

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**CADERNOS** DA ESCOLA DO LEGISLATIVO

14

**C**om a publicação desta edição dos Cadernos da Escola do Legislativo, a Assembléia Legislativa de Minas Gerais dá mais um passo em direção a um tema que, corrente nas discussões acadêmicas e técnicas na Europa a partir dos anos 1970, só agora começa a chegar ao Brasil: a legística. Definida, em uma primeira aproximação, como a ciência que estuda a concepção e a redação dos atos normativos, essa nova área do conhecimento não está, todavia, presa exclusivamente ao Direito. É, com efeito, na abordagem multidisciplinar que a legística ganha força como espaço de constituição de um saber que pretende olhar a lei do ponto de vista tanto da sua qualidade formal quanto do seu papel como elemento de transformação social.

Lançada em sintonia com o Congresso Internacional de Legística, promovido por este Parlamento no período de 10

a 12 de setembro de 2007, a presente edição pretende oferecer ao público um espectro amplo de abordagens tópicas da legística, percorrendo o tema em múltiplas linhas de análise teórica e instrumental. Esse esforço será complementado pela publicação dos anais do evento.

O artigo que abre a edição, de Fabiana de Menezes Soares, traça os lineamentos gerais do tema, explorando aspectos teóricos da legística, como a sua definição conceitual, os seus instrumentos de análise e os problemas que se colocam para essa nova ciência. Alexandre Flückiger e Jean-Daniel Delley reconstituem os passos de construção da legística, discutindo as bases epistemológicas do tema. Ana Fraga e Ana Vargas oferecem um circunstanciado panorama dos mecanismos de controle da qualidade da lei nos países da União Européia, com ênfase especial na situação em Portugal. Cristiano Ferri mostra como mecanismos internos da Câmara dos Deputados podem interferir negativamente na qualidade das normas legais produzidas pelo Parlamento federal. Flávia Santos, Gabriela Mourão e Guilherme Ribeiro discutem o papel das consultorias legislativas institucionais na elaboração das normas legais. Heinz Schaeffer apresenta os avanços e as lacunas da ciência da legislação na Áustria. Juliana Valle se debruça sobre o espinhoso tema das medidas provisórias como limitação ao poder legiferante do Poder Legislativo federal. Luzius Mader aborda o tema de uma perspectiva didática, iniciando seu artigo com uma pergunta fundamental – em que constitui exatamente a legislação? O texto de Roberto Romano, que finaliza a edição, traz o contraponto da discussão ao perguntar como se pode impor a obediência à lei em uma sociedade marcada pela exclusão e pela desigualdade.

A Escola do Legislativo espera, com esta edição temática, oferecer subsídios tanto para a abordagem teórica da legística – campo no qual têm se destacado espaços acadêmicos como a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – como para a construção e implementação dos seus instrumentos técnicos de intervenção na produção legislativa, a exemplo de iniciativas já desenvolvidas no âmbito da própria Assembléia Legislativa de Minas Gerais.

Acreditamos que os esforços pela melhoria da qualidade da lei estão intimamente conectados à razão maior da existência do Parlamento, que é a de expressar, no texto normativo, os interesses e as aspirações da sociedade civil. Normas legais bem elaboradas são não somente uma meta técnica de acadêmicos e de consultorias legislativas, mas, antes de tudo, parte do processo de construção da democracia brasileira.

Alaôr Messias Marques Jr.  
Gerente-Geral da Escola do Legislativo



# LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO: A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

FABIANA DE MENEZES SOARES\*

## I Breve introdução à Legística

Inicialmente, a Legística pode ser definida como saber jurídico que evoluiu com base em algumas das questões recorrentes na história do Direito, vale dizer, a necessidade de uma legislação mais eficaz (no sentido de estar disponível e atuante para a produção de efeitos), o desafio de compatibilizar o Direito codificado com os reclames da sociedade, o questionamento da lei como o instrumento exclusivo para a consecução de mudanças sociais e a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais em todos os níveis. A doutrina consolidada (KARPEN, SCHÄFFER, 1996) aponta, basicamente, cinco linhas de investigação:

- teoria ou doutrina da legislação: possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação do conhecimento no âmbito da legislação;
- analítica da legislação: conceitos e idéias fundamentais da norma, lei e legislação;

• Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFMG, mestre em Direito Administrativo, doutora em Filosofia do Direito, Canadá—Caribbean. Latin America Award 2004 (International Council for Canadian Studies—Foreign Affairs and International Trade Canada) *Législation et technologie dans le cadre de l'expérience canadienne: ressemblances, différences et innovation par rapport au cas brésilien, le MERCOSUL et la ZLEA*. Winning Paper-7th Congress of the European Association of Legislation Learning to divide the law's contents: the lobby as a strategy for a clearer Brazilian legislation by Prof. Fabiana de Menezes Soares and Letícia Camilo dos Santos (Grupo de Pesquisa em Teoria da Legislação — Observatório para a Qualidade da Lei — Faculdade de Direito da UFMG).

- tática da legislação: estudo dos órgãos, procedimentos e métodos a fim de influenciar e dirigir a produção legislativa;

- metódica da legislação: problematização das dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da legislação, procurando responder às questões de adequação/razoabilidade, ao incremento do grau de faticidade/realizabilidade e efetividade das leis (a questão dos direitos fundamentais);

- técnica legislativa: regras gerais sobre a elaboração das leis, suas categorias, sua sistemática e sua linguagem.

Nesse contexto, a Legística atua em duas dimensões (material e formal), que convivem em constante interação, desde a “justificação” do impulso para legislar até o reordenamento do sistema jurídico em razão da nova legislação.

Já que a grande guinada metodológica foi operada por meio da avaliação de impacto, cumpre evidenciar a preocupação com a elevação do nível de *faticidade* ou *realizabilidade* da legislação (compreendida como a atividade de normação realizada pelo Legislativo e pela Administração Pública). Esses termos aparecem, notadamente, nas doutrinas alemã, italiana e inglesa. Referem-se à preocupação com as medidas que garantam a execução e implementação de um dado ato normativo.

A Legística material reforça a faticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação; seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado por meio da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico ou com a utilização de técnicas como *checklist*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes, que permitem tanto realizar diagnósticos e prognósticos como verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e os resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor.

Sinteticamente, a avaliação legislativa investiga o seguinte:

- exposição da situação-problema;
- leis existentes;

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

- soluções possíveis;
- as vantagens e os inconvenientes de cada uma das soluções possíveis;
- implicações financeiras;
- relações intergovernamentais;
- consulta entre os ministérios/órgãos envolvidos;
- consulta e informação a interessados, grupos e população atendida.

A Legística formal atua sobre a otimização do círculo de comunicação legislativa e fornece princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativos.

Ambas as dimensões se interessam pela ampliação do círculo de interlocutores que dialogam na dinâmica do círculo normativo, isto é, o legislador/emissor quando interpreta demandas, interesses que motivam o impulso legislativo; o administrador quando implementa a legislação; o juiz quando aplica a lei para dirimir conflitos; os destinatários/atingidos cujas condutas são afetadas por seus comandos.

O círculo normativo se abre com a justificativa do impulso para legislar. Evidenciado na avaliação de impacto da futura legislação, atua no reordenamento do sistema jurídico em nome da manutenção da coerência (criação de barreiras às antinomias) e da consistência (densificação de comandos contidos em fontes legais por meio de atividade regulamentar para garantir a eficácia técnica), otimizando estratégias para o incremento do conhecimento real do Direito.

Cada interlocutor utiliza as suas percepções de mundo, ou "pré-noções", e representações sociais da realidade que compõem tanto o potencial repertório de normas (leque maior de possibilidades de conteúdos normativos expressos, sobretudo em processos participativos de produção do direito) quanto norteia a capacidade de interpretar as demandas, necessidades e interesses por detrás do impulso legislativo.

A ampliação do círculo normativo significa também considerar as manifestações da cultura jurídica em cada fase da desejável interação entre os seus interlocutores (diálogo entre as fontes do Direito). Vale dizer, considerar na concepção do ato normativo a jurisprudência, a aplicação efetuada pela Administração Pública, que, por sua vez, expressa uma dada interpretação, o sentido sistemático extraído do ordenamento jurídico no plano de incidência da futura legislação, do impacto e da situação atual objeto o impulso legislativo na realidade social.

É sob o ponto de vista da percepção do ordenamento como sistema, do diálogo entre as várias fontes do Direito, da consideração da realidade no processo de interpretação e tomada de decisão, seja para solucionar o conflito ou evitá-lo, que a discricionariedade do legislador deve ser pensada de modo a ensejar críticas e propostas direcionadas a uma atividade legislativa responsável, em termos jurídicos.

A proposta da Legística coloca em foco uma alteração na relação comunicativa entre o destinatário/atingido e o legislador no sentido de os aproximar. Nesse particular, o sujeito, seja emissor ou destinatário, possui uma vontade que a legislação ambiciona conformar. Todavia, em vez de se configurar tão-somente no súdito submisso ao poder estatal, que, por força da coerção, altera o sinal da conduta por medo da sanção, a proposta persuasiva da Legística coloca em evidência não só a possibilidade de constrangimento da vontade, mas também a possibilidade de uma escolha que ocorra por meio do convencimento e não pela força. Daí que esse processo interno de escolha de adesão ou não da proposta de conduta contida no ato normativo, pelo processo intelectualivo (no qual o sujeito deverá ser convencido de que a legislação é boa e, por isso, precisa ser respeitada), realiza a liberdade.

A Legística material reforça, pois, a produção do Direito Consensual, concertada, que possa antecipar os efeitos sobre os destinatários/interessados e, desse modo, matiza o conceito do que venha a ser uma boa legislação.

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

O exercício daquela liberdade necessita de uma relação com o Estado, além do mero dever de conhecer a legislação e de não se eximir do seu império. Para tal, é necessário considerar que a acepção da realização da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante da nossa Constituição, inclui o aumento do nível de escolaridade, o acesso gratuito a informações legislativas (e também àquelas advindas do exercício da liberdade de imprensa), a inclusão de novas mídias (e outras não tão novas como a televisão, concessão pública que pode ser usada para outros fins que não só os de difusão de publicidade partidária), para divulgação de direitos e deveres (de uma material melhoria na qualidade da publicidade oficial), à inclusão digital, aos serviços que poderão estar disponíveis aos cidadãos com o advento da TV Digital.

A Legística se debruça sobre um contexto, no qual discussões grassam e expressam fenômenos típicos de nosso tempo, em que a legislação (aqui compreendida como conjunto de atos normativos) está em expansão e, muitas vezes, concorre para a falta de coerência do sistema normativo, o que culmina por afetar a completude do ordenamento jurídico, gerando insegurança jurídica, falta de confiança nas instituições porque a legislação não atinge os seus objetivos.

Em termos pragmáticos, o crescimento no volume de antinomias não solucionadas pelos clássicos critérios hierárquico, cronológico, de especialidade, exige, por sua vez, a reflexão e concepção de estratégias em prol da reordenação do sistema, tais como simplificação, harmonização e consolidação.

Os efeitos dessa situação são intensificados pela proliferação legislativa oriunda não só da atividade contínua de legislação encetada pelos legislativos do País, mas também pela constatação de que a Administração Pública incorporou uma franca atividade de legislação.

Nesse processo de densificação normativa (compreendida como o conjunto de medidas necessárias à plena atuação/incidência de uma dada legislação), nem sempre a implementação da legislação fica justificada; muito pelo contrário, as contradi-

ções, ambigüidades, se acentuam, deixando o sistema normativo instável e, por conseqüência, diminuem o nível de segurança jurídica, à medida que criam incerteza para o emissor/receptor das normas jurídicas quanto ao Direito vigente e ao seu teor, em face do esperado diálogo com outras fontes do Direito.

Inicialmente, o desafio a ser enfrentado pela Legística inclui, de um lado, a adoção de metodologias e técnicas para a racionalização da produção do Direito em uma etapa, em geral considerada metajurídica pelo normativismo, visto que cogita do conteúdo e das condições de eficácia de uma legislação que está sendo planejada; de outro, a contenção da proliferação legislativa, a adoção de práticas de reordenamento cujo fim é possibilitar um conhecimento do Direito vigente mais aproximado do real, seguido de garantias de que a nova legislação terá um maior grau de efetividade.

Vale ressaltar que a preocupação com a clareza da linguagem, com as estratégias contra a obscuridade e ambigüidade, não pode se converter em arbitrariedade na predefinição de vocábulos inadequados, que na prática concorram para a diminuição da quantidade de possíveis termos à disposição da elaboração do conteúdo de uma dada legislação. O caráter simbólico da legislação, como foi já ressaltado por Chevallier, permanece como limite a uma pretensão totalizante de racionalização da produção do Direito.

## **II. Legística: um conhecimento sistematizado ainda pouco conhecido no Brasil**

Legisprudência, Legislação e Ciência da Legislação são também outros vocábulos que designam o ramo do conhecimento jurídico sobre o qual são dirigidas as reflexões objeto deste artigo. A escolha pelo termo Legística se dá pelo posicionamento sistemático que o termo recebe tanto dos países da família romano-franco-germânica (*civil law*) quanto do Direito Consuetudinário (*common law*) com o termo *Legistics*.

Antes da retomada de uma reconstrução histórico-analítica, faz-se necessário levar em consideração as relações entre Legística e Dogmática ou Ciência do Direito.

**LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO**

---

Conforme Larenz, a Ciência do Direito tem como foco o seu aspecto normativo e, assim, ocupa-se do “sentido” das normas (validade normativa e do conteúdo de sentido das normas de Direito Positivo).

Entretanto, várias reflexões e suas repercussões pragmáticas ligadas à efetividade, à otimização do conhecimento real do Direito e à avaliação de impacto do Direito não pertencem à Dogmática, apesar de serem objeto de tensão segundo a Filosofia do Direito, a própria Teoria do Direito (que lida com conceitos como vigência, validade, eficácia, efetividade, vigor, etc.), a Sociologia do Direito, a Ciência Política, etc.

Desse modo, à guisa de um esclarecimento sobre as relações entre a Dogmática e a Legística, faz-se necessário uma demonstração sintética dos afastamentos e intersecções entre essas perspectivas do Direito:

	<b>Direito/Dogmática</b>	<b>Legística</b>
<b>Racionalidade</b>	Racionalidade baseada na lógica	Racionalidade gerencial(objetivos-meios)
<b>Critério</b>	Conformidade	Eficácia
<b>Controle</b>	Jurisdicional de conformidade	Avaliação por órgão político-administrativo
<b>Funcionamento</b>	Linear	Sistemática
<b>Tônica/Sentido</b>	Aplicação	Criação e aplicação das normas
<b>Mecanismo Lógico</b>	Dedução	Indução-dedução
<b>Realidade Social</b>	Isolamento	Interação
<b>Tipo de normas</b>	Deônticas	Pragmáticas

(MORAND, 1999)

O quadro acima sintetiza bem o âmbito de atuação da Legística. Resta evidenciar a preocupação com os resultados segundo uma perspectiva que visa adequar os objetivos (identificados na análise de impacto ou na avaliação legislativa), os meios e os fins. Tal adequação evoca a intimidade do raciocínio “legístico” e a ponderação operada via razoabilidade e discricionariedade quanto à escolha de um conteúdo para a legislação a ser concebida.

Essa ponderação pretende conciliar a representação lingüística da escolha do sentido inicial de um ato normativo e os meios/instrumentos para identificar o cenário de inserção do ato normativo no sistema jurídico. O contexto no qual esse juízo de adequação se processa é aquele em que o planejamento legislativo surge no quadro de uma política pela qualidade da legislação que informe as ações de um programa de governo.

Nesse sentido, a questão da eficácia da legislação aparece lado a lado das medidas de execução e implementação. Adotar estratégias para persuadir os destinatários/interessados por meio de ações para construção de um consenso possível (audiências públicas, negociação legislativa, práticas de *lobby* regulamentadas, plebiscitos, inclusive os administrativos) são meios para otimizar o nível de eficácia social. Isso significa que, durante todo o processo de elaboração e redação, o compreender e o aceitar uma dada legislação não deve ser considerada uma questão exclusivamente estilística.

Quanto à eficácia técnica, a elaboração do Direito exige uma atenção no nível de densificação da legislação superior (leia-se lei em sentido formal ou material, vale dizer, a criação de normas jurídicas). O excesso de regulamentação ou a sua inexistência concorrem para o baixo nível de eficácia técnica porque comprometem a execução do comando normativo e/ou a implementação de uma nova situação jurídica.

Vale a pena ressaltar que a justificação do impulso para legislar, até então colocada em um plano de considerações metajurídicas, guarda uma estreita conexão com a validade do Direito se observarmos que um mínimo de eficácia social é necessária como contraponto à relativização da liberdade do sujeito operada via Estado. A atividade de legislação custa e deve atingir os seus fins que, por sua vez, justificam limitações de toda ordem à conduta humana. Essa percepção de cunho utilitarista orienta a concepção da lei na *common law* como podemos identificar na teoria da legislação proposta por Bentham.

É, nesse sentido, que os métodos e técnicas para avaliação de impacto se valem de instrumental de outras

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

ciências como Administração, Economia, Estatística, Sociologia, Legimática e, é claro, Teoria Geral do Direito, em uma perspectiva, diríamos, “aplicada”. Essas particularidades estão evidenciadas nas *check lists*, na modelização causal, na reconstrução da cadeia de fontes do Direito, nos sistemas de apoio à decisão.

Esse modo de lidar com a problematização da fase pré-legislativa por meio de mecanismos de racionalização (seja no plano lingüístico ou sob o ponto de vista material) tem como fim orientar o planejamento de ações que visem a uma efetiva e eficiente execução/implementação de um dado ato normativo.

Observamos, então, nessas distinções entre a Dogmática e a Legística, que essa interação entre o mundo do Direito e o mundo da vida exige a existência de um diálogo entre as fontes do Direito. Ao lado da reconstrução da situação-fática-problema, objeto da indagação “legislar ou não legislar” (questão de fundo da avaliação legislativa, ou como parte da doutrina européia de matriz alemã, como “metódica da legislação”), emerge a necessidade de reconstrução da cadeia de fontes em vários níveis e categorias (âmbito de incidência, tipos de atos normativos).

Esse conjunto de medidas e a soma de toda a análise colocam o intérprete (porque a produção do Direito e a escolha de uma dada representação de mundo é também uma atividade hermenêutica) em face de uma visão de um sistema, portanto, com uma percepção dinâmica do fenômeno da legislação, tanto sob o ponto de vista do ordenamento quanto da realidade para a qual aquela legislação se destina.

A escolha do conteúdo da lei é um momento de máxima discricionariedade dentre as funções estatais; mas isso não é justificativa para desconsiderar a comunicação de sentido oriunda da interação entre as fontes do Direito (leia-se inclusive a interpretação das aplicações ou sentidos concretos perpetrados pela atividade judicial e administração pública). Daí a importância do delineamen-

to da análise do seu impacto em um sistema, de modo a propiciar a concepção responsável da legislação. Afinal, por exemplo, um ato normativo inconstitucional causa prejuízos não só àqueles que se encontram em situações jurídicas subjetivas dele decorrente, mas também à Administração Pública, ao próprio Legislativo e, talvez o pior dano, aquele simbólico e insidioso que mina a confiança nas instituições democráticas e confirma as perversões de autoridade no sentido de que “todos são iguais, mas uns mais iguais que os outros”.

Mas não é só a dimensão entre o contexto formal, material, o caro objeto de interação do qual a Legística se ocupa. A idéia de um legislador onisciente foi uma falácia incutida na mente da maior parte dos juristas e de boa parte dos cidadãos. Talvez a mitificação da lei e da intangibilidade do seu texto tão propalada durante boa parte do séculos XIX e XX respondam em parte por essa distorção.

Tal percepção não mais se sustenta por alguns motivos. As normas não se dirigem exclusivamente à vontade porque o ser humano livre é aquele que pensa e escolhe, portanto, outros mecanismos de adesão aos comandos devem ser considerados que não só aqueles que se valem da coerção, da conformação obrigatória da vontade. Conceber uma legislação sem considerar mecanismos de persuasão equivale a qualificar o sujeito como sem intelecto, é o mesmo que lhe negar a liberdade para se autonomizar: há verdadeiramente uma escolha sob o domínio da coerção?

O legislador também é cidadão e exerce uma função em nome de alguém. A nossa Constituição consagra princípios de democracia direta e dignidade da pessoa humana, densificados de várias formas no sistema jurídico. Portanto, o legislador não é o único capaz de interpretar anseios e/ou deva transformar o seu ofício em um fazer incessante de atos normativos sem possibilidade de execução ou implementação, inclusive gerando expectativas efêmeras quando legisla de forma inconstitucional que obviamente

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

repercutem na esfera das relações pessoais, na ética de cada dia, por vezes reproduzindo padrões de desconsideração do Direito. Deve ser ressaltado que sua função fiscalizadora acaba por ser obliterada pela necessidade em exhibir uma linha de produção de proposições legislativas.

A discricionariedade do legislador quanto à escolha do conteúdo da lei é limitada, seja pela cultura jurídica que congrega todas as manifestações do fenômeno jurídico, seja pelos princípios estruturantes da Constituição. Tais princípios incluem tanto os garantidores do sistema representativo quanto aqueles de democracia direta e semidireta e da dignidade da pessoa humana. E se a pessoa humana é fim do estado brasileiro, necessita de condições de se desenvolver de forma plena, em um estado cujo fim é ser materialmente democrático e que deve minimamente compreender e conhecer seus direitos e deveres vigentes, o que, neste caso, pode se revelar uma verdadeira odisséia.

A aproximação entre legislador e cidadão pode propiciar processos de produção do Direito em que haja mais persuasão e menos coerção e, nos processos participativos, a negociação do conteúdo pode gerar uma co-responsabilidade pela sua efetivação, porque os participantes colaboraram com suas representações de mundo, o que é otimizado por uma gama de informações evidenciadas na reconstrução da situação-fática-problema, resultante do processo de avaliação legislativa.

Outra consequência da racionalização da produção do Direito decorre da preocupação de ordem pragmática quanto aos resultados futuros da legislação expressos em normas sobre elaboração de outras normas e daquelas destinadas a garantir a efetividade de um dado *dever-ser*.

Em termos práticos, isso significa otimizar a ação estatal no quadro da adoção de uma dada política pública, por exemplo. Como a perspectiva de concretização é a tônica da atividade administrativa, esse modo de atuação responde como uma das causas para a relativa facilidade com a qual a administração pública adere às práticas

legísticas, ao contrário da inserção de uma cultura legística no Legislativo, que exige capacitação do pessoal técnico, sensibilização de quem exerce poder de decisão e, sobretudo, modificações no regimento que introduzam a Legística no fazer legislativo.

Pensar sobre a situação-fática-problema em conjunto com as variáveis jurídicas significa evocar uma dimensão de fontes do Direito que inclui todas as suas manifestações e não exclusivamente as formais e impõe a consideração da realidade de incidência da futura legislação (bem delineada pela modelização causal, como veremos mais à frente). Tal consideração completará o programa de interpretação, evidenciará o sentido e o conjunto de normas que regem e que serão impactadas pela nova legislação<sup>1</sup>.

Resta claro que a Legística também atua para manter e aumentar o nível de coerência do ordenamento, que, por sua vez, concorre para uma elevação no grau de segurança jurídica.

Nessa perspectiva interacional intrínseca (no sistema jurídico) e extrínseca (impacto legislativo sobre a realidade), a divisão entre os métodos dedutivo e indutivo são relativizadas. Primeiramente, porque não existe no procedimento de produção do Direito uma divisão radical entre Legística formal e material. Em segundo lugar, o *dever-ser* não é considerado apartado do ser (realidade) e nem o pode ser, visto que a legislação carrega em si modelos e propostas cujo fim é a sua concretização.

