

O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO CONCEITO-CHAVE DE ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER JUDICIÁRIO: UM ENFOQUE NAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES

Samuel Martins Santos¹

“Due process não pode ser aprisionado dentro de traiçoeiros lindes de uma fórmula... due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.” (Voto de Frankfurter no caso *Anti-facist Commitee v. McGrath*, 341 U.S. (1951) (CASTRO, 2010, p. 45)

RESUMO

O trabalho tem como tema o instituto do devido processo legal como elemento relevante para a compreensão das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, buscando responder ao seguinte problema: As mudanças ocorridas no século XX em relação ao devido processo legal tornam tal instituto suscetível de posição nuclear nas análises interinstitucionais entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário? A hipótese é de que sim, visto que tal instituição jurídica, em sua definição de devido processo legislativo, comporta elementos normativos e políticos de uma constante disputa parlamentar pela sua interpretação e definição, como também sua centralidade nas decisões judiciais que podem indicar posições mais expansivas, ou deferentes, sendo tais elementos sensíveis à compreensão sobre as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. A pesquisa foi bibliográfica e jurisprudencial (2011-2019) e apresentou, entre seus resultados, que o instituto é suscetível de apropriação política e jurídica em cada um dos poderes em análise, tendo como consequência sua pertinência para pesquisas que visam ao equacionamento das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário nos Estados contemporâneos.

Palavras-Chave: Devido processo legal; Poder Legislativo; Poder Judiciário; Controle de constitucionalidade; Democracia.

INTRODUÇÃO

Na literatura especializada, é possível verificar a relevância do conceito de devido processo legal para o Direito, seja pela sua precedência em documentos jurídicos fundantes, tal como a Magna Carta, em 1215, seja pela reiteração do conceito na jurisprudência de influentes tribunais ocidentais.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Mestre em Filosofia do Direito pela mesma instituição, Professor de Direito Constitucional na Faculdade CESUSC e Professor Colaborador de Direito Administrativo na Escola Superior de Administração Pública da Universidade do Estado de Santa Catarina.

O presente trabalho tem como enfoque o conceito de devido processo legal, destacadamente as mudanças ocorridas no decorrer do século XX, desde sua concepção originariamente formal até sua formulação substantiva e material, devidamente contextualizadas na reconfiguração do Estado contemporâneo — na passagem do Estado Liberal para o Estado de bem-estar social, institucionalmente delimitada no debate sobre a separação dos poderes.

O problema central desta pesquisa pode ser assim equacionado: As mudanças ocorridas no século XX em relação ao devido processo legal tornam tal instituto, em sua definição de devido processo legislativo, suscetível à posição nuclear nas análises interinstitucionais entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário?

Visando responder a essa pergunta, a primeira parte do texto analisa a origem e as mudanças do instituto; e a segunda enfoca no modo como este é utilizado para o fim de judicialização da política no Brasil contemporâneo. Inicialmente, o propósito é diagnosticar como se dá o uso do instituto pelos grupos parlamentares na elaboração de suas demandas junto ao Poder Judiciário, como também investigar as respostas desse poder republicano nesse contexto. Diante disso, torna-se possível indicar a pertinência de pesquisas que reconheçam a maleabilidade do devido processo legal em análises que desafiam a racionalidade jurídica e encontram sua justificativa em cálculos políticos dos principais atores envolvidos.

O pressuposto do trabalho é de que existem nuances entre a afirmação do devido processo legal como um direito fundamental e a forma como os atores políticos do Poder Legislativo utilizam o instituto como um instrumento de disputa e conflito político.

Nesse ponto, duas perspectivas se apresentam pertinentes como campo de análise: a primeira se refere à utilização do argumento da violação do devido processo legal por parte de congressistas e partidos políticos com representação no Congresso Nacional como causa de pedir (elemento da ação), com vistas à submissão dos conflitos políticos inerentes ao funcionamento do Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário (DIDIER, 2021, p. 698-701), fenômeno que será denominado por parte da literatura como judicialização da política a despeito das críticas incidentes à sua indeterminação conceitual (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114-117); e a segunda perspectiva diz respeito à interpretação do instituto pelos tribunais como conceito-chave para a caracterização das relações entre esses dois poderes, ora mais expansivas pelo Poder Judiciário, ora deferentes em relação ao Poder Legislativo.

O enfoque do texto incide sobre a amplitude dada ao argumento da violação ao devido processo legal como causa de pedir que possibilita a judicialização do conflito político do Poder Legislativo. Não se trata, portanto, de uma afirmação normativa do devido processo legal como direito fundamental, tampouco do apontamento de seu uso político como disfunção institucional, mas da tentativa de diagnóstico e compreensão sobre como um instituto jurídico específico é objeto de disputa política e conceito-chave nas análises das relações entre os dois poderes republicanos destacados.

