corriqueira constatação de tais episódios leva à reflexão de que a atividade legislativa, seja de qual Ente político for, deve ser realizada olhando ao ordenamento de maneira holística e preocupada aos anseios do povo, e não de maneira obtusa (GODOY, 2017, p. 107).

### 3.4. O “CONTRABANDO LEGISLATIVO”

Outro exemplo de situação que vem acontecendo é o chamado “contrabando legislativo”, ou seja, quando os membros do parlamento apresentam emendas em normativas que, numa visão geral, não guardam relação mínima de compatibilidade.

O STF já apreciou tais casos, notadamente diante de demanda envolvendo medidas provisórias, entendendo ser incompatível com a CF a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à sua apreciação. Nesse sentido:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 113 A 126 DA LEI Nº 12.249/2010. CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 472/2009. DISPOSITIVOS INCLUÍDOS POR EMENDA PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM O OBJETO ORIGINAL DA MEDIDA PROVISÓRIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ARTS. 1º, CAPUT, 2º, 5º, LIV, 62 E 84, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Inclusão, por emenda parlamentar, dos arts. 113 a 126, versando sobre alteração de limites de unidades de conservação, na redação final da Lei nº 12.249/2010, conversão da Medida Provisória nº 472/2009. 2. Afronta ao princípio democrático, ao postulado da separação entre os Poderes e à garantia do devido processo legislativo, à ausência de pertinência temática entre a matéria veiculada na emenda parlamentar e o objeto da medida provisória submetida à conversão em lei. 3. Em 15.10.2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo formalmente inconstitucional, a teor dos arts. 1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, a inclusão de emenda, em projeto de conversão de medida provisória em lei, versando conteúdo divorciado do seu objeto originário, ao julgamento da ADI 5127, forte no princípio da segurança jurídica, afirmou a validade dos preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão, ainda que sem relação com o objeto da medida provisória, aprovados antes da data daquele julgamento. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5012, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2017, publicado em 01-02-2018)

Explorando um pouco a outra função típica do Poder Legislativo, qual seja, a de fiscalizar, tem-se de destacar a atribuição constitucional conferida no art. 50<sup>6</sup>, que diz respeito à possibilidade do parlamento federal de convocar autoridades e requisitar informações.

Em especial, o art. 50, §2º da CF dispõe sobre os pedidos de informações das autoridades públicas para fins de viabilizar o controle por parte do Legislativo<sup>7</sup>.

Tal “poder” é elencado pela Carta Magna com referência ao Parlamento federal de modo que os demais Entes Políticos, apesar da simetria, não podem ampliar o rol destas ferramentas fiscalizatórias: Confira-se:

FISCALIZAÇÃO – PODER LEGISLATIVO – CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – SIMETRIA. É incompatível, com o modelo previsto no artigo 50 da Constituição Federal, a ampliação, pelo constituinte estadual, do rol de autoridades sujeitas à fiscalização do Poder Legislativo. COMPETÊNCIA NORMATIVA – CRIME DE RESPONSABILIDADE – NORMA ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE. Conflita com a Constituição Federal, considerada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal – artigo 22, inciso I –, ato normativo estadual a prever crime de responsabilidade. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 5.300, relator ministro Alexandre de Moraes, com acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 28 de junho de 2018. (ADI 5289, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2021, publicado em 16-08-2021)

O contrabando é um ato destruturante. De um lado, vale-se de instrumento legislativo para aproveitar de sua força e positivar situações ilegítimas; e, de outro lado, quebra a confiança, descompassa a instituição representativa da sociedade representada, minando sua própria liberdade institucional, posto que, não raro, tais situações acabam desaguando no Poder Judiciário, resultando no fortalecimento deste (LEITE, 2017, p. 116) e, conseqüentemente, no enfraquecimento do Poder Legislativo.

---

6CF: “Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.”

7CF: “(...) § 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não – atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.”

### 3.5. LEIS INÚTEIS FRENTE ÀS LEIS NECESSÁRIAS

Há, no entanto, exemplos de atuações legislativas engajadas na defesa da população vulnerável, principalmente no recente cenário de pandemia do COVID-19, podendo-se citar a edição de normativas para o não corte de serviços públicos essenciais, como água e energia elétrica.