A Legística propugna, inclusive metodologicamente, um comprometimento radical com a eficácia do ato normativo e também se ocupa com o contexto de inserção da nova legislação.

Na produção do Direito, a todo momento, a preocupação com o impacto da nova legislação é recorrente, não obstante os limites da sua racionalização já mencionados por Chevallier, limites estes que se alargam se admitirmos

<sup>1</sup> À guisa de ilustração, já que por vezes a literatura possui o condão de bem definir percepções e também porque o fator cultural possui uma dimensão simbólica ardentemente almejada nos processos de produção do Direito, achamos oportuno registrar o dizer de Fernando Pessoa, mais à frente assinalado: "Todo este universo é um livro em que cada um de nós é uma frase. Nenhum de nós faz mais que um pequeno sentido, ou uma parte do sentido, somente no conjunto do que se diz se percebe o que realmente cada um quer dizer".

que o sentido do ato normativo só é completado pela realidade social no âmbito de sua incidência.

### **III Tensões na produção do Direito: algumas reflexões sobre a repercussão nos modos de se fazer o Direito**

A atividade de legislação traz em si duas tensões que definem o caráter teórico-aplicado do próprio Direito: a experiência e a racionalidade. Apesar do esfacelamento do Império Romano como centro de poder, a estrutura administrativa sobreviveu e preservou a herança de um Direito compilado, formalizado, que se incorporou ao “fazer jurídico” das estruturas de poder do rei e da Igreja.

Contudo, este “Direito oficial” conviveu com a experiência jurídica de costumes que variaram de lugar para lugar, com um importante papel na definição da identidade de um dado grupo social. O advento do racionalismo e logo depois os antecedentes do Iluminismo trariam a discussão da criação do Direito, a escolha dos costumes que seriam “formalizados”, para o cerne das profundas mudanças sociais e políticas do século XVIII.

No momento da passagem do Direito até então local e sem maiores pretensões de abstração para um Direito racional, definiu o grau das discussões sobre o modelo de codificação que expressou as ideologias prevalentes, como bem salientou Tarello. Vale dizer: expressou de algum modo teses do voluntarismo, psicologismo (vontade do legislador), imperativismo, descritivismo, sistematicismo, conceitualismo.

Independentemente dos embates filosóficos sobre o tema, aquele momento de passagem registrou o início da proeminência da figura do legislador, do papel simbólico da legislação codificada como a obra de uma nação.

O racionalismo do século XVIII culminou também por definir uma outra tensão, “o Direito velho” X o Direito

novo, que evidenciou os problemas advindos de uma criação voluntarista do Direito ao desconsiderar o elemento histórico.

Por outro lado, a independência do texto da lei, diante da vontade (funcional, vale a pena lembrar) do legislador, justificou o início do mito da lei desconectada do seu contexto e das outras fontes do Direito. Foi nesse terreno fértil que a interpretação literal da lei e a busca pela vontade do legislador se configuraram, mais tarde, no mote da Escola da Exegese, após a edição do Código de Napoleão.

Assim, a importância da lei no quadro da consolidação de um Estado de Direito materialmente democrático pode ser verificada na elevação da função legislativa como a mais proeminente entre as três funções ou “poderes” no contexto iluminista e pós-Revolução Francesa.

No antigo regime, a jurisdição ocupava o posto de destaque, não obstante a negativa de imparcialidade em um sistema em que o rei escolhia os magistrados e estava acima de qualquer controle político normativamente regulado.

Com o advento de um parâmetro racional para solução de conflitos expresso na lei (e em sua supremacia) que, por sua vez, justificava/legitimava o exercício das funções de administração da coisa pública e da jurisdição acha-se consagrado o caráter fundamental, simbólico e transformador da lei.

Em torno do Código de Napoleão, foi expressa a identidade da cultura e do pensamento do povo francês, ainda que fossem os costumes de Paris os norteadores dos modelos jurídicos do referido diploma. Um código destinado a todos os franceses que trazia conceitos jurídicos articulados sob a forma de um sistema de normas.

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

A força simbólica de uma lei destinada a todos os nacionais demonstrou o papel agregador (e por vezes instrumental da lei) da legislação que definiu, de modo claro, direitos, faculdades, obrigações e deveres, permitindo o planejamento de ações, à medida que as expectativas acerca das conseqüências pela ação/omissão se achavam definidas previamente e se dirigiam a todos, sem distinção.

A preocupação com o respeito pela vontade popular também se expressou pelo culto exacerbado ao texto legal, visto como algo destacado da realidade social cujo sentido era intocável pela atividade hermenêutica. Como já foi mencionado, isso responde, na história do pensamento jurídico, pela grande influência exercida pela Escola da Exegese, que propugnava uma interpretação literal aliada à busca pela vontade do legislador. É interessante verificar que o grande artífice por detrás do “legislador” do Código Civil francês foi exatamente o executivo, a vontade manifesta de Napoleão.

Os ecos daquele modo de *conceber* o Direito dialogaram não só com outras culturas jurídicas européias que acabaram provocando um movimento de racionalização da produção, que, naquele momento, se expressou pela onda da codificação civil e penal.

Todas essas dicotomias encontraram um campo de ampla interação na atividade legislativa (Legislativo e Administração Pública) projetada legisticamente. Devem ser mencionadas ainda algumas relevantes contribuições da doutrina em matéria de Legística.

A primeira delas foi esboçada por Filangieri no fim do século XVIII, quando sustentou a criação da figura do “censor da lei,” encarregado de remediar a multiplicidade de leis e de adaptá-las às mudanças, e da introdução da avaliação legislativa como momento-chave do desenvolvimento da formação e da entrada em vigor das leis. Talvez os ecos desse ideário tenham encontrado ressonância na atuação das Comissões de Direito, ou

“Law Comission”, presentes nos países da *common law* e que atuam na triangulação comunicativa entre Ministério da Justiça/Governo, Parlamento e sociedade civil.

A outra provém de Bentham, com as suas obras clássicas: *Normografia ou arte de fazer Direito e Princípios de Moral e Legislação*, já no século XIX, cuja tônica foi a racionalização do conteúdo da legislação, com a utilização da estatística como um dos meios para a realização do princípio da utilidade (precursor da avaliação prospectiva, análise custo-benefício e legislações experimentais).

Em que pese o valor dos antecedentes históricos no pensamento jurídico sobre a matéria, é de Peter Noll a grande obra de referência que abriu as vertentes de investigação sobre as quais se debruça a doutrina hodierna. Datada de 1973, a *Gesetzgebungslehre* sistematizou conhecimentos e metodologias que podem ser postas a serviço da projeção no momento da formação da legislação (compreendida como ato geral emanado do Parlamento e da administração).

#### **IV Planejamento legislativo no quadro da racionalização da gestão pública**

Se no fim do século XIX e no início do século XX a codificação acabou por expressar formalmente as fontes do Direito aceitas na *civil law*, ou família franco-germânica, por outro lado, a pressão por um Direito formalizado proveniente dos países da *common law* (que, curiosamente, foram legatários do sentido romano de produção do Direito por meio de uma indução via judiciário) acabou por levar às instâncias legiferantes uma preocupação com a linguagem, de modo a garantir uma idoneidade, diria radical, com a representação inicial do conteúdo da lei, expressão do surgimento do Direito, tal como ocorre na síntese operada via precedente judicial.

Essas concepções de mundo, formas de raciocinar e conceber o Direito, interagiram no pós-guerra com um

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

contexto que colocou em xeque o culto à lei como fundamento último da democracia. Simbolicamente, isso pode ser ilustrado pela legalidade das condutas do aparato estatal do Reich durante a Segunda Guerra Mundial, que conduziram os judeus e outras minorias ao holocausto.

É nesse contexto que a questão da elaboração do Direito ganhou fôlego além da preocupação meramente estilística, visto que as representações de mundo dependem de signos lingüísticos para se expressar, diante do papel da lei como veículo de valores, no sentido de os materializar.

Enquanto isso, a então mítica supremacia do legislador como figura-chave no exercício do poder começa a compartilhar esse papel com a figura do juiz, fortalecido pelo crescente relevo atribuído às decisões das cortes constitucionais.

A aplicação do Direito expressa na jurisprudência ou na atividade administrativa determinou um movimento no círculo normativo que teve como uma das conseqüências o aumento do diálogo entre fontes do Direito que não só aquelas de origem legal, como foi anteriormente dito.

Esse particular evoca um outro tipo de percepção acerca do grau de liberdade do legislador na escolha de um conteúdo inicial para uma legislação: a questão da discricionariedade da atividade legislativa que guarda uma íntima conexão com a avaliação de impacto, ponto fulcral da Legística material.

Além disso, a discussão teórica e o marco histórico da cidadania necessitam reforçar a capacidade de escolha entre as condutas legalmente previstas por meio de uma operação intelectual que pressupõe a compreensão, o conhecimento e o acesso ao conteúdo da lei.

A necessidade de reconstrução de uma Europa devastada colocou em evidência um modelo de administração pública fundado na planificação, imprescindível à consecução de resultados que fossem duradouros e eficientes.

entes em face das políticas públicas que o legitimam. Em países de *common law*, como EUA e Canadá, a necessidade de propiciar um desenvolvimento econômico que facilitasse a livre concorrência e a satisfação do ideário de um estado de bem-estar social motivaram a adoção do modelo acima referido.

Desse modo, a definição de ações, metas e estratégias determinou a direção da mudança no paradigma da cultura de governança, em direção ao sentido do planejamento administrativo, econômico e financeiro e não a satisfação de necessidades pontuais.

Como é sabido, o planejamento engloba dimensões como o diagnóstico/prognóstico de uma situação, além da avaliação das políticas integrantes de um programa de governo com o fim de corrigir rumos e mensurar o grau de cumprimento das ações implementadas para a consecução dos objetivos escolhidos. A característica interacional da Legística é evidenciada, entre outros aspectos, pela apropriação de metodologias de outras áreas como a Administração e a Economia.

No contexto de um mundo onde as coordenadas de espaço e tempo tensionam o instrumental estatal de apoio à decisão, a informática foi incorporada no rol de ferramentas para a melhoria dos processos de documentação e decisão relativas à legislação (Legimática). Isso significa não apenas a adoção de bancos de dados de atos normativos, mas, sobretudo, aplicações que permitam o acesso ao Direito vigente e a criação de *softwares* para a redação legislativa. Vê-se no desenvolvimento de sistemas capazes de identificar revogações implícitas, clara demonstração do potencial da inteligência artificial na área da Legística.

O corolário da necessidade de melhoria no círculo normativo foi o desenvolvimento do processo de racionalização da produção do Direito. Assim sendo, os juízos acerca da oportunidade, razoabilidade e conveniência do impulso para legislar foram levados em consideração, ao lado da reconstru-

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

ção do cenário jurídico, social, econômico, administrativo (etc.) de incidência da nova legislação.

A Legística fomentou a concepção de instrumentos próprios à devida justificação tanto para a tomada da decisão de legislar quanto para a avaliação de impacto: o uso da *check list*, modelização causal e da reconstrução da cadeia de fontes.

Todos esses instrumentos se inserem na perspectiva da projeção legislativa. Esta se vale de ferramentas de acesso analítico mais direto, como questionários que sejam mais discursivos, como o modelo disposto no Decreto 4.176, de 2002 (que, exatamente por isso, dificulta a sua internalização por parte dos responsáveis por sua execução e, ao lado da indefinição acerca do rol de atos normativos que deveriam ser necessariamente “avaliados”, responde pelos problemas no plano da sua eficácia), ou de rápida checagem, como os modelos canadenses.

A modelização causal resume, em um esquema de uma página, o processo de definição dos objetivos e das possíveis questões a serem enfrentadas pela nova legislação, tendo em vista as variáveis que minimizam ou intensificam a situação fática que provoca o impulso para legislar.

Quanto à reconstrução da cadeia de fontes, trata-se de um instrumento destinado a identificar o Direito vigente a respeito de uma dada matéria ou campo sobre o qual incidirá a nova legislação. É uma representação gráfica composta de quadros ou outro símbolo que evidencia as normas, sua hierarquia e as conexões entre elas.

Vale ressaltar que uma boa reconstrução deve ter em mente o sistema normativo como um todo, de modo a contemplar normas que, inclusive, estejam em ordenamentos aparentemente com pouca ou nenhuma relação com o objeto da cadeia em questão e que insiram atos normativos de origem legal e de origem regulamentar.

No caso brasileiro, a utilização da reconstrução da cadeia de fontes assume singular importância ao considerarmos a grande atividade legislativa do Executivo (notadamente o federal), que densifica atos normativos legais ou decorre do exercício de sua competência legislativa.

Como percebemos, o fator da legislação planejada é peça importante na condução de programas, políticas e ações governamentais que ambicionem um salto de qualidade na satisfação de demandas sociais e no incremento do desenvolvimento econômico.

### **V Apontamentos sobre algumas tendências e questões candentes**

No início dos anos 1970, a preocupação com a efetividade das leis ganhou espaço não só nas discussões teóricas sobre a legislação, mas também integrou a agenda política de países desenvolvidos e com democracias consolidadas. Várias questões motivaram a perspectiva da melhoria da lei como motor para a consecução de políticas públicas; dentre elas, a necessidade de um planejamento legislativo, a constatação de que o governo cada vez mais “legislava” e que a legislação era o braço da implementação de programas. Em termos pragmáticos, isso significou uma atenção à fase “pré-legislativa”: a opção por uma ação “legislativa” deveria considerar os ônus para cidadãos, empresas e administração pública.

Naquele momento, tanto nos países da *civil law* como nos países da *common law*, os desafios eram (e são) a quantidade de atos normativos existentes e as dificuldades na sua interpretação-aplicação.

Devem ser mencionados também o distanciamento entre a lei e o cidadão, provocado por problemas ligados à compreensão e ao acesso ao texto; e até mesmo a incerteza acerca do Direito vigente, sobretudo em

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

subsistemas normativos complexos (cujos atos normativos têm fontes, incidências e origens diversas), tais como o tributário, o financeiro, o consumerista, o previdenciário, o ambiental, entre outros.

Tais problemas não são exclusivos de países desenvolvidos. O Brasil padece dos mesmos desafios, intensificados pela sua dimensão continental, pelas desigualdades, pelas esferas distintas de produção de normas (local, regional, nacional), e pela atividade legislativa parlamentar e do Executivo.

Deve ainda ser mencionado o processo de consolidação (anteriormente previsto pela LC 95/98), interrompido, cujo fim era a diminuição da quantidade de normas em circulação. Não houve a previsão de um modelo nem a definição de matrizes e de um procedimento específico, ou, infelizmente, não foram objeto de uma reflexão que mobilizasse os juristas no Brasil ou que originasse uma política para a melhoria da qualidade da legislação.

Há mais de duas décadas, progressivamente, uma série de estudos e medidas introduziu práticas com o escopo de melhorar a qualidade da legislação no mundo. Na década de 1980, a Alemanha já desenvolvia instrumentos para avaliar o impacto de novos atos normativos para otimizar a sua efetividade e identificar seus possíveis obstáculos, custos e efeitos (especificamente um modelo de *check list*, lista azul ou *list blu*).

A preocupação com a compreensibilidade da legislação foi objeto de vários estudos publicados na Bélgica, na Holanda e na Áustria. Na mesma época, em Portugal, um curso sobre a “feitura de leis” foi criado e destinado aos servidores públicos que atuavam na elaboração de atos normativos<sup>2</sup>.

A partir da segunda metade dos anos 1970, guias de Redação Legislativa mais sofisticados e atentos à circulação de modelos jurídicos começaram a ser elaborados nos EUA, no Reino Unido e no Canadá. No caso canadense, por

<sup>2</sup> O Curso de Legística Comparada por nós organizado por meio do Niepe da Faculdade de Direito da UFMG, que contou com a presença de Marta Tavares de Almeida, história viva da Legística em Portugal e diretora da Revista "Cadernos de Ciência da Legislação".

força do seu bilingüismo e bijuridismo, a idoneidade da redação dirigida a culturas diversas se antecipou ao desafio a ser enfrentado alguns anos depois pela União Européia, ao desenvolver técnicas para manter o mesmo teor do comando normativo em várias línguas diferentes, sobretudo quando o modelo jurídico em questão não fazia parte da cultura jurídica de um dado país.

Na década de 1990, modelos de avaliação legislativa e de controle de qualidade de atos normativos floresceram no Executivo suíço. No Brasil, era publicado o "Manual de Redação da Presidência da República", coordenado pelo hoje ministro do STF Gilmar Mendes, que evidenciou um compromisso com a simplificação dos atos normativos pelo Executivo federal. Quase dez anos depois, em 1999, veio a lume o primeiro decreto que densificou a LC/98 e normas sobre Legística formal.

A busca pela eficiência da legislação e de sua concepção também como instrumental para o desenvolvimento econômico-social encontraram um relevante marco com as primeiras recomendações da OCDE, que acabaram por influenciar vários países.

É interessante notar como a circulação de modelos jurídicos, antes oriunda do exercício de poder de um Estado, ou da sua experiência social (mediada ou não pelo aparato estatal), cede lugar a proposições ou recomendações (*guidelines*) elaboradas por organismos multilaterais ou grupos de trabalho no seio de organismos governamentais, como os conhecidos *Improving the quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques* (OCDE), Relatório *Mandelkern*, Programa *Better Regulation* (EU), entre outros. É interessante ressaltar que um dos motores para a edição das primeiras recomendações da OCDE foi nada mais nada menos do que a necessidade de adaptação da legislação dos países do Leste Europeu que pretendiam ingressar na União Européia e que possuíam ordenamentos com baixo potencial de legitimidade e formação pouco democrática.

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

Normas foram editadas para conter a proliferação legislativa por parte da então Comunidade Européia. A Itália introduziu no regimento da Câmara dos Deputados um exame para a qualidade dos projetos de lei (e dos atos normativos do Executivo: *decreti-leggi*). Por sua vez, o Reino Unido desenvolveu técnicas refinadas de análise de impacto da legislação (*IA-Impact Assessment*).

Após dez anos de atraso, foi obedecido o comando constitucional e publicada a LC 95/98 (elaboração, redação, alteração e consolidação de atos normativos), com detalhes tristemente prosaicos: seu próprio texto contradiz seus fins, e artigos que fixaram prazo para a consolidação foram revogados. O elaborado Decreto 4.176, de 2002, previu um instrumento para a avaliação do impacto dos atos normativos que padece de problemas de eficácia, apesar de o Executivo ser pródigo na sua atividade legislativa, o que aumenta o cipoal normativo no qual estamos todos imersos. Essa situação enseja uma reflexão sobre o modelo de avaliação legislativa mais adequado às necessidades do País.

A baixa qualidade da legislação repercute no PIB, como mostram os estudos europeus. Mas há outras conseqüências igualmente danosas e graves: o ativismo judicial intenso, a falta de confiança na eficácia das leis (o que responde em parte pela fuga de investimentos do Brasil), a descrença nas instituições, o sentimento de injustiça.

Como já foi mencionado, alguns dos problemas mais evidentes da produção do Direito residem no impacto da legislação nova sobre o sistema – leia-se a dinâmica do diálogo entre a legislação e as demais fontes do Direito.

Apesar da existência de cláusula de revogação na LC 95/98, a reconstrução da cadeia de fontes a sofrer alterações pela nova legislação, na prática, não leva em consideração a legislação inferior, ou seja, o resultado da atividade de densificação normativa operada pela Administração Pública.

A atividade legislativa da Administração Pública é um fato, é a expressão da necessidade de criação de condições

para a execução e implementação da lei. Todavia, em função da ausência de um procedimento de legislação regulado, o que se vê é um emaranhado de normas implementadas, que disciplinam domínios diversos e colocam em xeque a completude do sistema.

A evidência do tamanho do impacto da legislação nova sobre o ordenamento produzido pela Administração Pública não é uma prática consolidada; aliás, não é sequer uma prática, posto que é difícil encontrar um ato que enumere quais outros foram revogados. No máximo aparecem leis que disciplinam o mesmo domínio. A autoridade administrativa responsável pela aplicação/execução da cláusula de revogação, quando elabora um ato normativo, desconhece a extensão do dispositivo legal, bem como instrumentos para incluir a legislação inferior e mensurar o impacto do novo ato.

As conseqüências de tal situação são bem conhecidas. Ao lado do incremento da inconsistência do ordenamento – leia-se a densificação não coordenada (e em alguns casos inexistente, o que provoca problemas no plano da eficácia técnica) – a presença de contradições entre os atos normativos e as possíveis revogações implícitas respondem pela desconfortável dúvida acerca do Direito vigente.

Evidentemente esses problemas poderiam ser minimizados se a cultura do planejamento legislativo fosse internalizada pela Administração Pública. O mesmo pode se afirmar em relação à melhoria na qualidade da legislação na função legislativa. Entre outros fatores, o problema está no fato de que os regimentos parlamentares sequer introduziram modificações importantes, em decorrência da LC/98, que propiciassem algum avanço expressivo na qualidade dos textos e na otimização da publicidade ou da coerência do sistema, sem mencionar o desconhecimento de práticas de avaliação legislativa.

Como foi mencionado, no caso da Itália, o regimento da Câmara dos Deputados criou uma comissão permanente (Artigo 16 bis, 4) cujo fim é a emissão de pareceres sobre a

qualidade dos textos legislativos no que se refere à sua homogeneidade, simplicidade, clareza e propriedade, além da sua eficácia para a simplificação e o reordenamento da legislação vigente.

Outros exemplos de modificação que atingiram o Parlamento e evidenciam um necessário diálogo entre Legislativo e Executivo (talvez mais favorecido no parlamentarismo) que podemos mencionar são a elaboração de um relatório de impacto (*IA-Impact Assessment*) no Reino Unido, o desenvolvimento de metodologias de avaliação legislativa na Suíça e os modelos de construção normativa em mais de uma língua (com o desenvolvimento de técnicas para garantia de igualdade de teor e de uma construção compartilhada em face da inexistência de alguma representação jurídica equivalente em culturas jurídicas diversas), por exemplo, no Canadá (que possui em seus quadros de servidores públicos os jurilingüistas), na Suíça e na UE.

Como mencionamos, o Decreto 4.176, de 2002, densificou as regras e princípios da LC 95/98 ao introduzir, entre outras questões de Legística formal, um instrumento de avaliação de impacto, uma *check list* bastante analítica (em comparação com outras, como a *list blu* alemã e o modelo canadense, por exemplo), cujo fim é realizar um diagnóstico da situação-problema e um prognóstico em relação às variáveis de impacto.

Todavia, a eficácia dessa parte do dispositivo é uma outra história. Além do despreparo do responsável pela sua execução, devido ao desconhecimento tanto do termo Legística quanto das suas metodologias, a *check list* pode estar fadada a concretizar o oposto do almejado pela Legística, ou seja, ser mais uma conduta não internalizada pela Administração Pública. A *check list* é um instrumento detalhado, que exige uma interação entre profissionais diversos e a definição clara das situações em que deve ser realizada – com uma rotina e sistema de recolhimento de informações e prazos bem definidos –, para que a avaliação tenha de fato condições de ser efetivada.

No entanto, existe ainda uma questão mais grave do que a ineficácia desse dispositivo, posto que atinge o reconhecimento legal da idoneidade dos atos normativos produzidos a partir da entrada em vigor do decreto.

Para que um ato oriundo do Estado seja reconhecido como tal e não tenha a sua imperatividade contestada, a Teoria do Direito construiu um aparato certificador por meio da obediência ao item de formação de atos normativos. Seria uma espécie de substituto racionalizado do “selo real”, cuja função é identificar a origem do comando: a validade.