Conforme pretendemos expor, o devido processo legal tem ocupado um espaço de destaque nos debates envolvendo as relações entre os poderes da República. Em contextos institucionais mais amplos, a discussão remonta modelos caracterizados pela supremacia judicial ou pela supremacia parlamentar. Nesse caso, visamos tratar de que modo as relações entre o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário se reconfiguram a partir de matrizes específicas.

No campo da literatura das ciências jurídicas, são amplamente compartilhadas defesas da denominada supremacia judicial. Trata-se do modelo madisoniano e de matriz estadunidense, que reserva ao Poder Judiciário a definição da última palavra, ainda que momentaneamente, sobre casos difíceis. Em sentido diverso, vale destacar que a doutrina francesa, ao menos desde a Revolução de 1789, convergiu com muito mais clareza na defesa da supremacia do Poder Legislativo.

Além de discussões normativas, a contextualização histórica pode apresentar boas razões que explicam as diferenças indicadas. A desconfiança dos federalistas com as Assembleias Legislativas decorria, em larga medida, do fato de serem concebidas como espaços com tendências majoritárias para as manifestações de interesses descentralistas, ao passo que na França revolucionária o Poder Judiciário era concebido como um reduto monárquico em oposição ao advento dos ideais republicanos (KRAMMINICK, 1993, p. 12-21).

Consideramos que os esforços pela identificação de uma relação de supremacia de um dos poderes em relação aos outros dificilmente terão conclusões peremptórias, assim como também os resultados desses empreendimentos serão aquém das expectativas caso se considere o objetivo de elaboração de aportes metodológicos para a compreensão das relações entre os poderes da República nos Estados contemporâneos em contextos historicamente dados (MILLER; BARNES; 2004, n.p).

Nesse sentido, mais importante que as defesas definitivas da supremacia de um poder sobre os demais são as pesquisas que estudam as relações existentes entre eles, tanto de convergência quanto de aproximação ou divergência.

A hipótese do presente trabalho é de que as pesquisas em torno do instituto do devido processo legal, marcadamente do devido processo legislativo, podem ensejar um produtivo campo analítico em torno das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Consideramos que o empreendimento é justificável porque o conceito de devido processo legal comumente é identificado pela literatura jurídica como um princípio com forte carga normativa, mitigando o potencial de análises que enfocam o instituto a partir das possibilidades de sua utilização política. Nesse ponto, reconhecê-lo como suscetível de novos enquadramentos pode indicar resultados promissores de análise.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: MUDANÇAS NA CONCEPÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E NAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA

A formulação é antiga e conhecida: ninguém será privado de sua propriedade e de sua liberdade sem a garantia do devido processo legal. Mesmo sem adentrar em interpretações históricas que questionam o efetivo impacto do documento de 1215, podemos atestar que a garantia do devido processo legal ocupa um espaço relevante na organização dos Estados contemporâneos e em suas relações com os cidadãos e cidadãs.

Se inicialmente o instituto estava restrito a uma interpretação meramente formal, é possível apontar uma mudança em sua interpretação que remonta ao século XIX, alcançando, no século XX, a concepção material de devido processo legal. Assim, em sua primeira formulação, o *procedural due process of law* teve uma dimensão mais próxima à observância procedimental das regras processuais e de julgamento.

Ainda que seja uma formulação inicial, o potencial e a relevância de tal construção não podem ser minorados. Trata-se de uma importante contribuição do liberalismo político para a defesa dos direitos fundamentais e a limitação do arbítrio, qual seja, além do reconhecimento de duas esferas de autonomia dos cidadãos e cidadãs, a liberdade e a propriedade. A elaboração condiciona a intervenção do

Estado nesses dois âmbitos à observância das regras processuais previamente estabelecidas. Mesmo antigo, importa registrar que a passagem do tempo histórico não tem sido suficiente para universalizar de forma igualitária tal postulado.

Nessa primeira formulação, além do aspecto formal, destaca-se o enfoque na relação Estado e indivíduo, tanto no âmbito processual penal quanto no conceito de devido processo legal como instrumento de limitação do poder de polícia em sua tendência interventiva da liberdade individual.

Observando as decisões da Suprema Corte norte-americana com referências ao instituto em sua dimensão procedimental, Siqueira Castro (2010) aponta a série de julgados *Slaughter-House Case* (1873), com destaque para o caso *Munn vs. Illinois* (1877) e enfoque explícito à sua dimensão procedimental.