O STF já avalizou tais edições, entendendo cabível que os Estados legislem sobre tal assunto. Nesse sentido:

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado – artigo 103, § 3º, da Constituição Federal. COMPETÊNCIA NORMATIVA – CONSUMIDOR – PROTEÇÃO – AMPLIAÇÃO – LEI ESTADUAL. Ausente instituição de obrigação relacionada à execução do serviço de energia elétrica, são constitucionais atos normativos estaduais a versarem vedação do corte do fornecimento residencial, ante inadimplemento, e parcelamento do débito, considerada a pandemia covid-19, observada a competência concorrente para legislar sobre proteção do consumidor – artigo 24, inciso VIII, da Carta da República. (ADI 6588, Relator(a): MARCO AURELIO, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2021, publicado em 10-08-2021)

Por outro lado, há, também, atividades legislativas, no mínimo, questionáveis do ponto de vista da relevância social. Em famoso brocardo, Montesquieu já alertava que “leis inúteis enfraquecem as leis necessárias”.

A título de exemplificação, em consulta ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, tem-se que, no universo de 10 anos, entre 2011 a 2021, foram propostos aproximadamente 123.400 projetos de leis ordinárias<sup>8</sup>.

Ocorre que tal número expressivo de proposições nem sempre veiculam temas de relevância social, preocupando-se, muitas das vezes, em questões diminutas e com aspectos personalíssimos quando, em verdade, o poder de legislar deveria ser endereçado ao coletivo.

### 3.6. O ORÇAMENTO “SECRETO”

Outra questão interessante e atual é a do chamado orçamento “secreto” que tem a ver com as emendas parlamentares. O Poder Executivo, ao enviar a proposta de lei sobre o orçamento anual, fixa despesas e estima receitas.

---

<sup>8</sup> <https://bityli.com/8IPCTsr>.

No entanto, os parlamentares, na votação de tal projeto, apresentam as emendas, individuais ou coletivas, cujo objetivo central seria a destinação de verbas para obras e projetos nas bases eleitorais.

A emenda constitucional n. 86/2015 alterou os artigos 165 e 166 da Constituição Federal de 1988, instituindo o chamado orçamento impositivo.

Segundo esses dispositivos, há a obrigatoriedade de aprovação de emendas parlamentares individuais ao projeto de lei orçamentária anual até o limite de 1,2% da receita corrente líquida (RCL) prevista no projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Poder Executivo para aquele exercício financeiro.

Além disso, é obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações resultantes dessas emendas. Essas, então, são conhecidas como emendas parlamentares individuais de execução obrigatória ou ainda emendas impositivas<sup>9</sup>.

Ocorre que, além das emendas individuais, há a emenda do “relator” que concentra a maior parte do orçamento nas mãos de poucos parlamentares, sendo, ainda, de execução não obrigatória.

Em breve síntese, neste tipo de emenda, não é possível saber qual membro do legislativo é o destinador dos recursos, daí o nome atribuído de “orçamento secreto”, além de provocar um desequilíbrio na destinação dos recursos.

Frente a tal cenário, a Ministra Rosa Weber do STF em recentes decisões nas ADPFs 850, 851 e 854, confirmadas pelo colegiado, suspendeu a execução de emenda do relator para o ano de 2021, cobrando transparência e ampla publicidade quanto à destinação das verbas de aproximadamente R\$ 17 bilhões.

O exemplo evidencia possível desvio de poder do Legislativo diante da falta de transparência na destinação de verbas públicas atinentes às emendas parlamentares, transpondo a barreira do coletivo em prol de interesses não republicanos. Confira-se:

---

<sup>9</sup> CF: § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. [...]