O anexo I do decreto, que, por sua vez, contém a *check list*, incluiu mais uma etapa no procedimento de redação e elaboração dos atos normativos do Executivo federal. Duas conseqüências decorrem desse fato: a primeira, situada no plano dos sujeitos aos quais os comandos do decreto são destinados e que não fazem dele uma prática no processo de elaboração e redação; a segunda, no plano das nulidades, visto que a avaliação de impacto integra o procedimento de formação e de tomada de decisão sobre o conteúdo dos atos normativos de competência da Administração Pública federal, que deve, por sua vez, consagrar o princípio da publicidade dos seus atos, inclusive nos procedimentos de elaboração normativa.

Vê-se que essa problemática deve ser analisada também à luz da realidade, que demonstra um déficit no cumprimento do princípio da publicidade no que tange aos processos de elaboração de atos normativos pelo Executivo, ao contrário do procedimento legislativo, que pode ser socialmente controlado, permitindo iniciativas de interlocução entre Legislativo e sociedade.

No Canadá, por exemplo, os processos são públicos. Há um momento em que os possíveis atingidos (aliás o conceito de “interessado” não é estranho ao Direito Administrativo no Brasil, que dele tratou na Lei de Procedimento Administrativo) pela futura legislação podem a ela ter acesso

LEGÍSTICA E DESENVOLVIMENTO:  
A QUALIDADE DA LEI NO QUADRO DA OTIMIZAÇÃO  
DE UMA MELHOR LEGISLAÇÃO

---

e expressar suas posições, sendo protegidos somente os dados sensíveis (*privacy*).

Como verificamos, são muitas as possibilidades e os desafios que a atuação da Legística oferece à construção de uma cultura de planejamento legislativo, mas, acima de tudo, ela pode colaborar no processo de restauração da confiança na efetividade dos atos normativos e na socialização do conhecimento do Direito e na consolidação democrática. Na dimensão simbólica dos processos de produção do Direito, a confiança no aparato estatal, especificamente a aproximação entre legislador e cidadão, fomenta a crença de que o Direito possa ser considerado, e não ignorado. Na dimensão da atuação do Estado visando a um crescimento econômico-social no quadro de políticas públicas para o desenvolvimento, pensar na qualidade da lei é garantir um resultado duradouro em longo prazo. O povo brasileiro agradece.



# A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO: DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA<sup>1</sup>

ALEXANDRE FLÜCKIGER E  
JEAN-DANIEL DELLEY<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza.

## I. O cuidado com a qualidade do Direito

**E**scritos em uma linguagem simples, precisa, com pontuação cuidadosa, divididas em alíneas curtas e pouco numerosas, seus artigos são fáceis de ler e compreender, mesmo por pessoas não versadas na ciência do Direito. Clareza, precisão, concisão, medida, são essas as qualidades que o distinguem e fazem dele um modelo que jamais foi ultrapassado. [...] Infelizmente essas belas qualidades do nosso Código estão em vias de desaparecer, e isso por culpa do legislador moderno. Nos últimos 20 anos, o Parlamento votou um grande número de leis tratando do Direito Civil e, mais especialmente, do Direito de Família, as quais ele incorporou aos próprios textos do Código, e essas leis, votadas sem um preparo suficiente, são tão imperfeitas que retiram a beleza desse monumento legislativo e, como acréscimos desajeitados feitos sem preocupação com o estilo de um edifício, destroem sua beleza e harmonia<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Professores da Universidade de Genebra

<sup>3</sup> CAPITANT, Henri. *Comment on fait les lois aujourd'hui*, *Revue politique et parlementaire*, v. 91, 1917, p. 305.

<sup>4</sup> CAPITANT 1917 (nota 1), p. 305.

<sup>5</sup> SALEILLES, Raymond, "Le Code Civil et la méthode historique", *Le Code Civil 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, 1904, t. 1er, p. 95 ss, 103. O Código Civil suíço também recebeu, desde que veio a público, algumas críticas voltadas especialmente para a concisão excessiva que deixaria uma liberdade muito grande para a doutrina e a jurisprudência. Os elogios não foram, pois, unânimes (GÉNY, François, "La technique législative dans la codification civile moderne", *Le Code Civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 989 ss, 1034 ss. [citado em GMÜR, Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Zurich, 1965, p. 42]).

<sup>6</sup>MATHIEU, Bertrand, *La loi*, 2e éd., Paris, 2004, p. 71 ss.

<sup>7</sup> VIANDIER, Alain "La crise de la technique législative", *Droits*, nº 4, 1986, que ressalta também a decadência da lei (p. 75) (cita-

Eis o que escrevia, em 1917, Henri Capitant a propósito do Código Civil francês de 1804, cujo sucesso extraordinário ele atribuía, "em boa parte, ao cuidado que seus autores tiveram com sua redação"<sup>4</sup>.

Tais argumentos não poderiam ser sustentados hoje em dia?

Por um lado, a obra-prima do Direito Privado suíço, o Código Civil, foi desde muito cedo elogiado por suas qualidades de redação. Assim, Raymond Saleilles escrevia em 1904, que, "para descobrir fórmulas semelhantes a algumas do Código Civil francês, é preciso chegar ao anteprojeto do Código Civil suíço, essa obra admirável do professor, Senhor Huber"<sup>5</sup>. Por outro lado, são muito numerosos hoje em dia os autores que apontam um declínio da lei contemporânea: uma "patologia da lei"<sup>6</sup>, uma "crise da lei"<sup>7</sup>, uma "lei doente"<sup>8</sup>.

Entretanto, não é muito fácil sintetizar a crítica, porque ela incide sobre pontos de natureza tão diferentes quanto a ininteligibilidade e obscuridade das normas<sup>9</sup>, a proliferação ou inflação legislativa<sup>10</sup>, ou ainda, a ineficiência ou ineficácia da ação legislativa, para citar apenas os mais destacados<sup>11</sup>.

A Legística desenvolveu-se nesse contexto, com o ideal de melhor legislar.

## A. A Legística

### 1. A Legística material e formal

Pode-se definir a Legística como uma metodologia da concepção da ação pública e de sua tradução normativa, que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, de redação, de edição e de aplicação da norma<sup>12</sup>. Visando racionalizar a produção normativa, a Legística se apóia nas ciências sociais para apreender a realidade e nas ciências da comunicação e da linguagem para formular as normas<sup>13</sup>.

O desenvolvimento contemporâneo da Legística acompanha o do Estado intervencionista, o Estado das grandes políticas públicas, que ambiciona, se não revolucionar a sociedade, pelo menos influenciar o seu curso, quer seja em matéria econômica (estimular o crescimento, domesticar a inflação), social (combater as desigualdades, evitar a exclusão) ou em matéria de formação (promover uma parte determinada de uma faixa de idade a um grau explícito de formação) principalmente.

Compreende-se facilmente que tais ambições implicam uma abordagem racional da ação pública: um conhecimento preciso do terreno onde se dará a intervenção, da sua lógica de funcionamento; um diagnóstico explícito da situação que coloque em evidência não somente o fim pretendido, mas também os objetivos que o concretizam; a elaboração de uma estratégia eficaz, sua avaliação tanto prospectiva quanto retrospectiva e, sendo o caso, as correções que se impõem.

Distingue-se a Legística material, voltada para o conteúdo da matéria a ser regulamentada e a maneira de conceber a ação, da Legística formal, voltada para a formulação normativa da intervenção<sup>14</sup>.

## 2. As referências históricas

Sem remontar à Antiguidade – Platão traz já à baila a necessidade de revisar regularmente as leis para adaptá-las ao seu tempo<sup>15</sup> –, podemos lembrar que os autores do século XVIII se interessavam – tanto ou mais – na formação da lei quanto na sua aplicação<sup>16</sup>. Assim, a preocupação maior de Jeremy Bentham foi desenvolver uma teoria coerente da legislação<sup>17</sup>. Para conseguir isso, Jeremy Bentham enfatiza o recurso à codificação, concebida como corpo completo da legislação elaborada segundo certos princípios<sup>18</sup>. Ele interessa-se de perto pela elaboração das leis e confecciona a primeira obra de Legística formal, com o título “Nomography of the art of inditing Laws”<sup>19</sup>. Busca criar uma escola internacional de legislação, reagrupando os juristas do mundo todo a fim de redigir os textos de lei com base no modelo do código integral

doem DUPRAT, Jean-Pierre, "Genèse et développement de la légistique". In: DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 11).

<sup>8</sup> LASSERRE-KIESOW, Valérie, *Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi*. In: DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 209.

<sup>9</sup> Sobre a inteligibilidade, ver abaixo *ch.0*.

<sup>10</sup> Chateaubriand já escrevia, em 1816, déjà que *um vício capital de nossa legislação são os inumeráveis artigos de nossos projetos de lei: eles levam a discussões intermináveis e emendas sem fim* (CHATEAUBRIAND [DE], François-René, *De la monarchie selon la charte*, Imprimerie nationale, 1993, t. 2, p. 458, citado em MATHIEU, 2004 [cit. nota 4], p. 76). Para uma perspectiva histórica mais geral sobre o tema da inflação legislativa, ver MERTENS, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, p. 17

et 406 ss. Para uma discussão mais recente do assunto, ver MORAND, Charles-Albert, "La croissance normative: comment faire face à une masse de droit considérable?", *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung* 1986, nº 8. Para uma bibliografia atual, ver DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 238.

<sup>11</sup> Para uma lista mais detalhada, ver, por exemplo, MATHIEU, 2004 (nota 4), p. 75 ss: proliferação das leis, leis instáveis, efêmeras e muito técnicas, leis ilegíveis, leis "fracamente parlamentares" (ou seja, que atribuem um papel muito importante ao governo no procedimento legislativo), presença na lei de disposições regulamentares ou normativas, concorrência de outras normas supra ou infra-estatais, semi-públicas ou privadas, leis inaplicáveis.

<sup>12</sup> CHEVALLIER, Jacques, *L'évaluation législative: un enjeu politique*. In: DELCAMP, Alain et al., *Contrôle parlementaire et*

(pannomium)<sup>20</sup>. Mesmo que sua construção tenha sido mais empírica, os estudos de Legística material atuais, centrados no imperativo da eficácia, ligam-se a essa lógica benthamiana.

É preciso mencionar ainda a contribuição de Gaetano Filangieri<sup>21</sup>. Esse conde napolitano, autor de uma monumental "Science de la législation"<sup>22</sup>, teorizou sobre a avaliação legislativa, caminho crucial para a racionalização do processo legislativo. Ele imagina um quarto poder, o "censor das leis", que deve, ao mesmo tempo, cuidar dos efeitos nefastos da multiplicidade das leis e de sua adaptação às novas circunstâncias.

*Consagrado à guarda das leis, instruído sobre o estado da nação, atento distinguir e identificar todas as causas da desordem, é ele quem percebe primeiro os erros da legislação; e, uma vez conhecida a natureza do mal, saberia ele empregar os meios mais adequados para destruí-lo.*<sup>23</sup>

Dois movimentos vão, todavia, contribuir para enfraquecer essas tentativas de elaboração de uma verdadeira ciência da legislação. Em primeiro lugar, a concepção liberal do Estado, que se impõe no século XIX, restringe a esfera de atividade pública exclusivamente às tarefas de polícia. Além disso, o amor imoderado das leis manifestado pelas luzes deságua, após a revolução, na sua sacralização. Para garantir a objetividade do Direito, assegurar-lhe o estatuto de ciência, o positivismo jurídico postula dissociar o Direito dos valores e se concentra nos métodos tendentes a uma aplicação correta das leis, em detrimento dos que deveriam presidir a sua elaboração<sup>24</sup>.

No entanto, pode-se reencontrar até nossos dias esse cuidado de levar em conta a realidade social – esse "material" para retormarmos a expressão de Eugen Huber<sup>25</sup> –, presente como um fio condutor na teoria, quando não na prática legislativa<sup>26</sup>. Assim, no século XIX, a teoria alemã da legislação destaca a relação estreita que deve existir entre o ato de legislar e o estado da situação à qual vai se aplicar a lei. A necessidade

## A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO: DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

de submeter o Direito em vigor a revisões regulares para adaptá-lo às mudanças sociais, já expressa por Platão, é reconhecida e justifica a avaliação legislativa<sup>27</sup>.

No começo do século XX, Ernst Zitelmann lembra as diferentes etapas de um procedimento metódico que deve ser seguido pelo legislador<sup>28</sup>.

*Zunächst nun die inhaltliche Seite: in welcher Weise findet der Gesetzgeber den Inhalt der Gesetze Da sieht man sofort; alle Gesetzgebung gebraucht Befehle und Verbote, um damit auf das Verhalten der Menschen nach bestimmten Richtung hin einzuwirken, die gesetzgeberische Arbeit ist also Zwecklätigkeit; sie setzt sich bestimmte Zwecke und wahlr die Mittel zu ihrer Erreichung, in nichts anderem kann sie bestehen, wie denn auch die inhaltliche Kritik des Gesetzes notwendig nach diesen beiden Seiten hin erfolgen muss.*

*Primeiramente, o lado do conteúdo: a maneira pela qual o legislador encontra o conteúdo da lei. Isso se vê desde logo, porque toda legislação necessita de ordens e proibições por meio das quais o comportamento dos homens é orientado para uma determinada direção. O trabalho legiferante tem também objetividade, estabelece objetivos determinados e escolhe os meios para alcançá-los. Ele não se constitui em nada mais do que isso, e a crítica do conteúdo da lei deve, necessariamente, ser feita sobre ambos os lados.*

Um caminho que lembra Jean-François Perrin em 1977: inicialmente, conhecer as opiniões e as práticas, o que permite pôr em evidência o possível; depois, a partir do possível, construir o ideal, fruto de uma colaboração pluri e transdisciplinar<sup>29</sup>.

### B. A elaboração da lei: uma arte ou uma ciência?

Não é raro ouvir-se dizer que a elaboração da lei dependeria mais da arte que da ciência<sup>30</sup>. Não haveria lugar, nesse caso, apenas para as qualidades atribuídas ordinariamente aos artistas: instinto, gosto, gênio, emoção? O desen-

*évaluation*, Paris, 1995, p. 15; MORAND, Charles-Albert, *Éléments de légistique formelle et matérielle*. In: MORAND, Charles-Albert (dir.), *Légistique formelle et matérielle – Formal and Material Legistic*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, p. 18ss. Ver também WINTGENS, Luc, *The justification of legislation: an introduction to legisprudence, a new theory of legislation*, thèse, Bruxelles, 2005, que prefere usar a noção de "legisprudência".

<sup>13</sup> MORAND, 1999 (nota 10), p. 28 ss.

<sup>14</sup> MORAND 1999 (nota 10), p. 17 s.

<sup>15</sup> MERTENS 2004 (nota 8), p. 275.

<sup>16</sup> A obra de MERTENS, 2004 (nota 8) é consagrada exatamente aos autores do século XIII ao século XX. Ver também DUPRAT, 2005 (nota 5).

<sup>17</sup> OST, François, *Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham*. In: GÉRARD, Philippe/ OST, François/ KERCHOVE (VAN DE), Michel (éd.), *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles

1987, p. 163; DUPRAT, 2005 (nota 5), p. 16 ss.

<sup>18</sup>BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1a. ed. em 1789 (revisão pelo autor em 1823).

<sup>19</sup> BENTHAM, Jeremy, "Nomographie or the art of inditing laws", in BOWRING, John (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3, Londres, 1838-1843. Ver MORAND, 1999 (nota 10), p. 24.

<sup>20</sup> OST 1987 (nota 15), p. 177 s.

<sup>21</sup> MORAND, 1999 (nota 10), p. 24.

<sup>22</sup> FILANGIERI, Gaetano, *La scienza della legislazione*, Milão (1ª edição milanesa), 1784.

<sup>23</sup> FILANGIERI, Gaetano, *Œuvres*, v. 1, Paris, 1822, p. 89.

<sup>24</sup> NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 18 ss.; LUHMANN, Niklas, *Öffentlich-rechtlich e Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin 1965, p. 11; MORAND, 1999 (nota 10), p. 25 s.

<sup>25</sup>HUBER, Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung*

volvimento metódico e racional da legislação, como o propõe a Legística, é concebível, realista?

François Géný escrevia, em 1904, a propósito do Direito Privado francês, que:

*Trata-se, antes de tudo, de saber se é mesmo necessário, até mesmo útil, que o legislador tome consciência de um método, e se resolva a seguir fielmente as suas diretrizes, ou se não seria melhor que ele cedesse, pura e simplesmente, às vagas sugestões do instinto ou às orientações indeterminadas da tradição para inspirar-lhe os procedimentos mais adequados ao seu objetivo. E o exemplo do Código Napoleônico pode suscitar dúvidas sobre isso, pois seus redatores, uma vez influenciados pelas preocupações de uma técnica verdadeiramente séria, souberam achar neles mesmos e na apropriação de seu passado todos os elementos indispensáveis à viabilidade e ao sucesso de sua obra. Em todo o caso, não creio que exista aí fundamento para uma objeção significativa contra a superioridade de uma técnica refletida<sup>31</sup>.*

É verdade que François Géný tinha em foco a parte da Legística que nós qualificamos de formal:

*Esta (a técnica legislativa) apresenta um 'lado substancial ou interno', de um valor bem mais fundamental, porque diz respeito, independentemente do modo como está constituído e funciona seu órgão criador, ao próprio conteúdo da obra legislativa. Deixando de lado o fundo propriamente dito dessa obra, que a ciência (sociologia), dirigida por um postulado moral, permite só apreciar, trata-se de saber como, na forma, ela deverá ser concebida e realizada para abranger tão plenamente e dominar tão eficazmente quanto possível as relações jurídicas, merecedoras de regulamentação legal, em suma, para constituir uma lei ou um código, que, do ponto de vista da consecução do Direito Positivo, responda às exigências da vida prática<sup>32</sup>.*

Mostraremos que essa conclusão deve ser estendida igualmente à Legística material.

## II. A codificação como procedimento legístico?

### A. O código como instrumento da racionalização legislativa

No Direito Privado, a codificação é, tradicionalmente, considerada como instrumento privilegiado da racionalização legislativa<sup>33</sup>:

*Desde os primórdios da época moderna, afirma-se uma vontade de simplificação e de clareza do Direito, como se a edificação e o desenvolvimento de um Estado em vias de secularização comportasse como condição para a sua realização uma organização normativa racional. Para isso, o procedimento da codificação apareceu rapidamente como uma condição necessária a satisfazer.*

Os objetivos visados pela codificação – a saber, regulamentar tão completamente quanto possível uma matéria, a fim de evitar a criação de lacunas assegurando a segurança e a acessibilidade do Direito, preocupando-se com a estabilidade e a permanência<sup>34</sup> – obrigam evidentemente os seus autores a redigir uma legislação mais refletida e acabada, e, em princípio, de melhor qualidade. Para Jean Carbonnier, o método legislativo do Código Civil é o da recusa em legislar por “paixão”:

*O Código Civil, justamente, tinha encerrado, na França, o tempo das paixões legislativas. Poderemos talvez pensar que era um simples efeito mecânico: porque estava inebriado com os textos, o país não tinha mais sede; todas as leis pareciam feitas e bem-feitas, e, por muito tempo, era possível dar folga à legislação. Mas isso seria parar na superfície do acontecimento de 1804: antes de ser uma produção saturada de regras, a codificação tinha sido a escolha de um método*

*und der Rechtsphilosophie, Bâle, 1925, p. 281.*

<sup>26</sup> MERTENS, 2004 (nota 8), p. 42 ss.

<sup>27</sup> MERTENS, 2004 (nota 8), p. 274 ss.

<sup>28</sup> ZITELMANN, Ernst, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresde, 1904, p. 7.

<sup>29</sup> PERRIN, Jean-François, *Utilité et limites de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé. Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 76 s.

<sup>30</sup> NOLL, 1973 (nota 22), p. 14 ; MERTENS (nota 8), p. 3 s.

<sup>31</sup> GÉNY, François, *La technique législative dans la codification civile moderne, Le Code Civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 987 ss (1019).

<sup>32</sup> GÉNY, 1904 (nota 29), p. 987 ss (995 em relação com 1019).

<sup>33</sup> DUPRAT, 2005 (nota 5), p. 13.

<sup>34</sup> DUNAND, Jean-Philippe, *Entre tradition et innovation: analyse historique du concept de code. In: WINIGER, Bénédicte / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français, Bruxelles 2005*, p. 10 ss.

<sup>35</sup>CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois?*, Paris, 1979, p. 219.

*legislativo, e essa escolha implicava a exclusão dos legisladores que legislavam por paixão*<sup>35</sup>.

<sup>36</sup> SAVIGNY (VON), Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 71 s. et 81 s.

O codificador, entretanto, tem que se prevenir contra dois riscos: o de se abstrair das realidades sociais e políticas, privilegiando a perspectiva intelectual de sua obra, e aquele, bem conhecido, desde a crítica de Friedrich Carl von Savigny à codificação do Direito alemão<sup>36</sup>, de imobilizar e esclerosar o Direito. Enquanto o primeiro obstáculo só pode ser superado pelos métodos da Legística material (análise da realidade social com o aporte das ciências humanas), o segundo foi superado, em um primeiro momento, pelos procedimentos da Legística formal, que, por mais engenhosos que fossem (em particular redação de normas abertas para dar lugar à evolução da jurisprudência e adoção de leis especiais para as matérias novas), mostraram seus limites no contexto de um movimento que alguns qualificaram de decodificação<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Ref. cit. In: KRAMER, Ernest, *Nationale Privatrechts-kodifikationen, internationale Privatrechts-vereinheitlichung und Privatrecht-svergleichung zu Beginn des neuen Jahrhundert*, *Revue de droit suisse*, 2005 I p. 423 s., que prefere falar de recodificação e de uma renovação da codificação (p. 424 s.).

## B. A decodificação progressiva do Direito Privado: uma necessidade acrescida de Legística

### 1. A codificação: uma lógica de conservação

A codificação, em seu espírito, obedece essencialmente a uma lógica da conservação<sup>38</sup>. Em seu discurso preliminar do Código Civil francês, Portalis notava também

*que é preciso ser comedido quanto às novidades em matéria de legislação, porque se é possível, em uma instituição nova, avaliar as vantagens que a teoria nos oferece, não é possível conhecer todos os inconvenientes que só a prática pode mostrar*<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 32 ss.

<sup>39</sup> Ref. cit. In: DUNAND, 2005 (nota 32), p. 36, nota 104.

<sup>40</sup>HUBER, Eugène, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne 1901, p. 5. DUNAND, Jean-Philippe, *Le code civil de Eugen Huber: une loi conçue dans l'esprit de la démocratie?*. In: TSCHANNEN, Pierre (éd.), *La démocratie*

Huber, a propósito do Código Civil suíço, afirmava também que “em uma codificação vale mais conservar que inovar”<sup>40</sup>, muito embora seu projeto tenha inspirado numerosas inovações cuja contribuição ele preferiu minimizar<sup>41</sup>.

Uma vez codificada, a matéria tende a se petrificar/imobilizar. Uma tal constatação não é nova: “Assim, muito

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

depressa, cava-se um fosso entre o conteúdo do código (Napoleônico) e a situação real do país<sup>42</sup>.

Já em 1837, um professor da Faculdade de Direito de Paris podia escrever que

*a nova sociedade começa a experimentar algum desconforto e a não se sentir mais completamente à vontade nos limites impostos por nossos códigos... O Código (Civil), a princípio imagem fiel da sociedade modernizada, perde todos os dias um pouco dessa fiel semelhança<sup>43</sup>.*

Um século mais tarde, em 1948, Julliot de la Morandière notava que

*o Código (Civil francês) está sempre presente; em seu frontispício está para sempre escrito “Código Civil”. Na realidade, ele é como esses velhos palácios que, no bairro de Saint-Germain, têm, sempre, a aparência de sede de um ministério... Mas sua fachada foi mutilada, deformada por mil reparos, seu interior foi revirado sem ordem e sem planejamento<sup>44</sup>.*

A idéia diretora, segundo a qual só uma matéria estabilizada, cujos contornos foram definidos, testados e experimentados pelo tempo, é suscetível de ser codificada, é, em grande medida, uma pressuposição. Esse é, por exemplo, o conselho da Law Commission inglesa de 1965, cujo plano de trabalho continha a recomendação de efetuar uma pesquisa concernente à codificação do direito dos contratos. Essa comissão estimava que só era possível codificar um direito dos contratos estabilizado<sup>45</sup>. Ou, ainda, constatou-se, retrospectivamente, que o direito inglês dos contratos não estava ainda fixado naquela época. Um presidente posterior da Law Commission afirmou que a codificação não permitiria mais ao Direito que evoluísse<sup>46</sup>. Eltjo Schrage resume essa idéia de uma forma categórica: “A codificação fixa a situação real, fixa-a à maneira do cimento”<sup>47</sup>.

*comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 57.

<sup>41</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 40.

<sup>42</sup> BART, Jean, "Le code Napoléon", In: WINIGER, Bénédicte/DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 75.

<sup>43</sup> Ref. cit. in BART, 2005 (nota 40), p. 75, nota 18. Ver também Discours d'ouverture aux conférences de l'Ordre des avocats par le Bâtonnier Chaix d'Est-Ange, du 26 novembre 1842. In: *Discours et plaidoyers de M. Chaix d'Est-Ange*, t. 1, 1877, p. 234-235 [cit. In: DUPRAT, 2005 (nota 5)].

<sup>44</sup> Ref. cit. In: DUNAND 2005 (nota 32), p. 41.

<sup>45</sup> SCHRAGE, Eltjo J.H., *Résistances à l'élaboration et à la diffusion du Code*. In: WINIGER, Bénédicte / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles, 2005, p. 87.

<sup>46</sup> KERR, Michael, ref. cit. In: SCHRAGE, 2005 (nota 43), p. 88.

<sup>47</sup> SCHRAGE, 2005 (nota 43), p. 88.

## 2. As técnicas de adaptação do Código à modernidade

Alguns grandes codificadores, não obstante, tomaram suas precauções.

Por um lado, o fato de se relegar a regulamentação das matérias novas ao campo de aplicação das leis especiais é uma técnica que deveria garantir que a codificação sistematizaria apenas as soluções perenes, comprovadas pelo tempo e que não estivessem sujeitas a mudanças incessantes. Somente são codificadas desde o começo as regras estabilizadas, isto é, aquelas cujo potencial de transformação futura é o mais fraco. Essa é a filosofia explícita do Código Civil suíço, em especial, que excluiu, por essas razões, do seu campo de intervenção, a propriedade literária e artística, as marcas de fábrica, as patentes de invenção e o contrato de seguro:

*Quando uma instituição, e por razões às vezes muito artificiais, se aclimatar numa parte do nosso território e, submetida a prova, for considerada boa, será conveniente arranjar-lhe um lugar no futuro Código Civil, a menos que existam motivos imperiosos para rejeitá-la.. [...] Um código civil deve, em princípio, abranger todo o Direito Privado. Mas é necessário admitir exceções a essa regra; o próprio projeto conhece algumas de bastante importância. Elas se referem, em primeiro lugar, às leis especiais atualmente em vigor no domínio do Direito Civil federal; [...] as que se relacionam à propriedade literária e artística, às marcas de fábrica, às patentes de invenção, ao contrato de seguro foram deixadas fora do projeto pelas mesmas razões que as que excluíram obrigações do Código federal; trata-se aqui de matérias relativamente novas, em que as soluções de valor permanente não foram encontradas ainda e em que mudanças incessantes se produzem, tanto que é mais prático operar sob o regime da legislação especial que sob o de uma codificação integral; e mais, essas matérias não podem ser elucidadas com os mesmos*

*métodos das partes do Direito Privado, que se beneficiam de experiências seculares e que receberam suas formas de certo modo definitivas*<sup>48</sup>.

Por outro lado, a redação de normas de contexto aberto, que deixa uma certa margem de manobra na evolução da jurisprudência, devia permitir que a prática se adaptasse ao abrigo para a inovação. Uma concepção assim, no entanto, não é isenta de falhas considerando o ideal de segurança do Direito, pois a redação de disposições juridicamente indeterminadas aumenta a autonomia do juiz, que logo assegura a adaptação do código à realidade. Esse poder normativo da jurisprudência, que “permanece como um mistério difícil de aceitar até para os civilistas contemporâneos”<sup>49</sup> é um elemento que concorre com a decodificação<sup>50</sup> à medida que, paradoxalmente, segundo Philippe Rémy dizia a propósito do Código francês, “a jurisprudência é [...] bastante forte para desfazer o sistema do Código, mas não bastante para fixar a interpretação de seus textos essenciais”<sup>51</sup>. Baseando-se numa comparação do Direito suíço e do Direito dos Estados Unidos, Thomas Probst, no mesmo sentido, demonstrou competentemente que a segurança jurídica não era fundamentalmente devida à existência de uma codificação, mas antes à estabilidade da jurisprudência que um sistema de *common law* pode melhor assegurar em razão da força obrigatória dos precedentes (doutrina do *stare decisis*)<sup>52</sup>.

### 3. O ideal de exaustividade do Código

Ademais, a proliferação das leis de um século para cá ocorreu em razão do ideal de exaustividade dos códigos. Mesmo que o conceito benthamiano, largamente utópico, de *pannomion*, um código completo, assim considerado por reagrupar todas as regras do Direito, jamais tenha sido concretizado e, como mostra o exemplo, entre outros tantos, do Código Civil suíço<sup>53</sup>, a particularidade dos códigos civis consistiu sempre “no fato de que eles não se limitam a repertórios de leis, mas que eles codificam um sistema de regras à medida que são uma ordem jurídica completa e abrangente”<sup>54</sup>. O Código Civil torna-se um código como os outros, uma lei entre

<sup>48</sup> Conseil fédéral suisse, *Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code Civil suisse, Feuille fédérale*, v. IV, no. 24, 1904, p. 10 s.

<sup>49</sup> RÉMY, Philippe “Le Processus de “dé-codification””. In: WINIGER, Bénédic / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 207.

<sup>50</sup> RÉMY, 2005 (nota 47), p. 207.

<sup>51</sup> RÉMY, 2005 (nota 47), p. 209.

<sup>52</sup> PROBST, Thomas *Civil law et Common law: Code contre case? In: WINIGER, Bénédic / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 227.

<sup>53</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 14.

<sup>54</sup> SCHMIDLIN, Bruno, *Le mouvement des codifications en Europe: la formation du système du Code Civil français*. In: WINIGER, Bénédic / DUNAND, Jean-

Philippe (éd.), *Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 46.

<sup>55</sup> RÉMY 2005 (nota 47), p. 212 ss.

<sup>56</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 42.

<sup>57</sup> WIDMER, Pierre / WESSNER, Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile: Rapport explicatif*, sans date ni lieu, p. 20 (texto disponível no site do Office fédéral de la justice).

as leis, subordinada até ao Direito Constitucional, convencional, uma lei dessacralizada<sup>55</sup>. Como em essência o resume Jean-Philippe Dunand, “os códigos civis dos Estados europeus não preenchem mais uma função central e proeminente nas suas ordens jurídicas respectivas”<sup>56</sup>.

A evolução do Direito, da responsabilidade civil, ilustra em particular a incapacidade do Código Civil de conservar sua coerência para com um direito que eclode ao sabor das necessidades novas que vêm à luz na sociedade:

*À margem do Código Civil, a evolução legislativa, no entanto, seguiu um curso que parece ser inteiramente desconectado da codificação principal; esse fenómeno, aliás, prolongou-se até a nossa época, e ele é sintomático da concepção, ou, antes, da ausência de concepção que reinou por muito tempo no domínio da responsabilidade civil. Essa observação é ilustrada principalmente pelas primeiras normas instituidoras de uma responsabilidade objetiva, que foram introduzidas, uma por uma – e praticamente sem relação entre elas – no quadro de diferentes regulamentações especiais<sup>57</sup>.*

Constatando “a lenta e constante erosão do Direito, da responsabilidade civil”, os autores questionam tanto a jurisprudência, forçada a estender progressivamente os limites imanentes do Direito Positivo, quanto o legislador, que remenda ponto por ponto “uma estrutura jurídica sucessivamente ultrapassada”<sup>58</sup>.

### **C. O procedimento legístico: uma solução para a decodificação do direito privado?**

Não se pretende aqui lamentar essa constatação da decodificação progressiva do Direito Privado. Se é teórica e intelectualmente concebível visualizar uma recodificação integral da totalidade do Direito Privado suíço para sistematizar a fragmentação da matéria, ninguém da doutrina se atreve a propô-la seriamente. Somente as codificações parciais parecem realistas. Mas elas são realmente a solução? Não se

<sup>58</sup> WIDMER / WESSNER, sem data nem local (nota 55), p. 28.

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

arriscam a se tornarem mais rapidamente obsoletas que suas ancestrais? No Direito Privado Comparado, observa-se, em contrapartida, um movimento de recodificação e renovação da codificação<sup>59</sup>. A inclusão de tais projetos em um procedimento legístico impõe-se em todas as hipóteses com o maior vigor. Não apenas em uma perspectiva formal, mas sobretudo material, a fim de recolocar a questão em um quadro metódico que leve em conta os fatos e se adapte à realidade em lugar dos julgamentos circunstanciais das cortes de Justiça. É preciso admitir que, hoje em dia, “a legislação moderna é uma criação contínua”, segundo a expressão de Jean Carbonnier<sup>60</sup>.

Vamos tomar, a título de ilustração dessa evolução na Suíça, o direito da sociedade anônima: conquanto esse domínio do Direito não tenha sofrido revisão de importância entre 1936 e 1991, uma nova reforma dispendo sobre o governo da empresa, as estruturas do capital, as regras contábeis e o funcionamento da assembléia geral se impôs apenas dez anos depois da grande revisão de 1991<sup>61</sup>. Da mesma forma, logo que entrou em vigor em 2000, o novo direito do divórcio já se fazia objeto de exigências de modificação. Uma iniciativa parlamentar<sup>62</sup> propôs, um ano mais tarde, que a duração da separação dos cônjuges previamente a um pedido de divórcio fosse reduzida de quatro para dois anos. Essa modificação entrou em vigor no dia 1º de junho de 2004<sup>63</sup>. Simultaneamente, uma postulação<sup>64</sup> reclama do governo um relatório sobre a experiência amalhada pelos praticantes com o novo direito do divórcio. Seu autor chama a atenção para os problemas ligados aos montepios, ao retardo no prazo para reflexão imposto pelo divórcio consensual e à autoridade paterna conjunta<sup>65</sup>. Em um outro domínio, o do direito de sucessões, observa-se que as regras de transmissão do patrimônio, por não estarem mais adaptadas à situação demográfica, talvez não sirvam mais aos objetivos do legislador. Em razão do aumento considerável da expectativa de vida, os filhos, herdeiros legais privilegiados, em geral já alcançaram a idade da aposentadoria quando se beneficiam do patrimônio de seus pais. A conjugação das regras do Direito com a realidade demográfica enfraquece a função distributiva dessas regras;

<sup>59</sup> KRAMER, 2005 (nota 35) p. 424 ss.

<sup>60</sup> CARBONNIER, 1979, (nota 33), p. 242, nota 8.

<sup>61</sup> Office fédéral de la justice, *Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable*, Berne, 2 décembre 2005.

<sup>62</sup> Initiative parlementaire Nabholz (01.408) de 20 mars 2001.

<sup>63</sup> RO 2004 2161 s.

<sup>64</sup> Postulat Jutzet (00.3681) de 20 mars 2001.

<sup>65</sup> Jutzet 2001 (nota 62).

ela desfavorece as gerações mais jovens, que têm que se defrontar com necessidades financeiras mais prementes que seus antepassados<sup>66</sup>. Tendo em vista tal contexto, a análise dos fatos e a avaliação contínua do *corpus* legislativo e de Jurisprudência deveriam se tornar as diretrizes do novo Direito Civil a fim de se assegurar que, adaptado à realidade, o Direito possa efetivamente ser aplicado:

*Se a arte legislativa de outrora confiava no postulado otimista de que, sendo feita para ser aplicada, era cem por cento lei, a arte legislativa de hoje aprendeu a tratar como naturais os fenômenos de inaplicação, total ou parcial, e a integrá-los nos seus cálculos*<sup>67</sup>.

Para ilustrar essa postura otimista do legislador, pode-se lembrar a revisão do Código Civil relativa à pensão de alimentos (artigo 328 CC), que não permitiu (ainda) harmonizar a grande diversidade das práticas na matéria<sup>68</sup>.

Não é preciso, entretanto, esperar de um procedimento desse tipo novos milagres. A dissolução do Código Civil é, com muita certeza, a marca de mudanças fundamentais, na sociedade e nas relações desta com o Estado, de aspirações que o Código único não pode mais satisfazer em um ambiente mais complexo, mais individualizado, mais diversificado e em mutação sempre mais rápida. Abruno Schmidlin resume apropriadamente a problemática:

*A dissolução do Código Civil único à qual assistimos não é somente uma consequência fatal da degradação da arte legislativa pelas administrações prepotentes, habituadas a produzir leis sem sistema nem coerência. Ela tem uma razão mais profunda. O sistema unidimensional da igualdade e da liberdade dos cidadãos não responde mais às expectativas da sociedade moderna*<sup>69</sup>.

### III. A Legística e o Direito Privado

#### A. O Código Civil suíço como modelo da Legística formal

Os princípios de redação do Código Civil suíço desenvolvidos por Eugène Huber estão na origem da Legística

<sup>66</sup> DÉPRAZ, Alex, "Une fortune sous le matelas", *Domaine Public* n° 1645, 13 de maio de 2005, p. 4.

<sup>67</sup> CARBONNIER, 1979 (note 33), p. 241. Ver também CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, 1994, p. 278, preconizando uma "sociologia pós-legislativa" que instaure, depois de uma nova lei, uma aparelhagem de estatísticas e um calendário de pesquisas plurianual com o objetivo de observar as ineficácias e as disfunções, para corrigi-las.

<sup>68</sup> MASMEJAN Sylvie, *Dettes alimentaires: notions générales et réception dans les cantons de Genève, Vaud et Valais*, Zurich, 2002, p. 101.

<sup>69</sup> SCHMIDLIN, 2005 (nota 52), p. 63.

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

formal moderna. Eugène Huber achava que o Código Civil devia ser uma “legislação popular”, redigida não para a atenção dos juízes, mas de todos os cidadãos. As leis devem ser inteligíveis (*leges intellegi ab omnibus debent*<sup>70</sup>):

<sup>70</sup> *Corpus iuris civilis*, 1.14.9.

*As leis modernas não são redigidas com o único objetivo de indicar aos juízes como terão que proceder, em cada caso. A lei dirige-se a todos aqueles que estão submetidos ao seu império. Os comandos do legislador devem, desde o início, à medida que isto seja compatível com a matéria tratada, ser inteligíveis para cada um ou, ao menos, para as pessoas que são obrigadas por força de sua profissão, a se familiarizarem com o Direito. As regras estabelecidas devem ter um sentido mesmo para o profano, o que não impedirá que o especialista descubra sempre um sentido mais extenso ou mais profundo que o profano. É isto o que se entende pelas palavras legislação popular*<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> HUBER, Eugène, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne 1901, p. 10 s. DUNAND, 2005b (nota 38), p. 63 ss.

Com o fim de tornar o Código Civil suíço inteligível, Eugène Huber preconizava diferentes princípios de legibilidade que colocou sistematicamente em prática.

Seus primeiros preceitos visavam produzir um texto conciso: cada artigo devia conter três alíneas no máximo; as alíneas deviam ser redigidas em uma única frase; as frases deviam ser breves e as subdivisões raras:

*Afora as enumerações [...], nós conseguimos quase sempre não ter mais de três alíneas por artigo. As alíneas são em geral compostas de uma única frase; elas serão sempre bastante breves, para que uma pessoa, mesmo pouco habituada a consultar as leis, possa tomar consciência de seu conteúdo à primeira vista. As subdivisões são raras, e nenhuma parte do artigo foi dividida em parágrafos. Obtém-se, desse modo, uma orientação fácil e simplificam-se as citações*<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> HUBER, 1901 (nota 69), p. 12.

Dito mais concisamente, trata-se de “dizer tudo, com brevidade”:

*Se dermos uma olhada no projeto, esta característica vai aparecer como uma de suas particularidades exteriores mais originais: ele diz tudo, de modo breve. E essa brevidade não é um artifício; não compensamos, como em outras obras similares, o número pequeno de artigos pela sua extensão; o projeto é curto, absoluta e relativamente. É fácil imaginar como o estudo e o manejo da lei se tornam mais fáceis<sup>73</sup>.*

<sup>73</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 17.

O redator não devia ter receio de retomar os mesmos termos para designar as mesmas noções, e evitar assim a utilização dos sinônimos, mesmo se isso resultasse em uma certa monotonia:

*À medida que parecia compatível com as exigências da língua, nós usamos sempre os mesmos termos para designar as noções que se repetem [...]. A aplicação das leis existentes demonstrou fartamente a perplexidade a que uma simples divergência de texto, devida à inadvertência do legislador, pode levar o juiz<sup>74</sup>.*

<sup>74</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 14.

A exigência de legibilidade não deveria ser imposta somente ao texto visto em seu conjunto, mas deveria se aplicar a cada artigo tomado isoladamente. O que seria necessário evitar, tanto quanto possível, seriam as remissões. Em caso de necessidade, a remissão deveria se efetuar por meio de uma frase que refletisse o conteúdo, e não por uma indicação do número do artigo:

*Em um segundo momento, procuramos tornar inteligível, ou ao menos legível, cada artigo tomado isoladamente. Daí, a necessidade de fazer, tanto quanto possível, abstração das remissões. Quando estas nos pareceram inevitáveis, nós as fizemos não pela indicação de um número de artigo, mas por uma frase clara, dando o conteúdo da remissão. [...] Sabemos por experiência que essas remissões com indicação de números de artigo entre parênteses provocam freqüentemente dificuldades na prática, porque elas podem facilmente apresentar lacunas ou erros embaraçosos para os juízes. Ver, por*

## A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO: DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

*exemplo, Julgamentos do Tribunal Federal, vol. XXII, página 342*<sup>75</sup>.

<sup>75</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 13.

Eugène Huber achava que uma estrutura claramente concebida melhoraria a inteligibilidade do texto:

*A ordem adotada na seqüência de artigos referentes a determinada matéria em geral é esta: em primeiro lugar, virão as regras gerais; depois, as prescrições referentes à constituição e à extinção de uma relação de direito; e, enfim, aquelas que regulam os efeitos. Esse método (...) dá ao projeto uma disposição clara e fácil*<sup>76</sup>.

<sup>76</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 13.

"O legislador não se limitou a organizar determinadas matérias essenciais; ele ordenou tudo a partir de um plano fácil, que pode ser compreendido com uma olhada rápida"<sup>77</sup>.

<sup>77</sup>HUBER 1901 (nota 69), p. 17.

A inteligibilidade do texto de lei, sua simplicidade, pode, enfim, ser obtida, recorrendo-se a expressões claras: "Nada contribui mais para a simplificação das leis que a arte de condensar os preceitos jurídicos em princípios claros e transparentes"<sup>78</sup>.

<sup>78</sup>HUBER 1901 (nota 69), p. 8.

Esses princípios foram retomados nas diretivas de técnica legislativa atualmente em vigor no Direito suíço e se impõem aos redatores de textos normativos federais<sup>79</sup>; mesmo se, na realidade, o tecnicismo de certas matérias tenha resultado no fato de que, hoje em dia, no Direito federal helvético, os textos de lei são na prática redigidos de maneira a serem acessíveis ao seu público-alvo em princípio, e não necessariamente ao grande público em geral<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Concisão: Guide de législation 2002, p. 349; remissões: Guide de législation 2002, p. 353; princípios gerais de estruturação: Guide de législation, 2002, p. 345 ss.

<sup>80</sup> BERTAGNOLLO, Fabienne / LAURENT, Caroline, "Unkraut vergeht nicht: la corédaction dans l'administration fédérale suisse". In: GÉMAR, Jean-Claude / KASIRER, Nicholas (dir.), *Jurilinguistique – Jurilinguistics: entre*

### **B. A obrigação jurídica de seguir um procedimento legístico em Direito Privado**

A Legística, no seu sentido material, não é um método aplicável exclusivamente ou prioritariamente ao Direito Público, assim como ao Direito Penal. Se esse procedimento se impôs mais facilmente no quadro da elaboração e da consecução das grandes leis do Direito Público, é porque estas últimas colocam explicitamente em jogo os meios necessários para se

*langue et droit – Between Law and Language*, Bruxelles et Montréal, 2005, p. 119 ss, 123 s. Não poderíamos, entretanto, concordar com essas duas autoras na medida em que consideram que "ninguém leva adiante o argumento de que os textos legislativos deveriam ser redigidos de maneira a ser acessíveis ao público", o que faz — na opinião delas — com que a acessibilidade das leis seja cada vez mais utópica (BERTAGNOLLO / LAURENT, 2005, p. 123).

<sup>81</sup> MOOR, Pierre, *Droit administratif*, v. I, Berne, 1994, p. 37 ss.

<sup>82</sup> Ver acima ch. 0.

<sup>83</sup> Sobre a natureza desse princípio, ver FLÜCKIGER, Alexandre, "Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité", *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 93-119.

<sup>84</sup> AUBERT, Jean-François / MAHON, Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p.1291.

atingir as metas e objetivos visados<sup>81</sup>. A norma, uma vez que se inscreve em uma lógica de ação, reveste-se de um caráter instrumental. Ora, o instrumento tem vocação para servir o fim visado. Ele deve ser pertinente com relação a esse fim; ele é suscetível de ser modificado se os resultados esperados não se manifestam. Reconhece-se nisso as fases essenciais do procedimento metódico acima apresentadas<sup>82</sup>.

Na Suíça, nem a Constituição federal nem a legislação, a partir do momento em que fazem referência às exigências de um procedimento metódico no processo legislativo, não distinguem entre Direito Público e Direito Privado. No Direito federal, o fundamento da Legística – material – está na obrigação que a Assembléia federal tem de cuidar para que a eficácia das medidas tomadas pela confederação seja avaliada (artigo 170 Cst), consagrando um novo princípio constitucional: o da eficácia<sup>83</sup>. Essa disposição inclui, no seu campo de aplicação, tanto a atividade do conselho federal, da administração, dos tribunais federais, ou, ainda, as medidas tomadas pelos cantões no cumprimento do Direito federal<sup>84</sup>, quanto o conjunto de tarefas e de atividades da Assembléia federal<sup>85</sup>, inclusive a atividade legislativa do Parlamento<sup>86</sup>. Disso resulta que o Direito Privado não está isento dessa obrigação. A lei sobre a Assembléia federal<sup>87</sup> explicita esta última nos artigos 27 (avaliação da eficácia), 44, *alínea* 1, letra "f" (levar em conta os resultados das avaliações de eficácia pelas comissões parlamentares) e 141 (conteúdo da mensagem que acompanha um projeto de ato legislativo) notadamente. Esta última disposição obriga o conselho federal a fazer constar, na mensagem que acompanha todo projeto de ato, principalmente "os pontos de vista e variantes discutidas no estágio preliminar do procedimento legislativo e sua apreciação pelo conselho federal" (artigo 141, *alínea* 2, letra "c"), "as modalidades de execução do projeto, a avaliação à qual esta execução dará lugar e as possibilidades de execução que foram examinadas no estágio preliminar do procedimento legislativo" (artigo 141, *alínea* 2, letra "d"), "as conseqüências econômicas, sociais, ambientais do projeto" (artigo 141, *alínea* 2, letra "g"). Este artigo faz referência ao essencial do procedimento metódico

proposto pela Legística: elaboração das estratégias possíveis, factibilidade, avaliação tanto prospectiva quanto retrospectiva.