Ely (2016, p. 19-25) apresenta vários casos emblemáticos da Suprema Corte norte-americana nos quais a cláusula do devido processo foi utilizada com uma função relevante na justificação da decisão, mesmo aquela anterior às grandes mudanças do século XX - são exemplos os casos *Wynehamer vs. People* – Sobre a Lei Seca (1856) e *Dred Scott vs. Sandford* (1856), como também casos mais recentes com temáticas contemporâneas, como *Lochner vs. New York* (1905) e *Roe vs. Wade* (1973).

Nesse ponto, o conceito de devido processo legal tem tamanha amplitude semântica que pode ser usado para a invalidação do resultado de uma discussão no âmbito do Poder Legislativo, sob alegação de violação do devido processo legal formal, em hipóteses nas quais a violação se apresente contrária à expressa previsão constitucional. Além disso, vale acrescentar que os argumentos de violação ao devido processo material apresentam maior complexidade, visto que comumente o tribunal se depara com situações não previstas expressamente no texto constitucional.

Uma terceira hipótese pode ocorrer por meio de uma interpretação mais rigorosa dos procedimentos legislativos por parte do Poder Judiciário. Esses casos também apresentam maior âmbito decisório para o discernimento do Poder Judiciário: “[...] para saber qual o processo devido, a Corte teria de abordar questões para as quais a Constituição não fornece respostas” (ELY, 2016, p. 27).

Autores como Nelson Nery Júnior apontam referências às análises substantivas do Poder Judiciário sobre os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo em nome da cláusula do *due process*, a saber:

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida a apreciação da

Suprema Corte norte-americana no final do século XIX. Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário (NERY, 2017, p. 116).

Tal tendência ganhou força a partir do final do século XIX e início do século XX na Suprema Corte dos EUA, quando a utilização do devido processo legal ocorreu com mais frequência, possibilitando análises das leis sob controle de constitucionalidade em perspectivas de razoabilidade e proporcionalidade. A interpretação do instituto do devido processo legal deu ensejo às possibilidades de revisão e declaração de inconstitucionalidade de atos normativos não considerados razoáveis.

O período ficou conhecido como Era *Lochner*, referindo-se à importante decisão de 1905, que estabeleceu uma oposição do Poder Judiciário aos atos normativos identificados como interventivos na liberdade econômica e na autonomia privada dos sujeitos. O argumento da violação ao devido processo legal é utilizado para justificar a declaração de inconstitucionalidade por falta de razoabilidade das leis que impunham restrições à jornada de trabalho dos padeiros no Estado de Nova York.

Nas décadas de 1940 e 1950, as mudanças na concepção do devido processo legal foram marcantes e o *due process* passou a ser usado como argumento para importantes mudanças jurisprudenciais do Direito Constitucional norte-americano, alcançando seu ápice na denominada *Warren Court*, composição da Suprema Corte dos EUA que registrou verdadeiros marcos nas lutas pelos direitos civis. Neles, a *due process clause* apresentou-se como argumento onipresente em todas as decisões consideradas relevantes, em reinterpretações constantes da quinta e décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

Nesse contexto, o conceito de ativismo judicial foi difundido com vistas a identificar posições expansivas do Poder Judiciário em relação aos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A expressão “ativismo judicial” ficou conhecida a partir de um trabalho do historiador Arthur M. Schlesinger, em 1947, que, analisando a Suprema Corte dos Estados Unidos, propôs uma classificação entre seus membros no seguinte sentido: “(i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; (iii) juízes campeões da autorrestrrição; (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (*balance of powers*)” (CAMPOS, 2014, p. 43).

Nesse sentido, a identificação das relações entre as mudanças na interpretação do devido processo legal, com o fenômeno de decisões expansionistas do Poder Judiciário (ativismo judicial), e o apontamento da recomposição da defesa da supremacia judicial ensejam a abertura de agendas de pesquisas nas ciências jurídicas sobre o instituto para além de sua dimensão normativa e principiológica. Desse modo, torna-se possível considerar os usos e argumentos para os quais o devido processo legal é instrumentalizado, conforme pretendemos expor no próximo tópico.