§ 11.É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DESPESAS PÚBLICAS DECORRENTES DE EMENDAS DO RELATOR DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL. PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FUNDADA TANTO EM SITUAÇÕES VERIFICÁVEIS NO PLANO OBJETIVO-NORMATIVO (PRÁTICAS INSTITUCIONAIS) QUANTO EM ALEGAÇÕES SOMENTE PASSÍVEIS DE CONSTATAÇÃO POR MEIO DE INVESTIGAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA (CONDUTAS INDIVIDUAIS). INADMISSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO QUANTO AO SUPOSTO ESQUEMA DE DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS DENOMINADO “TRATORAÇÃO”. CONTROVÉRSIA CUJA ANÁLISE DEMANDA APROFUNDADO EXAME DE FATOS E INSTAURAÇÃO INCIDENTAL DEFASE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE FATOS CONCRETOS E SITUAÇÕES ESPECÍFICAS EM SEDE DE PROCESSOS DE PERFIL OBJETIVO. EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA DAS EMENDAS DO RELATOR (CLASSIFICADAS PELO IDENTIFICADOR RP 9). CONSTATAÇÃO OBJETIVA DA OCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AOS POSTULADOS REPUBLICANOS DA TRANSPARÊNCIA, DA PUBLICIDADE E DA IMPESSOALIDADE NO ÂMBITO DA GESTÃO ESTATAL DOS RECURSOS PÚBLICOS. PRÁTICAS INSTITUCIONAIS CONDESCENDENTES COM A OCULTAÇÃO DOS AUTORES E BENEFICIÁRIOS DAS DESPESAS DECORRENTES DE EMENDAS DO RELATOR DO ORÇAMENTO FEDERAL. MODELO QUE INSTITUI INADMISSÍVEL EXCEÇÃO AO REGIME DE TRANSPARÊNCIA NO ÂMBITO DOS INSTRUMENTOS ORÇAMENTÁRIOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REFERENDO.1. As práticas institucionais e padrões de comportamento verificáveis objetivamente na esfera dos Poderes Públicos traduzem formas de atuação estatal subsumíveis à noção jurídica de atos de poder (Lei nº 9.882/99, art. 1º, caput).Precedentes. (...) 4.O Congresso Nacional institucionalizou uma duplicidade de regimes de execução das emendas parlamentares: o regime transparente próprio às emendas individuais e de bancada e o sistema anônimo de execução das despesas decorrentes de emendas do relator. Isso porque, enquanto as emendas individuais e de bancada vinculam o autor da emenda ao beneficiário das despesas, tornando clara se verificáveis a origem e a destinação do dinheiro gasto, as emendas do relator operam com base na lógica da ocultação dos efetivos requerentes da despesa, por meio da utilização de rubrica orçamentária única (RP 9), na qual todas as despesas previstas são atribuídas, indiscriminadamente, à pessoa do relator-geral do orçamento, que atua como figura interposta entre parlamentares incógnitos e o orçamento público federal. 5. Enquanto a disciplina normativa da execução das emendas individuais e de bancada (RP 6 e RP 7) orienta-se pelos postulados da transparência e da impessoalidade, o regimento pertinente às emendas do relator (RP 9) distancia-se desses ideais republicanos, tornando imperscrutável a identificação dos parlamentares requerentes e destinatários finais das despesas nelas previstas, em relação aos quais, por meio do identificador RP 9, recai o signo do mistério.6.Mostra-se em tudo incompatível com a forma republicana e o regime democrático de governo a validação de práticas institucionais por órgãos e entidades públicas que, estabelecidas à margem do direito e da lei, promovam o segredo injustificado sobre os atos pertinentes à arrecadação de receitas, efetuação de despesas e destinação de recursos financeiros, com evidente prejuízo do acesso da população em geral e das entidades de controle social aos meios e instrumentos necessários ao acompanhamento e à fiscalização da gestão financeira do Estado. Precedentes. (ADPF 854-MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 11.11.2021)

Assim, a informação quanto ao orçamento ganha relevo na atuação do Legislativo, podendo as omissões, por si mesmas, já significar possível desvio de poder pela carência de transparência na destinação de verbas públicas, em completa afronta ao viés republicano do Estado de Direito.

#### **4. O DISCURSO DEMOCRÁTICO NA BUSCA POR UM LEGISLATIVO LEGÍTIMO**

A construção de caminhos para o controle de tais desvios de poderes deve passar pela democracia e sua relação com a maior participação popular nas empreitadas legislativas, sendo certo frisar que nem toda crítica à democracia representativa leva diretamente à democracia direta (BOBBIO, 2015, p. 57).

Assim, deve-se destacar o paradigma procedimental de Jurgen Habermas acerca do conceito de democracia deliberativa e construir pensamentos sobre as premissas do estado de direito, do bem-estar democrático liberal (ROSENFELD; ARATO, 1998).

Nesta toada, o controle das atuações do Poder Legislativo não deve ficar restrito apenas à fase legiferante, podendo-se expandir, também, à fase de fiscalização e aplicação dos recursos públicos, sobretudo diante de cenários recentes de falta de transparência, invasões nos campos de competências, materializando-se como um canal de diálogo entre os membros do parlamento e a sociedade.