Por outro lado, em mais de 60 leis e ordenamentos federais, encontramos a obrigatoriedade de avaliar os efeitos de todo ato normativo ou de parte dele<sup>88</sup>. Essa obrigatoriedade, no mais das vezes, precedeu à do artigo 170 Cst. Vamos notar, portanto, que nenhuma legislação de Direito Privado dispõe formalmente, no momento, de uma cláusula de avaliação semelhante<sup>89</sup>.

Essa constatação não significa, no entanto, que esse domínio do Direito tenha permanecido totalmente impermeável a esse procedimento. Determinados ramos do Direito Privado, em particular os que têm suscitado o interesse da pesquisa sociológica, não ignoram as exigências metodológicas da Legística.

### C. A prática Legística em Direito Privado

Historicamente, o Código Civil suíço não foi elaborado com base em análises de terreno metódicas. O redator do Código baseou-se por vezes em pesquisas conduzidas com a especialistas nos domínios técnicos ou médico e efetuadas no final do século XIX em relação a determinadas matérias precisas<sup>90</sup>.

Essa falta de análise legística pode ainda ser observada nos nossos dias. Um exame dos trabalhos preparatórios das principais revisões legislativas de Direito Privado empreendidas nas duas últimas décadas mostra que, em geral, os legistas não podem se apoiar em análises muito aprofundadas da realidade que são levados a regulamentar. Certos domínios, por exemplo, o Direito de Família, constituem entretanto exceção. A revisão do direito de divórcio, empreendida nos anos 1990, mobilizou, assim, as competências pluridisciplinares, beneficiando numerosos estudos sociológicos<sup>91</sup>. A comissão de especialistas, conquanto reunisse somente juristas, logo conferiu uma grande importância ao diálogo interdisciplinar<sup>92</sup>. Ela organizou audiências com os

<sup>85</sup> EHRENZELLER, Bernhard / MASTRONARDI, Philippe / SCHWEIZER, Rainer J. / VALLENDER, Klaus A. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich 2002, p. 1680.

<sup>86</sup> Office fédéral de la justice, *Efficacité des mesures prises par la Confédération: propositions de mise en œuvre de l'art. 170 de la Constitution fédérale dans le contexte des activités du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*, Rapport du Groupe de contact interdépartemental "Evaluations de l'efficacité" à la Conférence des secrétaires généraux de la Confédération suisse, Berne, 14 juin 2004, p. 11.

<sup>87</sup> RS 171.10.

<sup>88</sup> Pode-se encontrar a lista desses atos com o título "Clauses d'évaluation" no site do Office fédéral de la justice ([www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch), seção: thèmes, rubrique: documentation, sous-rubrique: documentation; situação em 1º de janeiro

de 2005, consultado em 2 de janeiro de 2006).

<sup>89</sup> Conforme a lista precedente.

<sup>90</sup>MERTENS,2004(nota 8), p. 49. Ver também DUNAND,2005b(nota 38), p. 60 s.

<sup>91</sup> Ver em especial PERRIN, Jean-François / TRICOT, Laurence, "Pratique judiciaire du divorce... Une recherche à finalité législative", Genève, 1986, *Travaux CETEL n°28*; BASTARD, Benoît / CARDIA-VONÈCHE, Laura / PERRIN Jean-François, *Pratiques judiciaires du divorce. Approche sociologique et perspectives de réforme*, Lausanne 1987; KELLERHALS, Jean et al., *Mariages au quotidien: inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale*, Lausanne 1982; KELLERHALS, Jean / TROUTOT, Pierre-Yves, *Quelques lignes de relation entre divorce et modèles matrimoniaux*, Genève, 1981.

<sup>92</sup> RICHLI, Paul, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire*

especialistas da medicina, da psicologia, da sociologia, do trabalho social e do aconselhamento conjugal. Graças aos trabalhos encomendados pelo *Office Federal de Justice* e aos estudos de Sociologia do Direito realizados no âmbito do Centro de Estudos, de técnica e avaliação legislativas (Cetel) da Universidade de Genebra, a uma pesquisa com jovens filhos de pais divorciados, a uma análise de Direito Comparado e à avaliação das experiências estrangeiras, a comissão de especialistas dispôs de dados substanciais sobre a natureza do problema<sup>93</sup>. O mesmo se deu com a recente adaptação do direito de divórcio, que pôde levar em conta os resultados de uma vasta consulta a práticos, juízes, advogados e conciliadores<sup>94</sup>. Esse mesmo cuidado em conhecer empiricamente o terreno se verifica também no dossiê sobre a violência contra a infância. O grupo de especialistas, composto em sua maioria de práticos, procedeu a três grandes pesquisas empíricas e fez audiências tanto com os especialistas cientistas quanto com os militantes engajados na luta contra as violências conjugais<sup>95</sup>. O mesmo aconteceu com os trabalhos de revisão do direito de tutela, última etapa da grande revisão do Direito de Família, que foram conduzidos por comissões de especialistas interdisciplinares, apoiados por uma pesquisa financiada pelo Fundo Nacional de Pesquisa Científica e submetidos a uma consulta muito ampla dos práticos<sup>96</sup>.

Esses exemplos permanecem, no entanto, como exceção. Na maior parte das revisões legislativas atinentes ao Direito Privado, os trabalhos preparatórios são confiados a um número muito restrito de pessoas, essencialmente de formação jurídica (professores, advogados, juízes, etc.). Esses especialistas referem-se sobretudo à sua própria experiência pessoal, e os destinatários finais não são, praticamente, jamais consultados. E, quando o círculo das pessoas engajadas no processo se amplia, é para permitir a representação dos interesses organizados, e não para associar os representantes de disciplinas científicas pertinentes à matéria<sup>97</sup>. A título de exemplo, pode-se mencionar a revisão do direito de responsabilidade civil, reservado a especialistas juristas<sup>98</sup>. Em contrapartida, quando se trata de rever a

legislação dos cartéis ou a da concorrência desleal, foi aos representantes dos interesses organizados que se recorreu<sup>99</sup>. Paul Richli, com base em um exame da fase preparatória do processo legislativo no decurso dos últimos 20 anos abrangendo uma gama ampla (Direito de Família, direito das sociedades, direito da concorrência, Direito Constitucional, direito de Organização da Administração, direito da Saúde e Direito Penal)<sup>100</sup>, conclui que a elaboração normativa na Suíça permanece como atividade bastante afastada da multidisciplinaridade ao escrever que “as diferentes disciplinas científicas são solicitadas de maneira pontual e sem concepção explícita”<sup>101</sup>.

O Direito ocupa aí uma posição dominante. Significa dizer que o legislador e o legista, antes dele, não dispõem de todas as informações úteis para o conhecimento do domínio no qual querem intervir.

As observações críticas de Paul Richli não se dirigem somente à elaboração de projetos de interesse do Direito Privado. A ausência, ou a presença muito rara, de especialistas na matéria capazes de trazer uma informação objetiva ilustra as lacunas metodológicas de que sofre igualmente a concepção das legislações de Direito Público, tanto para o que é análise da realidade, escolha da estratégia de ação, quanto para a avaliação prospectiva de projetos.

#### IV – Conclusão

A exigência de racionalidade na elaboração das leis nasceu na época contemporânea ao espírito das luzes. É verdade que hoje nós não podemos mais aceitar o axioma segundo o qual as boas leis fazem as sociedades boas. Mas sabemos que, se a ação pública quer conjugar eficácia e legitimidade, deve conhecer as características da realidade à qual se aplica e escolher os meios adequados aos objetivos visados.

Essa exigência não vale exclusivamente ou prioritariamente para um ou outro dos grandes setores do direito. A Constituição Federal, quando prescreve a avaliação

*Rechtsetzung : ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle, Genève, Munich 2000, p.30-31.

<sup>99</sup> RICHLI 2000 (nota 90), p.30-31.

<sup>94</sup> Office fédéral de la justice, *Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs*, maio de 2005.

<sup>95</sup> Office fédéral de la justice 2005 (nota 92), p. 32-33.

<sup>96</sup> Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle, *Protection de l'adulte : Rapport relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003.

<sup>97</sup> RICHLI 2000 (note 90), p. 37, menciona, por exemplo, a comissão de especialistas para a revisão da lei federal sobre a concorrência desleal, que era composta de 13 membros, 10 dos quais

eram representantes de organizações socioeconômicas; ou ainda a comissão encarregada da revisão total do direito dos cartéis, com 18 membros, dos quais 7 representavam interesses.

<sup>98</sup> WIDMER / WESSNER, sem data (nota 1).

<sup>99</sup> RICHLI, 2000 (nota 90), p. 37s.

<sup>100</sup> RICHLI, 2000 (nota 90).

<sup>101</sup> Tradução pessoal, RICHLI, 2000 (nota 90), p. 78.

<sup>102</sup> NOLL 1973 (nota 22), p. 68.

<sup>103</sup> NOLL 1973 (nota 22), p. 68.

da eficácia das medidas tomadas pelo Estado, não faz a distinção. Muito menos o Direito Privado pode furtar-se a essa exigência, à medida que ele não é mais destinado a regulamentar as relações sociais no seio de uma sociedade estável. Prova disso é a multiplicação das leis especiais, que vêm perturbar a sistemática fechada das grandes codificações, bem como o desenvolvimento da jurisprudência. Segundo essa ótica, a codificação não é a solução.

Sem dúvida, um procedimento metódico parece, à primeira vista, mais indicado e mais prático para a elaboração das legislações de Direito Público. É necessário procurar as razões desse relativo avanço metodológico no fato de que os objetos normativamente abrangidos pelo Direito Público – mas igualmente pelo Direito Penal – têm uma existência independentemente do Direito: o meio ambiente, o território, a doença, a velhice, a criminalidade não são basicamente fatos jurídicos. E não é por acaso, porque a elaboração do Direito de Família leva amplamente em conta os conhecimentos sociológicos nesse domínio. Essa sociologia “ponte”, como a qualifica Peter Noll<sup>102</sup>, que explora os mesmos objetos que certos ramos do Direito, faz enorme falta ou está muito pouco desenvolvida nos ramos do Direito cujo objeto tem existência apenas jurídica, como o contrato ou a pessoa moral.

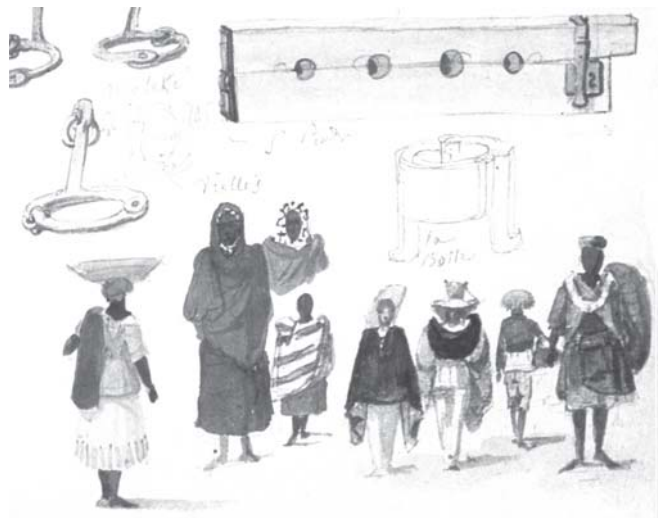
Assim como a Sociologia da Família para o Direito de Família, ou a Criminologia para o Direito Penal, os diferentes ramos do Direito Privado, se querem preencher seu papel de “ciência normativa terapêutica” (*normative therapeutische Wissenschaft*), devem colaborar com seus homólogos dedicados ao diagnóstico<sup>103</sup>. Essa colaboração implica o reconhecimento prévio do fato de que nem a competência jurídica nem o ponto de vista dos representantes de interesses bastam para estabelecer as fundações empíricas de um edifício normativo.

Certamente não se deve mesmo esperar milagres de um procedimento legislativo racionalizado. Legislar permanecerá sempre uma hipótese colocada quanto à relação entre meios utilizados e objetivos visados. Essa incerteza resulta

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

de nossa capacidade limitada de conhecer a realidade social, a complexidade das relações entre os atores sociais. Além disso, as exigências metódicas da Legística não devem fazer esquecer que a legislação continua sendo um jogo político, isso é, marcado pelos interesses, pelas paixões, pelas ideologias e pelas emoções. Apesar desses limites, o procedimento metódico se revela indispensável, como uma referência que se sabe que jamais poderá ser respeitada mas que chama incansavelmente à razão.



# DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI <sup>1</sup>

ANA FRAGA E ANA VARGAS <sup>1</sup>

•Juristas do quadro  
da Assembleia da  
República

**L**icenciada em Direito (1985) e com o Curso de Alta Direção em Administração Pública (2004), Ana Fraga ingressou na Assembleia da República em 1991, tendo trabalhado na Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar e, posteriormente no apoio às comissões.

Em 1999, foi designada adjunta do gabinete do Ministro da Reforma do Estado e da Administração Pública. Representou Portugal no Grupo de Alto Nível para a Qualidade da Legislação (grupo Mandelkern) e integrou a Comissão para a Simplificação Legislativa.

Regressou à Assembleia da República em 2002, tendo desempenhado as funções de chefe de Divisão das Edições e, desde 2006, de directora de Serviços de Apoio Técnico e Secretariado.

<sup>1</sup> Este texto é uma versão atualizada do artigo publicado no número 27 da revista portuguesa *Cadernos de Ciência da Legislação*. Agradecemos à Dra. Marta Tavares de Almeida, editora daquele periódico, a oportunidade de republicar a estimulante análise das autoras sobre a

qualidade da legislação na União Europeia. O texto é publicado na sua forma original, em português de Portugal. Fraga, Ana; Vargas, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. Legislação. *Cadernos de Ciência da Legislação*. n. 27, p. 31-71, jan.-mar. 2000.

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (1989) e mestre em Estudos Europeus pela Universidade Católica de Lisboa (2000), com frequência ao programa de doutoramento no Instituto Universitário Europeu, em Florença, Ana Vargas ingressou na Assembleia da República em 1991. Como jurista, onde prestou apoio, entre outras funções, à Comissão de Assuntos Europeus (1992-2004). Desempenha funções de assessora no Centro de Formação Parlamentar desde 2004.

Publicações: *Os parlamentos nacionais e a legitimidade da União Europeia*, Cosmos, 2001; “The Parliament of Portugal: Loyal scrutiny and Informal Influence”, in Andreas Maurer/Wolfgang Wessels (eds.), *National Parliaments on their ways to Europe: Losers or Latecomers?*”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001; “A Segunda Câmara: uma segunda fuga em frente”, in António Costa Pinto (coord), *A União Europeia Revisitada*, ICS, 2003; “After the Convention: The role of National Parliaments in the EU”, *Journal of Legislative Studies*, special issue on “The Europeanization of Parliamentary Democracy”, Volume 11, Numbers 3-4, October/December 2005.

## 1 Introdução

### a) Distinções prévias

Quando abordamos a problemática da qualidade da legislação, importa, desde logo, esclarecer qual o conceito que usamos quando falamos de legislação, em particular quando a análise a que procedemos incide igualmente sobre o trabalho desenvolvido noutros países. Encontramos muitas vezes, e de forma indiferente, referências a legislação, regulamentação e regulação, Estado legislador, regulamentador e regulador<sup>2</sup>.

Essa distinção pode ser efectuada sob duas abordagens. A primeira, no plano estritamente jurídico, de poder legislativo por oposição a poder regulamentar. Essa distinção só pode ser alcançada por meio de uma análise comparada dos ordenamentos jurídicos dos diferentes estados<sup>3</sup>. Desse modo, por “poder regulamentar” deve entender-se o poder normativo do governo (por oposição ao poder normativo do Parlamento e à adopção de actos individuais pelo governo). Este poder normativo do governo poderá ser, de acordo com os diferentes ordenamentos jurídicos, um poder legislativo paralelo ao poder regulamentar, um poder exclusivamente regulamentar e ainda um poder originário ou delegado.

A segunda abordagem é apoiada essencialmente nos trabalhos da OCDE, que se referem a regulamentação (*regulation*) enquanto poder do Estado, ou de agências independentes, para regular as relações dos agentes económicos, no sentido de promover a competição e reduzir os custos decorrentes<sup>4</sup>. Alguns países têm secundado essa perspectiva. A reforma da regulamentação é, assim, vista como um instrumento de intervenção e modernização económica e, muitas vezes, incide sobre parcelas dessa realidade, analisando-se, por exemplo, o impacto da reforma da regulamentação no sector das telecomunicações ou no mercado de capitais<sup>5</sup>.

Independentemente dessa distinção, o propósito deste trabalho é analisar como se pode melhorar a actividade

<sup>2</sup> Gomes Canotilho, “Os impulsos modernos para uma teoria da legislação”, *Legislação*, n.º 1 Abril-Junho, INA, 1991, fala num termo distinto, na regulática, “O ponto de partida da regulática é, sensivelmente, o da teoria sociológica crítica e o das teorias estruturais do direito: as mudanças estruturais da sociedade da informação tornam clara a necessidade de o direito não ser considerado, como até aqui, como regulador das relações sociais, mas sim como instrumento de trabalho para a autoregulação das relações sociais. Diferentemente da legística, a regulática jurídica não toma apenas em consideração as regula-

ções legais, mas normas de qualquer género, como, por exemplo, contratos, actos administrativos, sentenças, regulamentos, convenções colectivas de trabalho, acordos colectivos (...).

<sup>3</sup> Para uma definição do poder regulamentar na Europa, veja-se Ziller, Jacques, "Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe", *Revue Française d'Administration Publique*, 1999. No presente trabalho, não se entra em detalhe na distinção entre poder legislativo e poder regulamentar.

<sup>4</sup> No Report on Regulatory Reform da OCDE, 1997, p.6, esclarece-se que "... regulation refers to the instruments by which governments place requirements on enterprises, citizens, and government itself, including laws, orders and other rules issued by all levels of government and by bodies to which governments have delegated regulatory powers" (Tradução das autoras — (...) a

normativa, proveniente tanto do Parlamento como do governo, ou ainda de outras entidades com competências normativas, aumentando a sua qualidade e acessibilidade.

A qualidade da técnica legislativa compreende não apenas a qualidade redaccional (Legística<sup>6</sup>), mas igualmente a avaliação da decisão de legislar (o conteúdo da futura norma), a integração da legislação no contexto normativo, económico e social, a participação dos cidadãos no processo legislativo e a avaliação da sua aplicação. A acessibilidade legislativa compreende a compilação, a consolidação legislativa e a codificação<sup>7</sup>, bem como todos os outros instrumentos que facilitem ao cidadão o conhecimento das normas que regulam os vários aspectos da sua actividade e das suas relações, designadamente por intermédio dos meios informáticos e de comunicação social.

#### **b) Esforços conjuntos dos Estados membros**

A legislação está ligada a valores e princípios morais que caracterizam uma determinada sociedade<sup>8</sup>. Como os valores e princípios morais variam consoante o espaço e o tempo, as normas são também dinâmicas. Os critérios de qualidade estão estritamente ligados às tradições legislativas de cada Estado ou sistema jurídico. Contudo, isso não significa que os critérios de qualidade legislativa não se possam aplicar independentemente de um cultura legal específica. A integração numa organização supranacional, como a União Europeia (UE), com poderes normativos crescentes em domínios cada vez mais alargados, exige formas de cooperação mais estáveis. O fenómeno de aproximação legislativa no seio da UE conduz à necessidade de se encontrarem soluções que, embora respeitem a tradição jurídica e constitucional de cada Estado, assegurem um nível de qualidade legislativa semelhante entre os países.

Até alguns anos atrás, a redacção era vista como o principal critério da qualidade legislativa. Nos últimos anos, essa questão ganhou nova dimensão e estendeu-se, basicamente, a cinco parâmetros:

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

- fase de instrução pré-legislativa – necessidade de legislar – aberta aos contributos científicos, académicos e destinatários;
- contexto normativo (nacional, europeu/UE e internacional) em que se enquadra uma nova iniciativa;
- avaliação prévia do impacto da iniciativa legislativa na vida dos cidadãos e no desempenho das empresas;
- criação de mecanismos de acompanhamento da aplicação e dos efeitos da norma;
- criação de instrumentos que tornem a norma realmente acessível aos cidadãos.

Alguns países europeus adoptaram critérios de boa legislação que são utilizados para avaliar a qualidade da legislação nacional. A discussão também ocupa a OCDE<sup>9</sup> – como já foi referido –, as instituições europeias<sup>10</sup> e os diversos parlamentos dos Estados membros.

Esse tem sido também um tema abordado pela Conferência de Presidentes dos Parlamentos da União Europeia, designadamente na Conferência de Roma de setembro de 2000, que aprovou um memorando com uma série de recomendações. Nele se solicita aos governos que forneçam aos parlamentos informação clara e concisa sobre a avaliação pré-legislativa. Entendem os parlamentos que essa avaliação deve ser aberta a especialistas e aos sujeitos afectados pelas iniciativas, devendo ter em consideração um exame detalhado do ordenamento comunitário e nacional e uma análise do seu impacto nos cidadãos e nas empresas. Solicita-se ainda aos governos que criem mecanismos de avaliação dos efeitos da legislação adoptada e instrumentos para tornar a legislação mais acessível ao cidadão comum. Apela-se depois a uma maior cooperação interparlamentar (nomeadamente com recurso ao correio electrónico e aos sítios da internet), a uma maior cooperação entre os parlamentos e as organizações não-governamentais, a comunidade científica (Instituto Universitário Europeu) e as organizações internacionais (OCDE).

regulação é relativa às leis, despachos e outras regras aprovadas por qualquer órgão estadual ou por órgão em que o Estado tenha delegado poder regulamentar que imponha requisitos às empresas, cidadãos e à própria administração.”). Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf>. Acesso em 27 mar. 2007.

<sup>9</sup> Ainda no âmbito da OCDE, esclarece-se o alcance da reforma regulatória (ou da regulamentação): “regulatory reform refers to changes that improve the quality of regulations, that is, enhances the performance, cost-effectiveness, or legal quality of regulations and related government formalities “(Tradução das autoras — “a reforma regulatória refere-se a alterações que melhorem a qualidade dos regulamentos, isto é que aumentem a eficácia, diminuam a relação custo-benefício, melhorem a técnica legislativa e diminuam as formalidades administra-

tivas), in “Guiding Principles For Regulatory Quality and Performance”, 2005, <http://www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf> (consultado 27 Março 2007).

<sup>6</sup> Pagano, R. Legislative drafting directives: towards a common model of legislative techniques? In: KARPEN; WENZ (Ed.). National legislation in the European framework. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 203-226.

<sup>7</sup> Veja-se Oliveira Ascensão, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Gulbenkian, 3ª edição, 1983, p. 281-90 para a distinção entre (1) codificação — “o código é uma lei mas distingue-se por trazer o núcleo, e tendencialmente até a generalidade, das regras relativas a determinada matéria. Representa pois sempre a forma de concentração do regime jurídico de certos sectores da vida social, regulando unitariamente um ramo de direito”; (2) consolidação que combina num mes-

Também na esfera dos governos dos Estados membros há uma preocupação com a qualidade legislativa. Na reunião extraordinária do Conselho Europeu realizada em 23 e 24 de março de 2000, em Lisboa, nas conclusões da Presidência, o Conselho solicitou à comissão, ao conselho e aos Estados membros que, em conformidade com as respectivas competências, estabeleçam, até 2001,

*uma estratégia de acção coordenada mais aprofundada a fim de simplificar o ambiente regulamentar, incluindo o desempenho da administração pública, tanto a nível nacional como comunitário. Essa estratégia deverá incluir a identificação de espaços em que sejam necessárias novas acções por parte dos Estados-membros destinadas a racionalizar a transposição da legislação comunitária para o direito nacional.*

Na sequência dessas conclusões, foi criado um grupo de trabalho encarregado de participar activamente na elaboração da estratégia coordenada, Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade da Legislação (também conhecido por Grupo Mandelkern, nome do seu presidente). O grupo, que era composto por representantes dos 15 Estados membros e da Comissão Europeia, iniciou seus trabalhos em dezembro de 2000 e aprovou o Relatório Final em novembro de 2001.