DEVIDO PROCESSO LEGAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Considerando a temática do presente artigo, existem dois elementos iniciais que são relevantes, sendo um de referência jurisprudencial, e o outro, constitucional, a saber: o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de congressistas impugnarem processos legislativos considerados violadores do devido processo legal em sentido formal; e a inserção inaugural do devido processo legal no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A origem da possibilidade de controle preventivo e difuso de constitucionalidade ocorreu no julgamento do MS 20.257, de relatoria do Ministro Moreira Alves (DJ 27.02.1981), quando foi admitido o exame de mandado de segurança impetrado por congressistas e presente o argumento de violação ao devido processo legal como fundamento de sua inconstitucionalidade, com a seguinte fundamentação:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra. **Diversas, porém, são as hipóteses, como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (...) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas**

deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Conforme se depreende, a decisão tem conteúdo baseado na regra da não interferência do Poder Judiciário nos atos e procedimentos do Poder Legislativo, marcadamente sobre o processo legislativo. No entanto, o principal elemento da decisão refere-se à possibilidade excepcional de sua submissão ao controle preventivo de constitucionalidade, via mandado de segurança em relação a processo legislativo que apresenta vício formal em seu trâmite.

A repercussão de tal decisão sobre o controle de constitucionalidade é significativa no que se refere à ampliação da legitimidade ativa de acesso ao controle preventivo de constitucionalidade, ao inserir os congressistas como legitimados ativos. Isso, porque não podemos desconsiderar o impacto do reconhecimento da legitimidade ativa para que 594 (quinhentos e noventa e quatro) membros do Congresso Nacional possam questionar o trâmite do processo legislativo junto ao Poder Judiciário.

Além do paradigmático julgado de 1981, a inserção do direito ao devido processo legal no rol dos direitos fundamentais de 1988 potencializou o tema, que passou a ganhar elementos de jurisdição constitucional. Na literatura jurídica, dois livros se destacam ao darem ênfase ao instituto e à importância da sua presença no rol dos direitos fundamentais: a obra de Carlos Roberto Siqueira Castro, intitulada “*O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*”, cuja última edição é a de número 5 (2010); e o trabalho de Nelson Nery Júnior (2017), “*Princípios do processo na Constituição Federal*”, que influenciou gerações de juristas e hoje se encontra em versão ampliada no mercado editorial brasileiro².

A obra de Siqueira de Castro (2010) mobiliza uma posição majoritária na década de 1980 e 1990, a qual concebia o *substantive due process of law* como uma possibilidade de controle judicial a respeito das decisões do Poder Legislativo, com forte crença de que as tendências expansivas do Poder Judiciário resultariam em aperfeiçoamentos na qualidade das leis.

² Posteriormente, também devem ser destacados os trabalhos desenvolvidos por Marcelo Cattoni de Oliveira (2016) a partir de uma interpretação habermasiana do direito ao devido processo legal.

O trabalho de Nelson Nery Júnior (2017) é caracterizado por sua carga normativa, a ponto de indicar o devido processo legal como um super princípio capaz de iluminar todos os outros que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro. Outro aspecto contributivo do trabalho do autor foi aprofundar os campos distintos sobre os quais o instituto do devido processo legal pode ter incidência e apresentar as especificidades de cada um, destacadamente:

- Devido processo civil.
- Devido processo penal.
- Devido processo administrativo.

No presente trabalho, o enfoque se dá em torno de um conceito que pode merecer maior aprofundamento por parte da doutrina, o devido processo legislativo.³ Se cada uma das esferas supracitadas apresenta elementos próprios do devido processo legal, em se tratando do devido processo legislativo tal tendência é ampliada quando nos referimos à sua dimensão de ordenação do processo legislativo no Congresso Nacional e nas respectivas casas legislativas.

Isso ocorre porque tal ponto remete à discussão secular sobre a relação entre os poderes da República. Em regra, a produção de atos legislativos é típica do Poder Legislativo; no século XX, porém, foi possível constatar uma profusão de atos normativos produzidos pela Administração Pública e de análises substantivas dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são conhecidos casos emblemáticos nos quais decisões do Poder Legislativo foram submetidas e julgadas pelo Poder Judiciário sob o crivo da falta de razoabilidade e proporcionalidade em seu conteúdo (CASTRO, 2010, p. 167-172).

Um segundo ponto, caro ao debate constitucional, remete às relações entre a democracia representativa, a representação política, a legitimação do processo legislativo e a jurisdição constitucional, as atividades dos legisladores negativos e a dificuldade da contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 27-28).

Particularmente, em relação à proposta do presente trabalho, as construções a respeito do devido processo legal podem ensejar pesquisas produtivas sobre o uso

³ Sobre o conceito de devido processo legislativo, em análise com a qual concordamos absolutamente, sugerimos (NASCIMENTO, 2021).

que os grupos congressistas fazem a respeito do instituto, marcadamente em relação ao fenômeno denominado judicialização da política.