Demais isso, a reiteração das práticas desviantes revela a importância de maior proximidade entre as Instituições públicas e privadas, primando pela formação democrática como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar, que os fatores econômicos também têm parcela significativa no quadro de mudanças da ordem jurídica do Estado brasileiro. Considerando este aspecto, a Constituição de 1988 procura estabelecer diretrizes a serem seguidas no intuito não de engessar a ordem econômica, mas de coibi-la de extrapolar suas atividades em ações maléficas ao corpo social da nação (FIGUEIREDO, 2012).

As Constituições brasileiras anteriores a 1988, na maioria outorgadas, tinham uma tendência de tratar o Estado antes e o indivíduo depois. Sucede que a Constituição Cidadã inverte tal lógica e traz o indivíduo logo no começo, consubstanciado pelos fundamentos da

República, princípios institucionais, prevalência dos Direitos Humanos, direitos e garantias individuais, sociais, coletivos e políticos etc.

Depois de tratar disso, aí sim a Carta Magna começa a organizar o Estado. É dizer, a “*arquitetura constitucional*” é invertida não por acaso, mas como clara forma de mostrar o anseio da nação e, portanto, refletir no texto o poder dominante (MAZZUOLI, 2015).

Sendo a Constituição Federal quem dá fundamento à ordem jurídica brasileira e sustenta toda uma plêiade de direitos essenciais à estruturação do poder no Brasil e suas relações com os anseios da nação, torna-se prudente a consideração de aspectos dos mais dinâmicos possíveis.

Isso se justifica, pois a sociedade brasileira apresenta-se como um amálgama de culturas miscigenadas ao longo do desiderato evolutivo da nação.

O direito constitucional evoluiu significativamente nas últimas décadas, passando a centralizar cada vez mais o eixo de validade do ordenamento jurídico de um Estado no texto constitucional.

Porém, nem sempre foi assim, perpassando pelo surgimento dos Estados modernos e as diversas formas de organização do poder até os dias hodiernos, inúmeras mudanças ocorreram quanto à organização do poder e o tratamento conferido ao indivíduo.

O texto constitucional abarca diversas regras que tendem a acomodar as relações sociais numa estrutura formal de poder, o que atribui legitimidade e dá maior eficiência à proteção de direitos fundamentais.

A teoria geral do Estado nos ensina alguns elementos formadores deste, tais como: povo, território, soberania, e, para alguns, finalidade (DALLARI, 2012, P. 83)

Faz-se necessário entender que estes elementos não podem ser considerados isoladamente, tendo em seus propósitos a ânsia de estarem interligados.

Não pode haver ausência de um destes, pois o Estado é uma conjunção entre planos materiais e valorativos que, se juntos formam uma estrutura, separados são meras particularidades (DALLARI, 2012, p 84)

Logo, fixar uma estrutura base como forma de Estado, de governo e outras considerações, acaba se tornando uma tarefa muito difícil, de modo que o regime democrático haverá de instituir a vontade da maioria, respeitando os direitos das minorias.

A ideia de democracia depende de cidadãos comuns comprometidos, ou seja, tal princípio está na base do elemento humano de uma nação. Esta é a lição de Robert Dahl:

Contudo, sem um conjunto de cidadãos comprometidos com princípios republicanos e capazes de se autogovernar de acordo com esses princípios, a Constituição logo teria sido um pouco mais que um pedaço de papel. Como viria a revelar a experiência histórica, nos países em que a convicção democrática era frágil ou ausente, as constituições efetivamente se transformaram em pouco mais que pedaços de papel – prontamente violadas e logo esquecidas. (DAHL, 2012, p. 27)

É nesse ponto que o regime democrático brasileiro se diferencia dos demais regimes do mundo, inovando em suas premissas garantidoras de direitos e se aproximando cada vez mais de relações justas, ainda que o justo seja algo muito relativo (BARBOSA, 1984), pautando-se na pragmática das práticas institucionais capazes de identificar os verdadeiros atos de poder. Nesse sentido:

(...) 1. As práticas institucionais e padrões de comportamento verificáveis objetivamente na esfera dos Poderes Públicos traduzem formas de atuação estatal subsumíveis à noção jurídica de atos de poder (Lei nº 9.882/99, art. 1º, caput). Precedentes. (ADPF 854-MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 11.11.2021)