O relatório apresenta uma abordagem geral e global no âmbito da melhoria da qualidade da legislação, apoiada por sete princípios essenciais: necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência, responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade. O grupo identificou os seis principais aspectos que conduzem ao sucesso de um programa de melhoria da qualidade dos actos normativos:

- opções de aplicação de políticas;
- avaliação de impacto da legislação;
- consulta;
- Simplificação;
- acesso à legislação; e
- estruturas eficazes.

O relatório e o Plano de Acção, embora não vinculativos para as partes envolvidas, tiveram o mérito de sistematizar os instrumentos utilizados nos diferentes Estados, permitir o conhecimento e a divulgação das melhores práticas e aumentar a visibilidade e a importância dessa questão nas agendas nacionais e comunitária.

Desde 2005, com a adopção da Estratégia Integrada para o Crescimento e Emprego (no âmbito da revisão da Estratégia de Lisboa), verificou-se um esforço para incluir, nos Programas Nacionais de Reforma, um ponto sobre “Legislar melhor”. Actualmente, alguns Estados membros inserem nos seus relatórios medidas sobre essa matéria. Essas medidas são relativas ao impacto dos custos administrativos e à redução dos encargos para os particulares de cada iniciativa legislativa, tendo alguns Estados adoptado objectivos de redução de custos percentuais (20% a 25% até 2010). Contudo, apenas um reduzido número de Estados efectua a análise de custos de uma forma sistemática, e os resultados não são avaliados por ninguém. Apesar disso, cerca de metade dos Estados membros desenvolveram um programa global de simplificação legislativa; muitos dos que não apresentaram um programa global, criaram iniciativas como o governo electrónico, balcão único, etc.

Na comunicação da Comissão Europeia sobre a “Análise estratégica do programa Legislar Melhor” na União Europeia (COM(2006) 689, de 14 de novembro de 2006) foram identificadas como prioridades para os Estados membros: o desenvolvimento e o reforço dos mecanismos de consulta; uma avaliação mais sistemática da análise dos impactos económicos, sociais e ambientais das iniciativas legislativas; maior transparência no processo legislativo; desenvolvimento dos programas de simplificação legislativa; e melhoria da aplicação da legislação europeia. Em 2006, foi igualmente criado pela Comissão Europeia um grupo de peritos, para avaliar os esforços dos Estados membros relativamente à análise de impacto e à simplificação.

mo diploma todas as normas sucessivamente produzidas sobre determinada matéria e (3) compilação que junta num mesmo manual um conjunto de textos distintos mas de alguma forma relacionados em razão da matéria. Para a mesma distinção nos diferentes Estados membros, onde os mesmos conceitos traduzem realidades diferentes veja-se Pagano, Rudolfo, “Notas sobre as formas de simplificação e de reorganização da legislação em alguns países europeus”, Legislação, nº 18 Jan-Março, 1997, p. 22-63.

<sup>8</sup> Dorbeck-Jung, Barbel, Realistic Legisprudence, A Multidisciplinary Approach to the Creation and Evaluation of Legislation, Associations3(2), Duncker & Humblot, (1999) Berlin, p. 211-35.

<sup>9</sup> Vejam-se “Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of Government regulation, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making

and Background Note” de 9 Março de 1995, e o “Report on Regulatory Reform”, OCDE, 1997.

<sup>10</sup> Dado que a qualidade da legislação comunitária não é o tema deste trabalho apontam-se apenas algumas referências. O trabalho da Comissão Europeia começou em 1994 com o “Grupo Molitor”, tendo sido seguido pelos relatórios anuais, desde 1995, “Legislar melhor”. Estes relatórios são objecto de apreciação pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho e estabelecem que o trabalho deve ser efectuado sobre as iniciativas a apresentar, as que estão em fase de decisão e as que já foram adoptadas. As iniciativas a apresentar devem ser objecto de uma análise de impacto (de escolha do instrumento, dos encargos administrativos) e de ampla consulta dos cidadãos e empresas. As iniciativas em fase de decisão ou já aprovada devem ser reanalisadas no âmbito da simplificação e do nível das alternativas

Verifica-se, pois, uma actuação simultânea, senão coordenada, entre instituições europeias e nacionais e entre governos e parlamentos dos diversos Estados membros, numa perspectiva de “pressão entre pares” e de “reação em cadeia”.

## 2 A situação em Portugal

Em Portugal, o problema da qualidade da legislação e a preocupação com a proliferação legislativa só concitaram alguma atenção, de forma mais relevante, na última década. A revolução de abril de 1974, a aprovação da Constituição da República Portuguesa em 1976 e a necessidade de adequar o direito à realidade económica, social e política emergente secundarizaram essa questão. A situação foi agravada pela adesão de Portugal à CEE, uma década mais tarde, o que obrigou à rápida adaptação do ordenamento legislativo português para o conformar às regras do mercado interno.

Até o final da década de 1980, pouco mais havia sido feito nesse âmbito que algumas reflexões dispersas<sup>11</sup> e algumas tentativas de resolução que foram posteriormente abandonadas<sup>12</sup>. É de se destacar, nesse período, o estudo elaborado em 16 de dezembro de 1988 pelos consultores do então Cetal<sup>13</sup>, Dr. Luís Bigotte Chorão e Dr. Rui Barreira, “Simplificação e Codificação Legislativa”, que serviu de base à Deliberação do Conselho de Ministros nº 15/DB/89, de 8 de fevereiro. Essa deliberação aprovou os princípios que devem regular a elaboração de projectos de actos normativos e, apesar de amplamente distribuída, nunca foi publicada, pelo que permaneceu para muitos totalmente desconhecida.

A deliberação, embora não circunscrevendo a situação a Portugal, fala pertinentemente em “poluição legislativa” e caracteriza a situação da seguinte maneira:

*A “poluição legislativa” produz diversos efeitos nefastos: avalanche de leis que se sobrepõem e contradizem; normas cuja interpretação se torna, por vezes, ininteligível; progressivo enfraquecimento da*

*autoridade da lei; correspondente falta de segurança na sociedade. Mas é sobretudo ao nível económico, e ao nível tecnológico, que a “poluição legislativa” tem sido particularmente prejudicial: o excesso de regulamentação tem actuado como travão das políticas de desenvolvimento económico, da evolução da tecnologia e do processo de inovação<sup>14</sup>.*

Embora o diagnóstico actual não seja muito diferente, existe, por parte da comunidade académica e dos órgãos de soberania com competência legislativa, uma maior atenção a essa questão.

Para além do curso de Feitura das Leis organizado já há vários anos pelo Instituto Nacional de Administração, as universidades começaram a oferecer pós-graduação em legística e ciência da legislação, o que é sintomático de uma nova posição relativamente a essa questão. O jurista já não é automaticamente considerado detentor de conhecimentos nessa área, precisa, aliás, de uma aprendizagem específica; o saber nessa área pode ser desenvolvido por estudiosos de outras especialidades.

Os principais produtores de actos normativos no nosso país são a Assembleia da República e o governo. Nos regimentos desses dois órgãos encontramos já regras muito precisas, quer sobre a avaliação da decisão de legislar, quer sobre o impacto legislativo, quer ainda sobre a qualidade redaccional.

#### a) Assembleia da República

O processo legislativo parlamentar é, por natureza, muito distinto do processo legislativo do governo. Neste último, há, em regra, uma convergência de vontades e uma centralização do acto de produção normativa, embora a sua aprovação seja feita, primeiro, em reunião de secretários de Estado e, depois, em reunião do Conselho de Ministros. No Parlamento, com frequência, discutem-se várias iniciativas sobre o mesmo tema apresentadas pelos diferentes grupos parlamentares e pelo governo. Muitas vezes, o agendamento para debate de uma iniciativa pode aguardar a apresentação de

legislativas. Este trabalho é igualmente efectuado em colaboração com os Estados membros que se comprometeram a apresentar relatórios sobre a evolução da qualidade legislativa nos respectivos países. Para acesso a todos os documentos produzidos sobre esta matéria ver ([http://ec.europa.eu/governance/better\\_regulation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm)), consultado em 19 de Março de 2007.

<sup>11</sup> Em especial o trabalho desenvolvido pelo INA no âmbito do curso da “Feitura das Leis” e da sua revista “Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação”.

<sup>12</sup> Veja-se Rocha, Manuel Lopes, “Função do Ministério da Justiça”, A Feitura das Leis, vol II, INA, 1986, p 197-217, para os antecedentes das preocupações com a qualidade legislativa, nomeadamente a criação, no âmbito do Ministério da Justiça, do Gabinete Coordenador da Reforma Legislativa, por Despacho do Ministro Mário Raposo, de

17 de Dezembro de 1980 (DR, II S, nº 274 de 26 de Dezembro de 1980), que foi substituído pelo Gabinete de Apoio Técnico-Legislativo pelo DL nº 245/84, de 19 de Julho.

<sup>13</sup> CETAL — Centro de Estudos Técnicos e Apoio Legislativo.

<sup>14</sup> KARPEN, U. Proliferation of laws: diagnosis and therapy? closing words. In: KARPEN; WENZ (Ed.). National legislation in the European framework. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 388-390, apresenta quatro razões para a proliferação legislativa: complexidade e evolução das condições de vida (tecnologia, ecologia, relações mundiais), a sobreposição do ordenamento da União Europeia, o Estado de Direito previsto nas constituições nacionais, os ciclos eleitorais e a actividade dos parlamentares que querem ser reeleitos, os cidadãos que procuram ver resolvidos os seus direitos através do recurso

iniciativas pelos restantes grupos parlamentares ou pelo governo. O trabalho de apreciação e votação na especialidade é feito em comissão especializada ou em plenário, concorrendo para a elaboração do texto o conjunto de deputados presentes na comissão respectiva ou no plenário.

O processo legislativo encontra-se profundamente articulado com as maiorias políticas. A existência de um grupo parlamentar com maioria absoluta permite a aprovação do texto apresentado por esse grupo, ou pelo governo, sem necessidade de procura de consensos. Quando não há uma maioria absoluta, o texto normativo resulta, muitas vezes, do contributo oriundo das diversas bancadas, pelo que a formulação final pode não ser a mais adequada, mas a resultante do compromisso possível<sup>15</sup>.

O regimento da Assembleia da República prevê, no artigo 137, os requisitos formais dos projectos e propostas de lei. Esses devem ser apresentados por escrito, ser redigidos sob a forma de artigos, eventualmente divididos em números e alíneas, ter uma designação que traduza seu objecto principal e ser precedidos de uma breve justificação ou exposição de motivos. A exposição de motivos implica, no que diz respeito às propostas de lei – apresentadas pelo governo ou pelas assembleias regionais –, na medida do possível, a apresentação de uma memória descritiva das situações sociais, económicas, financeiras e políticas a que se aplicam, uma informação sobre os benefícios e as consequências de sua aplicação e uma resenha da legislação vigente referente ao assunto.

A não aplicação dessas exigências aos projectos de lei apresentados pelos grupos parlamentares traduz o reconhecimento de que o processo legislativo é crescentemente complexo e de que o Parlamento não está suficientemente dotado de meios técnicos que o permitam fazer face a essas exigências. De forma generalizada, assiste-se a uma crescente predominância de iniciativas apresentadas pelos governos, ou pelos grupos parlamentares que o sustentam, com o seu apoio. Entre as iniciativas aprovadas, as que foram apresentadas pelo governo superam, quantitativamente, em muito, as que foram apresentadas por deputados<sup>16</sup>.

## DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

O artigo 132 do regimento estipula que não são admitidas as iniciativas legislativas que não definam concretamente o sentido das modificações a introduzir na ordem legislativa. Os relatórios elaborados sobre as iniciativas, antes da sua apreciação na generalidade, devem conter, nos termos do artigo 34 do mesmo instrumento, a análise sucinta dos factos, situações e realidades que lhe dizem respeito; o esboço histórico dos problemas suscitados; o enquadramento legal e doutrinário do tema em debate; as consequências previsíveis da aprovação e dos eventuais encargos da respectiva aplicação; a referência aos contributos recebidos das associações, sindicatos ou outras entidades que tenham interesse na matéria em apreciação; as conclusões e parecer; e, finalmente, a posição sumária dos grupos parlamentares face à matéria em apreço.

A Constituição reflecte já esta exigência de participação, destacando-se em particular a previsão da participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais na elaboração da legislação de trabalho (artigo 56, nº 2, alínea "a") e das organizações representativas dos agricultores na definição da política agrícola (artigo 98).

O regimento prevê igualmente a audição de comissões de trabalhadores e associações sindicais quando se tratar de legislação do trabalho; a audição da Associação Nacional dos Municípios Portugueses (ANMP) e da Associação Nacional de Freguesias (Anafre) sempre que se trate de iniciativas que digam respeito às autarquias locais; e a audição dos órgãos de governo regional sempre que verse sobre matéria de competência das regiões autónomas. Ciente de que a eficácia de uma norma depende cada vez mais da sua aceitação, o Parlamento reforçou nos últimos anos o processo de audição. Para além das audições fixadas regimentalmente, as comissões, com sede de discussão na especialidade, procedem cada vez mais, e de forma sistemática, a audições públicas, chegando mesmo a duplicar as audições já efectuadas pelo governo<sup>17</sup>.

O processo legislativo parlamentar é público. A discussão na generalidade é feita em plenário, publicada no Diário da Assembleia da República (DAR) e transmitida pela televisão.

aos tribunais (nomeadamente o Tribunal Constitucional). Como terapia defende a devolução e a subsidiariedade que, levada ao extremo, pode chegar à não regulação e ao liberalismo e a cooperação com os agentes económicos e sociais (soft law) através de acordos e incentivos a determinados comportamentos. Entende que se trata de uma via preferível a ter legislação que não é aplicada.

<sup>15</sup> "...Não tanto por deficiências de técnica legislativa — valha a verdade, que muitos dos lapsos e incongruências dos textos legais se devem menos à incompetência dos técnicos de que às dificuldades de concertação entre parceiros sociais desavindos ou a consensos parlamentares artificialmente gerados por maiorias conjunturais", Vasconcelos, Pedro Bacelar, "Justiça em crise? Crises da justiça" Org. António Barreto,. Publicações D. Quixote, 2000, p.408.

<sup>16</sup> Leston-Bandeira, Cristina, "The role of the portuguese parliament: Towards a legitimization institution" relatório apresentado na Conferência ECPR Workshops: Mannheim, Abril 1999, apresenta os dados para as diferentes legislaturas.

<sup>17</sup> "The promotion of public hearings has also been an expanding feature of the Assembleia da República. This has accompanied the strengthening of the committees role. In 1988 the power to take evidence was recognised in the Rules of Procedure and, in 1993, it was formally recognised that the auditions could have place publicly. As committees proceedings became more open to the media, calling for a public hearing has also become more popular", LESTON-BANDEIRA, C. The role of the portuguese parliament: towards a legitimization institution. Relatório apresentado na Conferência ECPR Workshops: Mannheim, Abril 1999. Sobre o refor-

O relatório que precede a discussão na generalidade é igualmente publicado. As audições podem ser públicas e, com frequência, dada a publicidade dos trabalhos preparatórios, são recebidos contributos de cidadãos, académicos ou organizações<sup>18</sup>.

A ampla participação e discussão pública não são isoladamente garantia da qualidade da legislação produzida. Falta sobretudo a articulação com a legislação em vigor e a avaliação do impacto das leis, quer *ex ante*, quer *ex post*. Para além da falta de cumprimento, por vezes, dos dispositivos regimentais já referidos, outros factores concorrem para essas deficiências do trabalho legislativo, como a escassez dos serviços técnicos do Parlamento<sup>19</sup>, a influência dos calendários eleitorais nos trabalhos parlamentares e a pressão da opinião pública.

Nenhuma das normas regimentais referidas é recente, pelo que podemos concluir que não são seguramente suficientes. Mais do que repensar as normas que regulam o processo legislativo na Assembleia da República, há que mudar substancialmente a prática. À semelhança do que se passa noutros parlamentos, na VIIª Legislatura (1995 a 1999), o presidente da Assembleia da República, Almeida Santos, ponderou a hipótese da constituição de uma comissão especializada que exercesse um controlo sobre a qualidade das leis aprovadas, não tendo nunca, no entanto, formalizado essa proposta

O Grupo Parlamentar do PS apresentou, no início da VIIIª Legislatura (1999 a 2002), a "Iniciativa Parlamento 2000", que abrange um conjunto articulado de projectos centrados em torno de cinco eixos de inovação. Um dos eixos era justamente a instituição de procedimentos visando assegurar a qualidade da redacção das leis e o controlo parlamentar da sua regulamentação e boa execução. Eram propostas a criação de um mecanismo de avaliação e garantia da qualidade da redacção das leis (a accionar na fase final da votação na especialidade e antes da votação final em plenário) e a criação de uma Comissão de Acompanhamento da Regulamentação e

Execução das Leis.

Propunha-se ainda o lançamento da iniciativa Leis Simples, por articulação entre a Assembleia da República e os departamentos governamentais competentes, tendente a eliminar disposições inúteis e tornar facilmente perceptíveis as regras aplicáveis a empresas e a cidadãos; o lançamento de iniciativas de compilação, codificação; consolidação e divulgação electrónica de textos legais; e a publicação de um repertório anual da legislação em vigor<sup>20</sup>.

Em 2006 foi criado um grupo de trabalho com vistas à elaboração de um "Guia de Boas Práticas Legislativas" que deveria incidir sobre as seguintes matérias: Notas de admissibilidade das iniciativas legislativas; Legística; Audição e discussão pública; e Acessibilidade da legislação.

No início de 2007, as propostas apresentadas pelo grupo de trabalho foram distribuídas aos grupos parlamentares para consideração no âmbito da reforma da Assembleia da República. Do conjunto de propostas apresentadas, podem-se destacar o alargamento dos requisitos formais dos projectos de lei, a admissão mais exigente das iniciativas legislativas; a exigência do envio de estudos de avaliação prévia do impacto das iniciativas produzidos pelo governo; a realização de estudos de impacto prévio de iniciativas parlamentares; a alteração do processo de audição e discussão pública, que passaria a ser feito de modo exclusivamente electrónico; o acompanhamento mais célere do processo de regulamentação das leis; e a definição de critérios mais estritos para a republicação das leis.

#### b) Governo

O processo legislativo governamental não tem tantas referências constitucionais como o parlamentar:

*A Constituição regula em pormenor o processo legislativo parlamentar mas é muito parca em matéria de processo legislativo governamental. Isto é fruto da herança do Estado liberal. No Estado liberal, o legislador era o Parlamento e quanto ao Governo havia aquela visão de*

ço da participação na fase da elaboração do anteprojecto, e defendendo uma maior antecipação das consultas entre os diferentes ministérios, nomeadamente o das Finanças, o da Justiça e a PCM e das consultas a agentes políticos, económicos e sociais, logo a partir da fase inicial de redacção, veja-se VITORINO, A Preâmbulo e Nota Justificativa. In: VALERA, A et al. A feitura das leis. Lisboa: Instituto Nacional da Administração, 1986. v. 2, p. 119. Note-se ainda que a duplicação das consultas já efectuadas numa fase inicial pelo governo não consiste num exercício inútil porque o governo efectuou-as com uma determinada ponderação de interesses e, no âmbito da apreciação parlamentar, a ponderação de interesses deverá ser diferente.

<sup>18</sup> O caso do processo de revisão constitucional de 1997 é paradigmático neste aspecto. Foram enviados vários contributos quer de organizações políticas, quer de académicos, quer

*que o Governo não invadia a área do legislativo, quedava-se no executivo.*<sup>21</sup>

de particulares, que foram publicados no DAR e distribuídos aos Deputados em conjunto com os vários projectos de revisão constitucional. Foi a revisão de 1997 que consagrou igualmente a possibilidade da iniciativa legislativa popular.

<sup>19</sup> Até à revisão da Lei Orgânica, em 1993, existia na AR uma Assessoria Jurídica que tinha competências ao nível da redacção final das leis. Este serviço foi extinto então, tendo sido prevista a criação de um Centro de Estudos Parlamentares, o que até ao presente não foi feito. A verificação da redacção final das leis é efectuada quer pelas Comissões quer pela Divisão de Apoio ao Plenário, mas numa perspectiva essencialmente formal.

<sup>20</sup> Estas iniciativas constantes da Iniciativa Parlamento 2000 não constam contudo dos projectos lei que foram simultaneamente apresentados.

<sup>21</sup> Rebelo de Sousa, Marcelo, "A decisão de legislar", Legis-

Para além da escassez de previsão constitucional, os governos optavam por não publicar o seu respectivo regimento. Desde sempre houve a prática de audição do ministro das Finanças em todos os actos que envolvam aumento de despesas ou diminuição de receitas<sup>22</sup>; e do ministro responsável pela Administração Pública em matérias que se prendam com esta, tais como quadros, carreiras e pessoal. Os projectos circulam pelos gabinetes de todos os membros do Conselho de Ministros, bem como pelos gabinetes dos ministros da República para as Regiões Autónomas. Durante a circulação, podem aqueles gabinetes transmitir ao gabinete do secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e aos gabinetes dos ministros proponentes quaisquer objecções ou comentários ao projecto circulado.

Também no processo legislativo governamental se procuram novas formas de auscultação e participação, visando garantir, dessa forma, uma maior identificação e consequentemente maior adesão e cumprimento por parte dos destinatários das normas. Muitos dos trabalhos legislativos do Ministério da Justiça têm sido precedidos do lançamento de temas para debate no seu sítio da internet e, com frequência, durante a elaboração de uma iniciativa legislativa, são organizados debates públicos visando à participação e à auscultação dos cidadãos, organizações ou empresas destinatários das medidas normativas.

O estatuto da oposição, aprovado em 1998<sup>23</sup>, consagrou o direito de participação legislativa aos partidos políticos representados na Assembleia da República e que não fizessem parte do governo. Esses têm o direito de se pronunciar no decurso dos trabalhos preparatórios de iniciativas legislativas do governo relativas a eleições e associações e partidos políticos.

No percurso trilhado à procura de soluções que garantissem uma maior qualidade e acessibilidade legislativa,

## DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

cabe uma referência à já citada Lei nº 74/98, de 11 de novembro, designada "lei formulário", que introduziu ou reforçou algumas regras de disciplina no processo legislativo<sup>24</sup>.

É de se destacar a restrição feita às rectificações, com a diminuição do prazo para a sua publicação, a exigência de que conste em um diploma que altere outro a referência à sua história, a exigência de republicação integral dos textos alterados quando a natureza ou a extensão da alteração o justificar e, ainda, a actualização do conjunto de actos publicados na 1ª série do Diário da República.

Em 2001, por meio da Resolução do Conselho de Ministros nº 29/2001, de 9 de março, sob proposta do ministro da Reforma do Estado e da Administração Pública, foi criada a Comissão para a Simplificação Legislativa, a quem competia, em articulação com os restantes ministérios:

- identificar áreas da legislação existente que devem ser objecto de intervenção, elaborar estudos e emitir recomendações com vistas à simplificação e à melhoria da qualidade da legislação e regulamentação;
- analisar e propor medidas que visem à maior acessibilidade da legislação, designadamente por meio da consolidação, compilação ou codificação;
- analisar e apresentar situações em que se justifique a deslegalização ou desregulamentação, incentivando nessas áreas a auto-regulação ou outras formas de actuação;
- estudar os procedimentos legislativos e institucionais vigentes, com vistas à propositura de novas regras de simplificação relativamente à produção de novos actos normativos.

Essa comissão não concluiu os seus trabalhos devido à dissolução da Assembleia da República e à consequente convocação de novas eleições.