O que queremos indicar, aqui, é que a articulação entre as configurações do conceito de devido processo legislativo dá ensejo a pesquisas sobre disputas que ocorrem no campo parlamentar e judiciário sobre a própria definição de seus limites. O conceito de judicialização da política foi difundido no Brasil a partir da interlocução entre juristas e cientistas políticos e remete ao modo como os conflitos políticos do Poder Legislativo são submetidos ao Poder Judiciário como uma extensão do debate e diante da possibilidade de reversão de decisões legislativas já consolidadas.

No Brasil⁴, uma das primeiras referências ao conceito é de Marcus Faro de Castro, na década de 1990, em um encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Em seu trabalho, o autor apresentou elementos conceituais sobre o fenômeno, como também resultados de uma pesquisa empírica a respeito do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. No aspecto conceitual, assim como na doutrina internacional, o autor relacionou a judicialização da política a um fenômeno do pós-Guerra Mundial, à constitucionalização dos direitos, a uma maior apropriação da linguagem jurídica por parte dos atores políticos e ao reconhecimento das ações judiciais como espaços institucionais de continuidade do conflito político.

Ran Hirschl (2013, p. 141) apresenta os seguintes níveis de judicialização da política:

Começo distinguindo três categorias abrangentes de judicialização: a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e a judicialização da “política pura” — a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.

O conceito de judicialização da política tem importância nuclear para o presente artigo, dada a relevância de apontar as diferenças pelas quais cada um dos poderes processa os conflitos políticos. Nesse sentido, se o pluripartidarismo do Poder Legislativo remonta ao majoritarismo como processo decisório, nas pertinentes referências de Shapiro (1986) e Stone Sweet (2002) o Poder Judiciário resolve os

⁴ Na literatura internacional, a obra de referência na difusão do termo é de Tate e Vallinder (1995).

conflitos políticos traduzidos em linguagem jurídica a partir de um modelo triádico, numa decisão cujo responsável pela enunciação não é identificado como partícipe parcial do processo decisório.

Outra obra de referência incontornável sobre o tema no Brasil é “*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*”, de Vianna et al. (2014), que inscreve o fenômeno no contexto do desenvolvimento do Estado de bem-estar social, a partir da ampliação do aparato estatal na regulação da vida e de um maior interesse por parte de partidos políticos e movimentos sociais na submissão de seus conflitos e tensões ao Poder Judiciário.

O presente texto visa estabelecer de forma mais clara a relação entre as mudanças do instituto do devido processo legal e o fenômeno da judicialização da política, não apenas para sua constatação, mas também descrição e análise como parâmetro de caracterização das relações entre os poderes da República.

A pesquisa sobre os argumentos utilizados na judicialização dos conflitos congressistas ao Supremo Tribunal Federal indicou que a generalidade do instituto e a abertura ocorrida com suas espécies no devido processo formal e no devido processo material tornaram-se um amplo conjunto de argumentos para os congressistas que intencionam submeter um processo legislativo federal em trâmite à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Em pesquisa empírica recortada temporalmente entre 2010 e 2019 sobre as relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, foram constatadas as seguintes características do uso do mandado de segurança para fins de garantia do devido processo legislativo: a utilização dos mandados de segurança apresenta como característica recorrente a violação do direito líquido e certo ao devido processo legalístico como causa de pedir para a submissão dos atos do Poder Legislativo ao Poder Judiciário. Outro aspecto que chama a atenção é que as situações impugnadas são as mais diversas e, muitas vezes, distantes dos parâmetros definidos no MS 20.257, em voto já citado do Ministro Moreira Alves (SANTOS, 2021, p. 193-195).

Os estudos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito desses mandados de segurança não apresentam dados de deferimento quantitativamente relevantes. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a aceitação do mandado de segurança é restrita aos aspectos de flagrante inconstitucionalidade formal. Os congressistas, no entanto, fazem uso do mesmo argumento nas mais variadas

situações, mesmo que flagrantemente contrárias à possibilidade de sucesso. E por que o fazem?

A resposta a essa pergunta indica a pertinência de um olhar diferenciado para o fenômeno da judicialização da política nas ciências jurídicas, cuja análise não pode ficar restrita ao deferimento das ações judiciais como o único resultado positivo do empreendimento de judicialização.