Portanto, valer-se de tal fundamento basilar da democracia se faz necessário também para o debate acerca da atuação do Poder Legislativo quando do exercício de suas atribuições constitucionais de legislar e fiscalizar, notadamente diante da implicação prática exponencial do fato social de expansão dos comportamentos desviantes dos legítimos atos de poder.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, pode-se concluir que o Legislativo não é fim em si mesmo e não deve agir com base na sua “ética da convicção”, pois carrega consigo mister constitucional de Função da República, tendo nítido impacto na realidade social. Na lição de Weber:

Qualquer ação eticamente orientada pode ajustar-se a duas máximas, fundamentalmente diferentes entre si e irremediavelmente opostas: pode orientar-se de acordo com a "ética da convicção" ou de acordo com a "ética da responsabilidade. (WEBER, 1979, p. 85)

Além disso, sua atuação não deve ser limitada ao mero “cumprir e fazer a lei”, detendo autonomia e independência capazes de apaziguar os conflitos sociais e fiscalizar as atuações do Estado.

O olhar da atividade do Legislativo frente ao valor ético, sob viés normativo, ou seja, de obediência salutar, deve ser reiteradamente incentivada através das condutas morais no meio social, razão pela qual o fortalecimento do respeito e credibilidade social dos representantes parlamentares dependem, sobremaneira, desta.

É dizer, o próprio representante do Legislativo é quem deve, reiteradamente, através de suas condutas morais (socialmente louváveis), buscar a vigilância de seus atos, numa preocupação coletiva e não apenas individual.

Tal postura, a nível institucional da República, significa numa propagação dos preceitos éticos universais de modo que o distanciamento das balizas morais do grupo coletivo estará fadado à destruição do meio social, considerando que a ética é, em essência, valor humano indispensável à sua existência digna. Consoante Foucault:

*É um conjunto de valores e regras de ação propostas aos indivíduos e aos grupos por intermédio de aparelhos prescritivos diversos, como podem ser a família, as instituições educativas, as Igrejas, etc. (FOUCAULT, 1984, p. 26)*

Logo, o homem político tem dupla responsabilidade; é dizer, presta-se aos interesses dos Entes público e, além, da sociedade em que vive, devendo seus atos se pautarem nos preceitos da teoria ética, inerente e elementar ao ser humano, através da reiteração de suas condutas.

Estas condutas, como dito, não devem destoar dos costumes sociais do local, ou seja, da moral vigente, devendo tal preocupação ser encarada como valor de norma, ou seja, de observância obrigatória.

Mesmo que esta espécie de norma ampla e principiológica não traga consigo sanção coercitiva para reprimir eventuais desvios de poder, estes, por si só, já exprimem verdadeira penalidade ao meio social em que vive o parlamentar, pois supostas condutas imorais distanciam-se da diretriz ética do ser humano na busca do bem comum, caminho suficiente para ameaçar a “maior felicidade” do coletivo (BENTHAM, 1979, p. 67).

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

ALEXY, Robert. **A theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford University Press: Oxford, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é Justiça**. São Paulo. Editora Brasiliense, 4ª edição, 1984.

BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade II, O Uso dos Prazeres**. Rio de Janeiro: Ed. Graal 1984.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. São Paulo: Annablume, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRAU, Roberto Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 1996.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 12 ed. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PERELMAN, Chaím. **Justice, Law and Argument – Essays in Moral and Legal Reasoning**. Trad. Város. Netherlands: D. Reidel Publishing Company, 1980.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; CASAS MAIA, Maurílio. **A defensoria pública como expressão e instrumento do regime democrático**. In. Democracia e constitucionalismo: riscos, pressões e resiliência. Org. Rafael da Silva Menezes. 1 ed. Manaus/AM: Green Tree Books Edições Jurídicas, 2021.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. University of California Press, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHELER, Max. **Esencia y formas de la simpatía**. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 2004.

WEBER, Max. **Religião e racionalidade econômica**. In COHN, Gabriel (org.). Weber. Col. Grandes Cientistas Sociais n. 13. São Paulo: Ática, 1979.

*Data da submissão: 05/01/2022*

*Data da primeira avaliação: 10/02/2022*

*Data da segunda avaliação: 03/03/2022*

*Data da aprovação: 03/03/2022*