O Regimento do Conselho de Ministros, aprovado pela Resolução nº 126-A/2004, de 3 de setembro, referia no seu preâmbulo, que

lação, INA, desgravação da exposição efectuada no Curso sobre a Feitura das Leis, 1990 (revisto pelo autor, que lhe manteve a primitiva feição oral).

<sup>22</sup> O Regimento da Assembleia da República (artigo 133º) determina que não podem ser apresentadas propostas de lei, projectos de lei ou propostas de alteração que envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento.

<sup>23</sup> Lei nº 24/98, de 26 de Maio.

<sup>24</sup> Beleza, M. dos P. P., Legislação, n.º 22 Abril-Junho, 1998, diz que "Embora grande parte dos seus preceitos se apliquem apenas aos actos publicados na 1ª Série do Diário da República, a verdade é que, à semelhança do que já anteriormente sucedia em alguns pontos, a Lei nº 74/98 contém regras que valem para a generalidade dos diplomas".

*No âmbito do procedimento legislativo, inova-se, entre outros aspectos, estabelecendo um conjunto de regras técnicas de legística, visando garantir uma maior qualidade normativa e linguística dos textos aprovados, e prevendo a necessidade de identificação expressa dos regulamentos indispensáveis para a concretização e execução de actos legislativos do Governo.*

O XVII Governo Constitucional manteve essa prática, e, assim, o Regimento do Conselho de Ministros, aprovado pela Resolução nº 82/2005, de 15 de abril, e alterado pela Resolução nº 64/2006, inclui o Anexo II com as “Regras de Legística na elaboração de actos normativos pelo XVII Governo Constitucional”. É de se destacar, nessa alteração, a adopção de medidas de avaliação prévia e sucessiva do impacto dos actos normativos do governo, nomeadamente por meio da aprovação de um modelo anexo de teste de avaliação do impacto dos actos normativos do governo, o teste Simplex; da implementação de medidas relativas ao controlo da qualidade dos actos normativos do governo no que respeita à sua qualidade técnica, por meio da revisão das regras de legística; e, por fim, da instituição de um novo procedimento de audição aberta.

O teste Simplex, elaborado pelos departamentos governamentais responsáveis pela iniciativa, inclui uma caracterização dela, os encargos administrativos, a avaliação desses encargos, a compatibilidade com a administração electrónica, a consolidação normativa e a avaliação e parecer. Esse teste é aplicado quer às medidas legislativas aprovadas pelo governo (sob a forma de decreto-lei), quer às propostas de lei que este submete à Assembleia da República. É de se referir, porém, que o teste, depois de preenchido, não é enviado à Assembleia da República.

<sup>25</sup> Estes parâmetros resultam dos relatórios produzidos pela OCDE, pela Comissão Europeia e pela doutrina lida sobre a matéria.

### **3 A situação em vários países europeus**

Nesta análise, pretendeu-se tomar em consideração as três fases que se consideram essenciais no âmbito da qualidade legislativa<sup>25</sup>: a fase de instrução pré-legislativa, na qual se inclui

uma avaliação da necessidade de legislar, a escolha do instrumento regulador (infralegislativo, nacional, comunitário ou internacional), a análise prévia do impacto da iniciativa na administração e na sociedade e a consulta de interesses, aberta aos contributos científicos, académicos, corporativos e gerais; a fase do processo de adopção, aplicação e consequentes efeitos da iniciativa, na qual se incluem os cuidados a ter com a clareza do texto (legística formal), a transparência do processo, a criação de mecanismos de acompanhamento por parte dos cidadãos e a exequibilidade da norma; e a fase de aplicação da legislação, em que se torna necessária a criação de instrumentos que tornem as normas realmente acessíveis aos cidadãos.

Como já foi dito, o trabalho de verificação do que está a ser feito em cada Estado tem sido desenvolvido pela Comissão Europeia, pela OCDE, e por diversas associações envolvidas nessa matéria. Esse trabalho confronta-se com alguns problemas relacionados com a diversidade linguística dentro da União Europeia (agora a 27 Estados), com ordenamentos influenciados pelo direito romano-germânico e pelo direito anglo-saxónico, com sistemas constitucionais distintos e com uma diferença entre o que está estipulado e que acontece na prática. Este último problema parece ser muito difícil de ultrapassar, como se tenta demonstrar neste artigo.

Assim sendo, e apresentadas as dificuldades, vejamos a situação em alguns países europeus, privilegiando-se, na medida do possível, as informações elaboradas pelas instituições de cada Estado à doutrina, e o trabalho desenvolvido tanto pelos governos como pelos parlamentos.

### **Alemanha**

A iniciativa legislativa pertence ao governo federal, ao *Bundesrat*, e aos grupos parlamentares do *Bundestag*. A maior parte das iniciativas são apresentadas pelo governo, e muitas iniciativas apresentadas pelos parlamentares são também preparadas pelo governo federal.

Nesses termos, diversas iniciativas foram desenvolvidas pelo governo federal, e ao nível dos *Länder*, no sentido de

<sup>26</sup>MULLER-GRAFF, P.C. The quality of European and national legislation: the German experiences and Initiatives. In: KELLERMANN et al. (Ed.). Improving the quality of legislation in Europe. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 111-28.

<sup>27</sup> A grelha está traduzida em português por Helena Geraldès para o curso do INA sobre a A Feitura das Leis.

melhorar a qualidade da legislação<sup>26</sup>. Em 11 de dezembro de 1984, foi aprovada e, mais tarde integrada no Regulamento Interno Comum aos Ministros Federais de 11 de março de 1996<sup>27</sup>, uma grelha que deve ser preenchida pelo Ministério responsável quando de qualquer nova iniciativa legislativa, que está contida na *Blaue Prufffragen* (por ser originariamente publicada a azul).

Depois de preenchida esta grelha, a iniciativa é submetida ao ministro e a Chancelaria é informada, iniciando-se uma nova fase de consulta dentro do governo, na comunidade académica e aos governos dos *Länder*. Após o processo estar concluído, o Ministério da Justiça efectua uma avaliação formal da legalidade no contexto normativo existente, e a Sociedade para a Língua Alemã avalia a terminologia utilizada e a unidade redaccional. Cada iniciativa é precedida de uma página introdutória que explica o seu objectivo, a solução, as alternativas, os custos para o orçamento (com e sem os custos de aplicação) e outros custos (para a economia, segurança social). O objectivo é cada vez mais avaliar a opção zero (isto é, a necessidade de legislar), bem como uma maior associação de peritos e organizações não-governamentais no processo decisório.

A iniciativa vai depois para o *Bundestag*, seguindo o processo legislativo parlamentar. A questão de se saber se a grelha da *Blaue Prufffragen* se aplica igualmente para a análise das iniciativas em sede de comissões parlamentares tem sido muito debatida. O governo federal tem ainda de apresentar relatórios ao Parlamento sobre a aplicação da legislação, efectuando-se uma codificação anual, pelo Ministério Federal da Justiça, das leis e decretos (parte I) e leis de ratificação de tratados internacionais (parte II). Essa codificação está também disponível na base de dados do *Bundestag on line* (Gesta).

Após essa primeira fase, a Chancelaria lançou um novo programa de reformas, em 1999, intitulado “Estado Moderno – Administração Moderna”, que compreende o reforço da modernização administrativa e do governo electrónico e a

redução da burocracia. Em setembro de 2000, foi lançado o *BundOnline 2005* com o objectivo de colocar *on line* todos os serviços administrativos ao nível federal. Esse objectivo foi atingido em agosto de 2005 e ultrapassado em dezembro de 2005 com 440 serviços disponíveis *on line*.<sup>28</sup>

Verifica-se, de facto, que a Alemanha já está numa segunda fase da qualidade legislativa, na qual, depois dos procedimentos terem sido criados e aplicados de uma forma sistemática, avançou-se para a avaliação dos resultados nos diferentes sectores.

### Áustria

No programa do governo (2007-2010) que tomou posse em 11 de janeiro de 2007, muitas das propostas que tinham sido apresentadas anteriormente foram retomadas.<sup>29</sup> Um dos melhores exemplos é o da revogação das leis constitucionais satélite, bem como a revogação de toda a legislação obsoleta e a republicação das leis. Essa medida tem sido um objectivo de quase todos os governos, mas sem resultados práticos.

No referido programa recentemente aprovado, foi constituído um grupo de trabalho para a revisão da Constituição, em 2007, e para a criação de um programa para a reforma da administração intitulado “Digital Áustria – Progressos e Resultados”, que pretende pôr em prática algumas das medidas do governo electrónico, do balcão único, do estudo do impacto de custo-benefício das iniciativas legislativas de acordo com o “*Standard Cost Model*”, etc.<sup>30</sup>

### Bélgica

Dois características distinguem este Estado membro: o facto de ser um Estado federal, com parlamentos regionais e um Parlamento Bicameral (Câmara dos Representantes e Senado) e a existência do Conselho de Estado, órgão de consulta do governo e do Parlamento<sup>31</sup>.

Em 1998, o governo criou um grupo de trabalho no seio do Conselho de Estado que pretendeu seguir o exemplo

<sup>28</sup> Sobre o programa BundOnline 2005 ver ([http://www.bund.de/nn\\_211300/Fremdsprachen/Struktur/EN/BundOnline-2005/BundOnline-2005-knoten.html\\_nnn=true](http://www.bund.de/nn_211300/Fremdsprachen/Struktur/EN/BundOnline-2005/BundOnline-2005-knoten.html_nnn=true)) consultado em 17 de Março de 2007.

<sup>29</sup> Ver o programa do Governo Austríaco em (<http://www.austria.gv.at/>) consultado em 16 de Março de 2007.

<sup>30</sup> Aliás, neste âmbito, a Áustria é objecto de críticas da Comissão Europeia no seu Relatório Anual de Progresso sobre Crescimento e Emprego (COM 2006/30 final, de 25 de Janeiro).

<sup>31</sup> O Conselho de Estado (secção de legislação) emite parecer sobre todas as iniciativas provenientes do governo e, facultativamente, das provenientes do parlamento. Ver Circular de 26 de Ja-

neiro de 1998 relativa ao estudo do impacto dos projectos de lei e de decretos no Conselho de Estado. Veja-se ainda, sobre o papel do Conselho de Estado belga, Gilliaux, P. *Les directives européennes et le droit belge*. Bruxelles: Bruylant, 1997.

<sup>32</sup> Já o “arrêté royal” de 16 de Novembro de 1994 previa um questionário que tinha de ser obrigatoriamente preenchido pelo autor de uma iniciativa legislativa.

<sup>33</sup> <http://www.radvst-consetat.be/pdf/Lforf1.pdf> (consultado em 17 de Março de 2007).

alemão no estabelecimento de critérios sob a forma de um questionário.<sup>32</sup> O preenchimento deste questionário devia acompanhar o texto da iniciativa ao longo da sua fase preparatória (controlo pela inspecção das finanças, parecer do Conselho de Estado, etc.).

No que dizia respeito ao Parlamento, um dos problemas consistia do facto de que esse questionário era necessário para os projectos de iniciativa governamental, mas não para as propostas da iniciativa dos parlamentares. Em novembro de 2001, o “*Traité de Légistique formelle*”<sup>33</sup>, composto por regras sobre avaliação do impacto administrativo e orçamental, consultas a sindicatos e a conselhos regionais e locais, regras de legística formal, casos especiais, etc., destinadas a uniformizar a redacção das iniciativas (uma espécie de lei formulário), passou a aplicar-se igualmente às duas Câmaras do Parlamento Belga.

## Dinamarca

Como é normal neste Estado, também o trabalho relativo à qualidade legislativa tem sido efectuado no âmbito de uma estreita colaboração entre o Parlamento e o governo. Os esforços concentraram-se em três domínios: na preparação das iniciativas legislativas pelo governo, no planeamento do trabalho parlamentar e na actividade das comissões parlamentares.

Tal como na maior parte dos estados, a maioria das iniciativas são apresentadas pelo governo. Em 1999, o governo aprovou uma circular interna relativa à informação que deveria acompanhar uma iniciativa legislativa apresentada ao Parlamento. Essa informação devia incluir uma avaliação das consequências financeiras e administrativas para o comércio, a indústria, o ambiente e os cidadãos em geral, bem como uma análise da sua conformidade com o direito comunitário. Para além disso, foram redigidas “Orientações sobre a Qualidade Legislativa” bastante detalhadas para os funcionários governamentais, que, nos diferentes ministérios, são responsáveis pela redacção inicial dos textos. Essas directrizes dizem respeito à redacção formal e à estrutura das iniciativas, ao objectivo que se pretende

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

atingir, bem como às esperadas consequências, ao tipo de instrumento legislativo e às suas alternativas (outras formas de influenciar o comportamento dos cidadãos) e à verificação da conformidade constitucional, legal, comunitária e com as convenções internacionais.

No que diz respeito ao trabalho parlamentar, o regimento do Parlamento foi alterado em 2005, procurando-se melhorar o planeamento da apreciação das iniciativas legislativas tanto em plenário como nas comissões. O objectivo era proporcionar mais tempo para uma apreciação mais cuidadosa dos textos e um maior envolvimento dos cidadãos nessa apreciação, respeitando-se o prazo mínimo de 30 dias entre a apresentação de uma iniciativa e a sua votação final. No que diz respeito à melhoria da qualidade formal da legislação, foram igualmente aprovadas regras sobre a matéria que estão integradas no regimento (capítulos 2 e 6). A relação entre as comissões parlamentares e os ministros tem também melhorado, fornecendo o governo toda a documentação por elas requerida. Todo o trabalho realizado em comissão está disponível *on line*.

O Programa Nacional de Reforma, apresentado em 2005, traz um capítulo sobre “Legislar Melhor” em que se estabelecem objectivos concretos. Um desses objectivos é reduzir os encargos burocráticos em 25% até 2010 (até julho de 2005 já foram reduzidos em 5,1%). A estratégia adoptada apoia-se em um sistema de avaliação dos encargos de acordo com o “*Standard Cost Model*” e de simplificação da legislação existente; uma análise do impacto económico, social e ambiental de todas as iniciativas; o reforço do recurso ao governo electrónico para a prestação de serviços; a melhoria da transparência e da comunicação com os cidadãos; e um maior controlo sobre a legislação comunitária que impõe encargos que repercutem sobre os cidadãos nacionais.

Como se pode verificar, a Dinamarca, à semelhança da Alemanha, passou igualmente a uma segunda fase no domínio da qualidade legislativa.

## Espanha

Neste país, a reflexão sobre a qualidade legislativa começou nos anos 1980. O primeiro impulso foi a constituição de um grupo de estudos de técnica legislativa no seio do Centro de Estudos Constitucionais, que tinha sido criado em 1977 como organismo autónomo sob a tutela do Ministério da Presidência. Esse grupo produziu algumas publicações centradas na técnica legislativa<sup>34</sup>. Mas o passo mais significativo foi a elaboração, pelo Centro de Estudos Constitucionais, das “Directivas sobre a forma e a estrutura dos anteprojectos de leis”, aprovadas pelo Conselho de Ministros em 18 de outubro de 1991. Essa decisão foi depois publicada sob a forma de resolução no Boletim Oficial do Estado, em 18 de novembro de 1991.

<sup>34</sup> La forma de las Leyes, Barcelona, 1986; Curso de técnica legislativa, Madrid, 1989.

A tónica dessas directivas centrava-se no princípio da segurança jurídica (de acordo com o parágrafo 3 do artigo 9º da Constituição de 1978). Este princípio abarca a clareza, a precisão, o rigor, a coerência e a harmonia das leis, seja no plano interno à própria lei, seja no âmbito da sua relação com o ordenamento jurídico vigente.

Para além disso, as directivas incluem indicações precisas para a redacção das iniciativas, desde o seu título, exposição de motivos, articulado e disposições finais. A exposição de motivos é particularmente importante<sup>35</sup>, já que é sujeita a discussão parlamentar e publicada no Boletim Oficial. Ela deve conter o objecto da iniciativa, os antecedentes normativos e a competência orgânica – relação com o ordenamento comunitário europeu e com o das regiões –, evitando fórmulas enfáticas ou autocelebrativas.

<sup>35</sup> O próprio artigo 88º da Constituição estabelece que as iniciativas de lei aprovadas pelo Conselho de Ministros que serão enviadas ao parlamento devem ser acompanhadas das exposições de motivos e de toda a informação indispensável para que o parlamento se possa pronunciar sobre o mérito da iniciativa.

No que diz respeito à redacção do articulado, aplica-se o princípio da passagem do geral ao particular, do abstracto ao concreto e do normal ao excepcional. Os requisitos aplicados são a finalidade da iniciativa, as definições, o âmbito de aplicação, o articulado, as infracções e sanções, a execução e as disposições finais (temporais, revogatórias). No que diz respeito ao articulado, as orientações são que de cada artigo

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

deve constar um argumento, de cada parágrafo, uma proposição e de cada proposição, um conceito.

Foram igualmente estabelecidos parâmetros para avaliar o nível qualitativo das normas em um contributo, mais uma vez, do Centro de Estudos Constitucionais<sup>36</sup>. Esses parâmetros situam-se, em primeiro lugar, no plano da legalidade, adequação com o ordenamento jurídico em vigor e com a Constituição, tendo em consideração a repartição horizontal e vertical de competências e, em segundo lugar, no plano da exequibilidade.

As mencionadas directivas aplicam-se ao governo e à sua administração, já que têm por objecto os anteprojectos de leis que serão apreciados em Conselho de Ministros. Não são portanto aplicáveis ao trabalho parlamentar. Mas é ainda de notar que, à semelhança de todos os outros estados, a maioria das iniciativas legislativas provêm do governo, que tem ainda poder regulamentar com reserva de regulamento.

No que diz respeito ao trabalho parlamentar, a Mesa do Congresso de Deputados e do Senado aprovaram conjuntamente “Normas sobre o regime de assessoria às Comissões do Congresso de Deputados e do Senado”, pelas quais foram criadas as “Unidades de assessoria parlamentar”, constituídas por funcionários que prestam apoio técnico às comissões, que compreendem a elaboração de uma nota informativa sobre cada projecto de lei, que abarca a incidência da nova iniciativa no ordenamento constitucional e legislativo em vigor, com referência à jurisprudência, às leis regionais, ao direito comunitário e ao direito comparado; a análise técnico-legislativa da iniciativa, tendo em consideração a estrutura e a lógica das disposições, não apenas do ponto de vista formal, mas também substancial.

No Programa Nacional de Reforma, apresentado em outubro de 2005, o capítulo IV.5 é dedicado a “Mais competência, melhor regulamentação, eficiência das administrações públicas e competitividade”<sup>37</sup>. No que respeita à qualidade da legislação, o programa refere a melhoria da exposição de motivos que acompanham as iniciativas legislativas, tanto

<sup>36</sup> Montoro Chiner, M. J. Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

<sup>37</sup> <http://www.lamoncloa.es/PROGRAMAS/PNR/default.htm?idioma=es-ES>, consultado em 16 de Março de 2007.

quanto ao impacto global como quanto ao impacto económico. A iniciativa não se limita apenas ao aspecto orçamental, mas implica também um reforço do governo electrónico no âmbito do Plan Avanz@.

À semelhança da Áustria e da Bélgica, fica-se assim com a ideia de não se ter passado do plano processual e institucional para uma prática sistemática em termos de qualidade legislativa, já que, em um plano apresentado em 2005, foram reapresentadas muitas ideias que se julgavam já em plena execução.

### **Finlândia**

Tal como na Dinamarca, existe uma estreita colaboração entre o governo finlandês e o respectivo Parlamento, em especial a *Grand Committee*.

De acordo com a Constituição, a iniciativa legislativa surge, geralmente, sob proposta do governo, que segue as “Instruções para a produção das propostas do governo” (1992). Antes de serem consideradas pelo Parlamento, as iniciativas são apreciadas pelo Conselho de Estado e pelo Ministério da Justiça, que desempenha um papel nuclear na supervisão dos aspectos técnicos da produção legislativa. Apesar de cada ministério ser responsável por legislar sobre matérias da sua competência, existe um estreito relacionamento interministerial na preparação legislativa.

*A produção legislativa compreende uma fase de preparação preliminar, consulta, decisão governamental, apreciação parlamentar, ratificação, promulgação e entrada em vigor e avaliação dos efeitos após a entrada em vigor.*

Geralmente a preparação da iniciativa tem por base o programa do governo que tem aplicação mais detalhada em um “*project portfolio*”. Pode ainda ter por base orientações apresentadas em debates parlamentares, orientações do procurador-geral ou mesmo ter por base opiniões suscitadas em debate público (para além das iniciativas que executam o direito

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

comunitário). O governo deverá regularmente elaborar uma lista de todas as propostas legislativas em curso para se promover uma maior transparência no processo. A referida lista deverá ser publicada e distribuída às partes interessadas e ao Departamento de Redacção Legislativa do Ministério da Justiça.

Os critérios para a garantia da qualidade da legislação nacional que constam das acima citadas “Instruções para a produção das propostas do governo” consistem de:

- 1 – assegurar a qualidade da redacção legislativa;
- 2 – definir e monitorizar os resultados desejados;
- 3 – ter em consideração a legislação comunitária, assegurando que a redacção legislativa nacional esteja logicamente coordenada com aquela;
- 4 – ter em consideração os acordos internacionais;
- 5 – ter em consideração os direitos fundamentais contemplados na Constituição;
- 6 – redigir a iniciativa de forma perceptível aos cidadãos, para que esses possam conhecer os seus direitos e deveres pela leitura própria da lei;
- 7 – verificar que todas as propostas legislativas relativas à mesma matéria estão a ser consideradas de forma coordenada e sistemática;
- 8 – verificar que as alterações à lei constituem um exercício exequível, devendo desenvolver-se esforços no sentido de evitar uma sucessão de alterações parciais, de elaborar normas flexíveis e de reduzir o seu número. No que concerne à iniciativa legislativa, a alternativa entre regulamentação pública e auto-regulamentação deve ser considerada.

Os critérios para a avaliação do impacto das propostas legislativas constam igualmente das referidas “Instruções”:

- 1 – dever-se-á compreender suficientemente a presente situação social;

2 – os efeitos directos e indirectos da legislação e as suas alternativas devem ser tidos em conta relativamente a cada destinatário. Essa avaliação deve considerar o impacto nas autoridades públicas, na sociedade civil, nos grupos empresariais e industriais, assim como no ambiente. Os custos e todas as consequências financeiras da legislação em causa deverão ser concretamente previstas;

3 – dever-se-á ter em conta o tempo e os recursos afectos ao estudo da presente situação social e da avaliação do impacto e do acompanhamento da fase de instrução pré-legislativa. No caso de ser legislação nova, dever-se-á atentar à sua implementação e aplicação prática;

4 – o Ministério das Finanças deverá preparar princípios orientadores para a avaliação dos efeitos económicos e o Ministério do Ambiente deverá preparar princípios orientadores para a avaliação do impacto ambiental na fase de instrução pré-legislativa;

5 – os ministérios devem assegurar uma monitorização da investigação nacional e internacional e dos debates públicos.

Ainda na fase preparatória, pode-se constituir um grupo de trabalho que agrupe não apenas funcionários, mas igualmente académicos e peritos externos. Em iniciativas que têm um grande impacto na economia, na sociedade ou no ambiente, pode-se mesmo constituir uma comissão que agrupe parlamentares, representantes das organizações não-governamentais, etc., que receba um mandato escrito com os objectivos e com o prazo para o trabalho a realizar, que não pode exceder dois anos. As consultas e as audições são sempre incentivadas, mesmo nos casos em que não é constituído um grupo de trabalho ou uma comissão. Todos os relatórios são publicados e acessíveis ao público, podendo dar azo a um debate público.

Na apreciação parlamentar efectuada pelas comissões competentes em razão da matéria (que dispõem de toda a informação acima referida), são igualmente realizadas consul-

## DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

tas e audições. Todo o trabalho de apreciação parlamentar está também disponível no sítio da internet.