A judicialização da política contém elementos e possibilidades de ganhos que extrapolam, e muito, a restrição de tais institutos jurídicos como forma de oposição política. Assim, tal iniciativa não pode ser considerada bem-sucedida exclusivamente na hipótese de provimento do pedido encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, segundo Ros e Taylor (2008, p. 838-843), a judicialização da política apresenta-se como benéfica aos atores políticos envolvidos por vários e diversos motivos que não se resumem a uma decisão de provimento ou procedência, a saber:

- Trata-se de uma estratégia de baixo custo para os autores;
- Os benefícios da judicialização não se resumem ao sucesso da ação judicial, pois o seu trâmite e desenvolvimento gera fatos políticos que são potencializados pelos parlamentares;
- Na hipótese de sucesso da demanda judicial, o resultado pode ser explorado politicamente.

Os atores indicados, segundo Taylor e Ros (2008), apresentam as seguintes possibilidades de uso da judicialização da política por parte dos movimentos sociais e partidos políticos com representação no Congresso Nacional: judicialização como tática de oposição, judicialização como arbitragem de interesses em conflito e judicialização como instrumento de governo.

Conforme os dados obtidos durante a pesquisa empírica a respeito do uso do mandado de segurança para fins de obstrução do processo legislativo, a chance de sucesso na ação judicial é tão baixa que faz supor o seu uso já consciente da decisão de improvimento, o que reforça o argumento dos autores acima indicados (SANTOS, 2021, p. 195).

Os dados que serão expostos sugerem que os atores políticos já supõem, de antemão, o insucesso judicial de suas tentativas, todavia os benefícios de outra ordem fazem com que tais iniciativas sejam chamativas e, até mesmo, politicamente proveitosas.

Vejamos no quadro abaixo situações nas quais a alegação de violação ao devido processo legal foi expressamente utilizada, divergindo do que se encontra expresso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de 1981 (SANTOS, 2021, p. 194).

Quadro 1 – Casos envolvendo o argumento de violação ao devido processo legal em situações atípicas

MANDADO DE PEDIDO SEGURANÇA	
MS 32343	Caso Donadon. Provimento para Requerimento perante a Mesa Diretora da Casa Legislativa, com o propósito de tornar público o teor do voto proferido na Representação nº 20/2013, por meio da qual se buscava a declaração de perda de mandato do Deputado Natan Donadon. Visa o impetrante que a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados emita documento com o teor do voto proferido em escrutínio secreto na Representação nº 20/2013, visando prestar contas aos eleitores.
MS 32359	Idem
MS 33544	Requer, assim, liminarmente, que “seja determinada a imediata instauração da CPI dos Planos de Saúde, objeto do Requerimento nº 2, de 2015, cumprindo-se todos os termos e providências dos artigos 35 e seguintes do Regimento Interno da Câmara dos Deputados”. No mérito, pede a concessão da ordem, ratificando a liminar, autorizando-se a “instauração e funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito requerida”.
MS 34131	<i>Impeachment</i> de Dilma Rousseff. 1. A concessão de medida liminar para determinar a suspensão da eficácia da votação do parecer da Comissão Especial referente à DCR nº 1/2015, suspendendo-se, por conseguinte, a votação do parecer pelo Plenário da Câmara dos Deputados, pelo reconhecimento de que o documento extrapola o objeto do processo e porque contém imputação não recepcionada pela Constituição. 2. No mérito, que sejam desentranhados todos os documentos estranhos ao objeto do processo, anulando-se todos os atos posteriores à juntada da delação do Senador Delcídio do Amaral. 3. Ainda no mérito, que a Comissão Especial se abstenha de se manifestar sobre imputação não recepcionada pela Constituição.
MS 34384	Idem.
MS 34403	Idem.
MS 34418	Idem.
MS 34574	Candidatura de Rodrigo Maia. O pedido: impugnação à possível candidatura do Deputado Rodrigo Maia à Presidência da Câmara dos Deputados.
MS 34599	Idem.
MS 34602	Idem.
MS 34603	Idem.

Fonte: Santos (2021).

Como podemos perceber, as utilizações do argumento de violação ao devido processo legal por congressistas como causa de pedir de demandas junto ao Supremo Tribunal Federal ultrapassam as hipóteses admitidas pela jurisprudência do tribunal.

Os resultados das demandas apresentam coerência decisória, visto que, em análise de mérito, as decisões do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2011 e 2019 não resultaram na concessão do mandado de segurança (SANTOS, 2021, p. 202-210). Ainda, vale destacar que as situações nas quais ocorreu o deferimento do pedido de liminar em sede de mandado de segurança tiveram, posteriormente, perda do objeto ou alteração da decisão pelo Plenário da Corte destacadamente (SANTOS, 2021, p. 193).

Quadro 2 – Casos de alegação de violação ao devido processo legal com deferimento de liminar

CLASSE PROCESSUAL	ASSUNTO	MOTIVO DA EXCLUSÃO DO BANCO DE DADOS
MS 36063	Liminar deferida, argumento formal por encaminhamento à sanção presidencial sem análise da Casa Iniciadora.	MSs julgado prejudicado e extinto sem análise do mérito.
MS 30896	Orçamento do Poder Judiciário, liminar deferida.	MSs julgado prejudicado e extinto sem análise do mérito.
MS 34530	Liminar deferida pelo Min. Luiz Fux para ordenar o retorno à Câmara dos Deputados.	Decisão do relator pela extinção do processo sem análise do mérito pelo plenário.
MS 34907	Liminar deferida pelo Min. Luís Roberto Barroso para ordenar o retorno à Câmara dos Deputados.	Decisão do relator pela extinção do processo sem análise do mérito pelo plenário.
MS 36063	Liminar deferida pelo Min. Carmen Lucia para ordenar o retorno à Câmara dos Deputados.	Decisão da relatora pela extinção do processo sem análise do mérito pelo plenário.

Fonte: Santos (2021).

A análise conjunta do quadro 1 e do quadro 2 indica que a judicialização da política, sob o argumento de violação ao devido processo em sede de mandado de segurança, não se apresenta como uma estratégia jurídica quantitativamente bem-sucedida, a ponto de ser considerada plausível. Sua utilização de forma reiterada corrobora as análises que indicam os resultados positivos calculados pelos atores políticos a partir de parâmetros que ultrapassam a racionalidade jurídica.

Consideramos que as agendas de pesquisa nas ciências jurídicas precisam estar abertas para esse tipo de instrumentalização dos institutos jurídicos que não se enquadram nos modelos predefinidos pela lógica jurídica. A dimensão da política, nesse ponto, apresenta configurações e usos dos institutos jurídicos que precisam ser equacionados também pelas ciências jurídicas.

Uma possibilidade metodológica que buscamos delinear no presente artigo é o reconhecimento de que os argumentos apresentados pelas partes como causa de

pedir sejam compatíveis ou incompatíveis com a jurisprudência dominante dos tribunais, como objetos relevantes a serem analisados nas pesquisas em ciências jurídicas por possibilitarem a integração de institutos jurídico-processuais com a sua utilização política. Tais argumentos podem servir como referência de disputas políticas pela instrumentalização predominante dos institutos jurídicos, como também pelas decisões dos tribunais de procedência, provimento ou não, desses pedidos, sendo indicativos das funções institucionais e acomodações políticas frente ao sistema político majoritário, marcadamente o Poder Legislativo.

Um período marcante de tal fenômeno ocorreu na denominada Era Cunha, quando o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, dispunha de interpretações heterodoxas sobre o Regimento Interno da Casa, sendo muitas vezes questionado por congressistas no Supremo Tribunal Federal, via mandado de segurança, por violação ao devido processo legislativo. Nesse contexto, o conceito-chave foi absolutamente central, pois comumente o tribunal referia-se ao respeito das questões *interna corporis* para fundamentar decisões pela não interferência no processo legislativo, em que pese a recorrência dos pedidos e impugnações de tais procedimentos.

Isso se deu de tal forma que Thomas Bustamente e Evanilda Bustamente (2015) indicaram o risco de o Supremo Tribunal Federal ser passivista em situações nas quais a intervenção se fazia necessária e ativista em relação a questões de mérito sobre os processos legislativos, sendo a combinação dessas duas possibilidades altamente deletéria para as relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, segundo os autores:

O passivismo enquanto recusa a uma defesa judicial do processo legislativo democrático e das regras que garantem a sua observância rigorosa representa uma proteção inadequada e insuficiente da formação da vontade popular e das formas legítimas da sua manifestação. Ao deixar de fiscalizar adequadamente garantir o cumprimento integral do processo legislativo democrático, a corte atua com negligência em seu papel de garantidor das condições democráticas necessárias para o bom funcionamento do Estado de Direito. De modo igualmente pernicioso, o ativismo, enquanto expansão exagerada da esfera de atuação do judiciário, que passa a se imiscuir em juízos políticos que não são próprios da atividade jurisdicional, é deficitário do ponto de vista democrático e contém o germe do autoritarismo que em outros tempos foi defendido sob a bandeira do jusnaturalismo. E sob a falaciosa noção de que a supremacia da constituição implicaria, do ponto de vista lógico, em supremacia judicial (BUSTAMANTE; BUSTAMANTE, 2016, p. 359).

Com isso, podemos indicar que o instituto do devido processo legal, particularmente, pela sua generalidade e amplitude, é utilizado como instrumento nesse contexto de alto nível de pluralismo partidário e elevada fragmentação do Congresso Nacional. Apesar das inúmeras e inventivas demandas junto ao Supremo Tribunal Federal, as ações judiciais não apresentam resultados juridicamente expressivos, o que confirma as análises que defendem a pluralidade de benefícios decorrentes da judicialização da política que não se resumem à vitória processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve como tema o devido processo legislativo, as principais mudanças da vertente formal para a vertente material e seu vínculo com debates mais amplos sobre as relações entre os poderes da República, a supremacia entre os poderes e a utilização política dos institutos jurídicos.

Na contextualização do instituto no Brasil contemporâneo, verificamos que o reconhecimento da possibilidade de ingresso do mandado de segurança para a garantia do direito ao devido processo legislativo teve um impacto significativo nas relações entre os poderes, marcadamente na potencialização do fenômeno da judicialização da política, com um enorme aumento de legitimados ativos e de possibilidades hermenêuticas.

Ademais, a inserção inaugural do direito ao devido processo legal na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental acrescentou elementos de jurisdição constitucional a esse tipo de demanda. Todavia, as pesquisas realizadas entre 2011-2019 indicaram que a chance de concessão do remédio constitucional é praticamente inexistente, do que resulta a confirmação das análises que apresentam os benefícios da judicialização da política que extrapolam o resultado jurídico de concessão do pedido.

A pesquisa indica que a análise do devido processo legal é um campo fértil para a caracterização e a compreensão das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, pois o instituto tem sido usado para o controle e a limitação dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. A partir do século XX, a configuração do *substantive process of law* ensejou uma inegável expansão por parte do Poder Judiciário, inclusive sobre as análises de razoabilidade e proporcionalidade das leis.

No Brasil, a jurisprudência analisada, no entanto, indicou que as tentativas variadas de utilização do mandado de segurança sob o argumento de violação ao devido processo não têm resultado em decisões que poderiam ser identificadas como ativistas, muito menos de mérito.

Tal resultado não pode levar à conclusão de que o uso do instituto é uma disfunção processual, ou algo absolutamente inócuo. O desafio coloca-se para que as pesquisas no campo das ciências jurídicas desenvolvam metodologias adequadas para a descrição e análise de institutos jurídicos a partir de critérios não exclusivamente jurídicos, que possibilitem o reconhecimento de articulações dinâmicas entre a esfera do Direito e o fenômeno da Política em contextos historicamente dados. É necessário considerar a utilização dos institutos jurídicos pelos atores políticos e a influência dessas tentativas junto ao Poder Judiciário.

Julgamos que o esforço empreendido apresentou-se válido no que se refere à organização bibliográfica do assunto jurisprudencial e ao estímulo para que trabalhos dessa ordem continuem.

REFERÊNCIAS

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Godoi. Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 346-388, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Brasília, v. 12, p. 147-156, 1997.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DUE PROCESS: Historic Supreme Court decisions. United States: LandMark Publications, Constitutional Law Series, 2011.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, n. 139, p. 139-178, 2013.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Debora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política** [online], n. 57, p. 113-133, 2002.

KRAMMINICK, Issac. Apresentação. *In*: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas (1787-1788)**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1993. p. 1-87.

MILLER, Mark Carlton; BARNES, Jeb. **Making policy, making law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

NASCIMENTO, Roberta Simões. O que é devido processo legislativo? Da leitura do acórdão há mais confusão do que luzes. **JOTA**, São Paulo, 17. fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/o-que-e-o-devido-processo-legislativo-17022021>. Acesso em: 31 jul. 2022.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Ativismo Judicial, Moderação e o “Minimalismo Judicial” de Cass Sunstein. **Diritto & Diritti**, [S.], v. 1, p. 1-21, 2008.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; SANTOS, Samuel Martins dos. Supremo Tribunal Federal como ator com poder de veto: uma análise a partir da obra de George Tsebelis. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 212-233, 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2016.

ROS, Luciano da. **Em que ponto estamos?** Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. Sociologia política das instituições judiciais. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

ROS, Luciano da; TAYLOR, Matthew MacLeod. Os partidos dentro e fora do poder: Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **Dados**, Rio de Janeiro (impresso), v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

SANTOS, Samuel Martins dos. **Jurisdição constitucional e processo legislativo: uma análise interinstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional (2011-2019)**. 2021. 225 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

SHAPIRO, Martin. **Courts**: a comparative and political analysis. Chicago e London: The University of Chicago Press, 1986.

SWEET, Alec Stone. **Governin with judges**: constitutional politics in Europe. New York: Oxford, 2002.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.