Na fase em que a legislação já se encontra em vigor, cada ministério deverá monitorizar o seu impacto e, se necessário, dever-se-ão preparar propostas para que sejam erradicados os efeitos indesejados. Para os diplomas mais importantes, essa avaliação *ex post* pode ser organizada de uma forma mais sistemática, nomeadamente pela elaboração de um estudo que abarque um determinado número de anos após a sua entrada em vigor.

Note-se que a Finlândia está tão avançada nesse domínio, que, para além de ter as “Instruções para a produção das propostas do governo” (1992), ainda tem: “O Manual do Legislador” (1996, que irá ser em breve revisto), “O Manual para o legislador que executa o direito comunitário” (2004), o “Guia para o legislador constituinte” (2000), “O Manual para o redactor de tratados” (2003), “Orientações para a avaliação do impacto económico” (1998), “Orientações para a avaliação do impacto ambiental” (1998), “Orientações para a avaliação do impacto nas empresas” (1999), “Orientações para a avaliação do impacto no desenvolvimento regional” (2004), “Orientações para a avaliação do impacto na igualdade de oportunidades” (2003), “Previsão das infracções e sanções penais na legislação” (2002).

Finalmente, o Parlamento também publicou um guia para orientar os parlamentares na apresentação de iniciativas legislativas.

### **França**

Em 1995, a Secretaria-Geral do Governo registou 7.657 leis em vigor (sem contar as leis de ratificação de tratados, leis de codificação e de modificação de outra lei), e os textos regulamentares (o governo tem reserva de regulamento) rondavam 100 mil.

Na França, o Conselho de Estado<sup>38</sup> funciona como um órgão consultivo do governo (artigo 39 da Constituição),

<sup>38</sup> Sobre o Conselho de Estado veja-se [www.conseil-etat.fr/ce-data/aquoi/consgou1.htm](http://www.conseil-etat.fr/ce-data/aquoi/consgou1.htm), (30.11.00) e SAURON, J.-L. L'application du droit de l'Union européenne en France. Paris : Réflexe Europe, La Documentation Française, 1995.

dando o seu parecer sobre todas as iniciativas apresentadas pelo governo, abarcando os aspectos redaccionais, a coerência interna, a inteligibilidade e a exequibilidade.

As iniciativas do governo são abrangidas pela Circular de 30 de janeiro de 1997<sup>39</sup>, relativa à elaboração, assinatura e publicação dos textos no Jornal Oficial. Essa circular é muito detalhada e estabelece as regras gerais sobre elaboração formal dos textos, exposição de motivos, consultas a efectuar (aos diferentes ministérios, ao Conselho Económico e Social, ao Conselho de Estado, às colectividades regionais e a outros organismos), requisitos processuais governamentais e parlamentares<sup>40</sup>, controlo do Conselho Constitucional, entre outros. A 26 de janeiro de 1998, foi adoptada a circular relativa ao estudo do impacto dos projectos de lei e de decretos pelo Conselho de Estado. O estudo do impacto é não só jurídico, como administrativo, social, económico, e abrange a análise custo-benefício. Esse estudo deve ser remetido ao Parlamento.

Em 2 de outubro de 2003, foi publicada uma circular (de 30 de setembro) relativa à qualidade da regulamentação. Nela se define um conjunto de orientações que visam combater a inflação legislativa e melhorar a qualidade legislativa. Solicita-se aos ministérios que adoptem uma carta da qualidade da regulamentação e designem funcionários encarregados dessa questão, e fixa igualmente as linhas orientadoras de uma reforma do processo de estudos de impacto.

Em abril de 2004, um grupo de trabalho presidido por Bruno Lasettr, conselheiro de Estado, a pedido do secretário-geral do governo, entregou um relatório intitulado "Para uma melhor qualidade da regulamentação", que visa modernizar os estudos de impacto e avaliar os custos e benefícios de uma regulamentação. O relatório preconiza uma redução dos estudos de impacto, mas que estes sejam mais exaustivos. Em particular, sugere que sejam estudadas as alternativas ao recurso à regulamentação. Propõe ainda, à semelhança do que se passa no Reino Unido, que as iniciativas em preparação sejam disponibilizadas ao público.

<sup>39</sup> Publicada em Jornal Oficial de 1 de Fevereiro de 1997, p. 1720-61.

<sup>40</sup> De notar o facto curioso de uma circular do 1º Ministro se debruçar sobre o procedimento legislativo parlamentar.

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

A Assembleia Nacional publicou, em junho de 1995, um relatório intitulado “*L’insoutenable application de la loi*”. Nesse relatório apontavam-se quatro obstáculos para uma boa actividade legislativa: uma intervenção tardia, a proliferação legislativa, a má qualidade legislativa e a fraca acessibilidade da legislação. Definiam-se depois uma série de medidas para reduzir as iniciativas legislativas e proceder a uma codificação sistemática. Previa-se ainda que o Parlamento fosse informado das iniciativas e dos relatórios sobre elas efectuados, pelo menos dois meses antes de serem apreciadas no Parlamento, por forma a preparar melhor a sua apreciação e a poder envolver os cidadãos na sua decisão.

Ainda no âmbito parlamentar, foi criado, em 1983, o “Office” de avaliação das escolhas científicas e tecnológicas<sup>41</sup>, e, em 1996, no seguimento do acima citado relatório de junho de 1995, as Leis 96/516 e 96/517, de 14 de junho, criaram, respectivamente, o “Office” para a avaliação legislativa, encarregado de verificar a qualidade e eficácia da legislação; e o “Office” da avaliação das políticas públicas, encarregado de verificar os efeitos económicos, sociais e financeiros da legislação. O primeiro inseria-se no âmbito da Comissão de Leis, sendo composto por 15 deputados e 15 senadores, e o segundo na Comissão de Finanças, sendo composto por 16 deputados e 16 senadores. Uma série de factores<sup>42</sup> contribuiram para que esses “Offices” não funcionassem, entre eles a subordinação às comissões permanentes e o facto de agruparem duas delegações das duas câmaras, com maiorias diferentes, tendo produzido escassos relatórios. Praticamente deixaram de existir quando, em 1999, foi criado, no âmbito da Comissão de Finanças da Assembleia Nacional, a “Mission d’évaluation et de contrôle”<sup>43</sup>. O Senado pretendia criar um organismo semelhante.

Uma das mais antigas e consolidadas experiências de codificação é a francesa. A codificação começou de forma sistemática em 1948 e é assegurada sempre em referência aos artigos dos códigos. Um novo programa de codificação conduziu, em 1989, à criação da Comissão Superior de

<sup>41</sup> Veja-se Duprat, Jean-Pierre, “Le parlement évaluateur”, *Revue internationale de droit comparé*, 1998, p. 551.

<sup>42</sup> Veja-se Duprat, Jean-Pierre, “Costs of Legislation for Economy - Bureaucracy and Citizens”, relatório apresentado no Fourth Congress of the European Association of Legislation, Varsóvia, 15-16 Junho 2000.

<sup>43</sup> HOCHEDÉZ, D. *Chronique budgétaire: La mission d’évaluation et de contrôle*. *Revue Française des Finances Publiques*, n. 68, p. 261-276, déc. 1999. p. 261.

<sup>44</sup> Décret n° 89-647 de 12 de Setembro 1989. Esta Comissão vem referida na Circular de 30 de Janeiro de 1997.

<sup>45</sup> Guy, Stéphane, "Une utopie: la codification", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 26, 1996.

<sup>46</sup> Veja-se sobre toda a actividade prosseguida nos anos 80, VOZZI, E. The technical drafting of legislative texts in the Italian experience. In: Karpen; Wenz (Ed.). *National legislation in the European framework*. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 152-203.

Codificação<sup>44</sup>, sob a tutela do próprio primeiro-ministro, com o objectivo de alcançar até 2001 uma codificação integral das leis e regulamentos existentes. A actividade da comissão resultou na adopção de cinco códigos entre 1991 e 1993, existindo um plano quinquenal (1996-2000) aprovado pela comissão que prevê 22 novos códigos e a reedição de 18 códigos já existentes. Trata-se de uma tarefa com grau de dificuldade inferior ao que seria de supor, por o exercício ser a direito constante. O Parlamento é envolvido por meio da aprovação dos códigos. Note-se contudo que esse ímpeto codificador é objecto de várias críticas<sup>45</sup>.

### Itália

Após os estudos efectuados nos anos 1980 por diversas comissões instituídas no âmbito governamental (Comissão Giannini-Cassese, para a reestruturação de algumas áreas legislativas, e Comissão Barettoni-Arleri, sobre a exequibilidade da legislação)<sup>46</sup> e que foram apresentados ao Parlamento, foram adoptadas a circular de 24 de fevereiro de 1986, denominada "Formulação Técnica dos Actos Normativos", e a circular de 13 de maio de 1986, com os critérios orientadores para a redacção das notas sobre actos normativos. No âmbito da Lei n° 400, de 23 de agosto de 1988, outras medidas foram adoptadas, nomeadamente a criação de um centro de coordenação técnica da legislação junto do gabinete do primeiro-ministro (quando essas funções eram anteriormente executadas no Ministério da Justiça).

Nos últimos anos, a reflexão sobre a simplificação legislativa e administrativa teve um novo impulso com o saneamento económico-financeiro e com as amplas reformas institucionais em curso. Os dados quantitativos são significativos: existem cerca de 13 mil actos com força de lei geral (na Itália existe o problema dos decretos governamentais de urgência, que são posteriormente ratificados pelo Parlamento) a que se somam 8 mil leis regionais e 5 mil actos normativos regionais regulamentares.

A simplificação foi realizada por meio das "leis Bassanini" (Lei n° 127/1997, que prevê intervenções directas de sim-

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

plificação administrativa e processual, e a Lei nº 59/1997, que prevê um mecanismo de simplificação legislativa periódica). Essa iniciativa é concretizada por uma lei anual de simplificação que o governo tem de apresentar anualmente às duas câmaras. A primeira lei anual (Lei nº 50/1999) de simplificação foi promulgada em março de 1999. Esta lei prevê que a Presidência do Conselho de Ministros melhore os métodos de elaboração, aplicação e acessibilidade legislativa, efectuando estudos sobre o estado da legislação, os instrumentos de recolha de informações, a coordenação das fontes normativas e as técnicas de avaliação dos efeitos da política legislativa, e que os transmita ao Parlamento. Prevê igualmente uma codificação por sectores que será efectuada pelo governo com base em orientações parlamentares. Introduce-se ainda, a título experimental, a análise do impacto da regulamentação (AIR). No âmbito da Presidência do Conselho de Ministros, foi criada uma “Unidade para a simplificação legislativa e processual”.

Foram as questões relacionadas com os procedimentos orçamentais que primeiro levantaram a necessidade de uma avaliação da legislação no quadro de uma cooperação interinstitucional inevitável. Segundo esse procedimento, o governo submetia ao Parlamento um relatório técnico sobre o impacto financeiro das suas opções orçamentais, como forma de responsabilização, estimulação e controlo democrático. Com a nova Lei 208/1999, a Itália optou por uma abordagem de completa reestruturação do procedimento orçamental, colocando a tónica em um acompanhamento que permite um escrutínio parlamentar por parte das comissões parlamentares competentes<sup>47</sup>.

Em 2000 foi aprovada uma directiva e, um ano depois, o novo presidente do conselho aprovou a nova directiva: “Experimentação da avaliação de impacto dos actos normativos sobre os cidadãos, empresas e administrações públicas”. O controlo da experimentação foi entregue ao Comité de Orientação, formado pelos responsáveis dos vários serviços envolvidos no processo de simplificação legislativa.

<sup>47</sup> Veja-se PALANZA, A Evaluation of legislation in Italy: methods and procedures in the Camera dei Deputati. Relatório apresentado no Fourth Congress of the European Association of Legislation, 15-16 Junho 2000, Varsóvia.

A avaliação do impacto está assim confiada aos responsáveis legislativos dos diferentes ministérios e a preparação dos funcionários ficou a cargo de um organismo autónomo, Formez. Não há no plano governativo uma orientação clara sobre a necessidade da avaliação do impacto, os projectos recebidos no Parlamento não são acompanhados desta análise e pouco se sabe exteriormente em relação aos trabalhos deste organismo<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Elisabetta Catelani, "Avaliação de impacto do actos normativos — a situação em Itália" in Legislação nº 36.

Os presidentes das duas câmaras (Câmara dos Deputados e Senado) emitiram duas circulares idênticas, em janeiro de 1997, em matéria de instrução legislativa, que visam definir os elementos considerados essenciais para a apreciação em sede de comissão das iniciativas legislativas, a começar pela avaliação da necessidade de intervenção normativa. Os pedidos de informação por parte das comissões parlamentares ao governo deverão permitir uma maior capacidade de análise prévia dos futuros efeitos da iniciativa legislativa. Em conformidade com as circulares, o regimento da Câmara dos Deputados foi alterado em 1998. Passou a exigir-se expressamente que as comissões parlamentares avaliassem a real necessidade das iniciativas, a sua coerência com o sistema normativo, a homogeneidade do texto (simplicidade, clareza e coerência interna) e a sua exequibilidade. Para o efeito, as comissões podem pedir todos os elementos que entendam necessários ao governo, o que não significa que os recebam. Existe ainda um órgão parlamentar de apoio técnico às comissões, o Comité para a Legislação, que tem por funções a avaliação da qualidade dos textos legislativos.

### Países Baixos

A qualidade legislativa é uma preocupação que data de 1968 e que foi provocada essencialmente pelos problemas de execução das normas comunitárias. Um grupo de trabalho coordenado pelo TMC Asser Instituut, sob a presidência do professor Maas, começou a debruçar-se sobre a aplicação do direito comunitário, e foi produzido um relatório, em 1974, que não só se pronunciava sobre essa específica questão, mas igualmente sobre a qualidade da legislação em geral<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> KELLERMAN, A.E. The quality of community legislation drafting. In: CURTIN, D.; HEUKELS, T. (Ed.). Institutional dynamics of European Integration, essays in honour of Henry G. Schermers. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, v. 2, p. 251-62.

## DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

Após inúmeros relatórios, os critérios holandeses para a definição do que se entende por boa legislação foram formulados nas “Directivas sobre Legislação”, de 1992<sup>50</sup>, que se baseiam em vários memorandos relativos à legislação desde 1991<sup>51</sup> e que estipulam os seguintes requisitos para uma legislação de qualidade:

- Análise da legalidade que compreende: consistência e coerência com o enquadramento normativo e o costume; avaliação de efeitos secundários relativamente a outras normas; primado legislativo do Parlamento; ponderação dos diferentes interesses; restrição da retroactividade; promulgação da lei.

- Análise da aplicação que abrange: a exequibilidade; a avaliação dos encargos para os cidadãos, organizações públicas e privadas; a investigação dos meios mais adequados para a aplicação da lei.

- Análise de eficácia que contém: a avaliação dos efeitos; a formulação precisa dos objectivos; a avaliação da decisão entre regulamentação pública *versus* auto-regulamentação;

- Subsidiariedade e proporcionalidade: investigação dos factos e circunstâncias; avaliação da relação proporcional entre efeitos e objectivos; descentralização do Poder Legislativo.

- Aspectos gerais da técnica legislativa e outros requisitos técnicos.

Esses critérios devem ser respeitados por todos os ministérios, obrigatoriamente, e servem como orientações para os parlamentares na redacção das iniciativas legislativas. O Conselho de Estado (semelhante ao Conselho de Estado Francês) tem funções de aconselhamento legislativo, assegurando a qualidade, o equilíbrio e a harmonia legislativa e a protecção dos cidadãos<sup>52</sup>. Contudo os resultados mostram que os critérios só são seguidos parcialmente<sup>53</sup>.

Embora se deva reconhecer que os critérios de avaliação são muito ambiciosos para um rigoroso e sistemático cumprimento, verifica-se que, com o Programa Nacional de Reforma apresentado em 2005, os progressos foram bastante positivos.

<sup>50</sup> Ver Directiva 254 (Directivas para a legislação alteradas pelo Primeiro Ministro, em Dezembro de 1995). Estas directivas são relativas ao nível do Governo central.

<sup>51</sup> KREVELD, van J.H. The main elements of a general policy on legislative quality: Dutch experiences. In: KELLERMANN et al. (Ed.). Improving the quality of legislation in Europe. The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 85-100.

<sup>52</sup> Veja-se relatório do Conselho de Estado de 1998, Haia.

<sup>53</sup> Dorbeck-Jung, Barbel, “Realistic Legisprudence, A Multidisciplinary Approach to the Creation and Evaluation of Legislation”, *Associations* 3 (2), Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 211-35.

## Reino Unido

A análise da qualidade legislativa no Reino Unido tem de ter em consideração a predominância do Executivo no seio do Parlamento (modelo parlamentar de Westminster), que se revela tanto em termos de tempos de intervenção no plenário como no agendamento das iniciativas legislativas. Para além da iniciativa legislativa, ainda tem poder legislativo delegado (este último regulado pelo "Deregulation and Contracting Out Act", de 1994, e controlado pela "Delegated Powers Scrutiny Committee", da Câmara dos Lordes).

Em novembro de 1992, foi publicado o Relatório Rippon<sup>54</sup>, que apresenta as conclusões do trabalho de uma comissão de estudo da Hansard Society. O relatório evidencia três tipos de problemas: o primeiro relaciona-se com a inteligibilidade da legislação vigente; o segundo com o seu carácter incompleto no sentido de que as normas são expressas de uma forma insuficiente; e o terceiro, que se interliga com o primeiro, relativo a uma excessiva pormenorização, com a contemplação de todas as possibilidades que podem ocorrer em uma determinada área, o que torna a legislação obscura e pouco compreensível.

Em 1997 foi criado um grupo de trabalho: "*The Better Regulation Task Force*". Na base da sua criação, houve a clara percepção de que a regulamentação tem impacto sobre todos os cidadãos e a visão que se tem do governo é profundamente influenciada pela maneira como é vista a sua actividade regulatória. Esse grupo de trabalho procedeu à revisão dos princípios da Boa Regulamentação, que tinham sido publicados inicialmente em 1998. Estes princípios foram adoptados pelo governo, servindo para proceder à análise de toda a legislação produzida.

Os cinco princípios são os seguintes: transparência, a legislação deve ser simples de entender e escrita em uma linguagem clara; responsabilidade, as pessoas que desenvolvem legislação nova devem responder perante os ministros e o Parlamento e ainda perante o público; especificidade, a

<sup>54</sup> Anteriormente já tinha sido publicado o Relatório Renton de 1975 sobre a redacção legislativa. Veja-se Itália, Camera de Deputati, Servizio Studi, Rapporto sullo stato della legislazione, Parte III, Dati sulla legislazione in Germania, Francia, Spagna, Regno Unito, 30 giugno 1999.

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

legislação deve dirigir-se a um problema e reduzir ao mínimo os efeitos laterais; consistência, a nova legislação deve ser compatível com a legislação já existente e deve ser previsível; proporcionalidade, o efeito que as normas têm nas pessoas deve ser identificado e deve ser encontrado o equilíbrio certo entre o risco e o custo.

Com base nesses princípios, foi elaborada uma *check list*, sendo todas as iniciativas avaliadas tomando-a como referência. Não se limitam porém a avaliar a legislação com base nesses princípios, advogam ainda a auto-regulação por grupos privados e instituições, e que o papel do governo pode ser cumprido por outras formas de intervenção, nomeadamente, informando, aconselhando e educando.

O "*Better Regulation Task Force*" foi substituído pela "*Better Regulation Commission*", em 2005, uma comissão independente que trabalha directamente para o gabinete do primeiro-ministro. Em articulação com essa comissão, foi criado um outro grupo constituído por pessoas ligadas à defesa do ambiente, às pequenas e médias empresas e a outras organizações não-governamentais. Esse grupo não é remunerado e aconselha o governo em particular, tendo em consideração as necessidades das pequenas empresas e dos cidadãos. Procedem-se ainda a sondagens sobre os efeitos da legislação, existindo um painel permanente de opinião.

No âmbito parlamentar, foi aprovado, em 23 de julho de 1997, o primeiro relatório da Comissão para a Modernização da Câmara dos Comuns, que apontou diversos defeitos à produção legislativa. Os principais defeitos consistiam na limitada ou inexistente consulta prévia relativa às iniciativas apresentadas pelo governo, não tendo os deputados uma informação suficiente sobre os problemas apresentados por cada iniciativa; no limitado aprofundamento técnico da apreciação em sede de comissões parlamentares (o debate político sobrepõe-se às escolhas técnicas); no escasso recurso ao trabalho das comissões parlamentares; introdução de emendas durante o debate parlamentar, por parte do governo, que indiciam uma instrução pré-legislativa apressada; no

excessivo aceleramento dos trabalhos parlamentares em final de sessão legislativa, o que prejudica um cuidado trabalho de apreciação (por vezes nem se dispõe de tempo para ter em consideração as alterações propostas pela Câmara dos Lordes). Aponta-se ainda que as comissões especializadas deveriam proceder a um controlo sistemático da legislação em vigor.

Em consequência do trabalho dessa comissão, foi criada, em 1998, a Comissão para a Desregulamentação, que passou a denominar-se Comissão para a Reforma Legislativa em 2002. Na Câmara dos Lordes, existe igualmente uma Comissão para a Reforma Legislativa<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> O trabalho destas Comissões pode ser visto em (acedido em 17 de Março de 2007), [http://www.parliament.uk/parliamentary\\_committees/regulatory\\_reform\\_committee.cfm](http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/regulatory_reform_committee.cfm).

Nota-se pois um esforço concertado entre o Parlamento e o governo para a melhoria da qualidade legislativa. Se a esse esforço juntarmos uma continuidade do trabalho institucional, encontram-se as razões para colocar o Reino Unido a par dos estados que estão numa fase mais avançada neste domínio.

#### **4 – Medidas que poderiam (e deveriam) ser adoptadas em Portugal**

A análise da situação em termos de qualidade legislativa em alguns estados europeus teve como objectivo compreender quais as diferentes soluções encontradas que se possam adaptar a Portugal.

Verificou-se que nas últimas décadas se registou em todos os países uma maior consciência relativamente ao problema da qualidade legislativa. Essa preocupação difere consoante a repartição de competências legislativas horizontal e vertical e as tradições jurídicas dos diferentes países; pode-se, no entanto, constatar uma certa homogeneidade das soluções teóricas encontradas, que é certamente favorecida pelo intercâmbio de experiências entre os países e pela forte influência da actividade desenvolvida pelas instituições comunitárias.

A maior parte dos países dispõe de um adequado enquadramento normativo, mas, frequentemente, a prática não corresponde às regras existentes. Assim, o legislador,

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

no próprio acto de fazer normas, ignora, ou não cumpre, dispositivos legais que antes aprovou, isto é, o legislador coloca-se fora da lei. É de salientar, contudo, a preocupação com um maior rigor na avaliação *ex ante* da necessidade de legislar, e com uma maior participação da sociedade (organizações representativas de interesses e comunidade científica) na tomada de decisão legislativa.

Em muitos países analisados existem grelhas que devem ser preenchidas por cada ministério, para cada iniciativa, mas que nem sempre são preenchidas ou enviadas ao Parlamento para o ajudar na sua avaliação política e técnica. A criação de órgãos de coordenação interministerial é também uma constante, verificando-se uma progressiva necessidade de articular as iniciativas com origem nos diferentes ministérios (o que não era completamente assegurado pelos Ministérios da Justiça e das Finanças, que, não sendo substituídos, ficam com o papel da análise da legalidade – nos países onde não existe o Conselho de Estado –, e das consequências financeiras).

Verifica-se, por último, uma grande preocupação com a acessibilidade dos textos legislativos, sendo notórios os esforços para aproximar a legislação dos cidadãos, que não é alheia à maior participação destes na tomada de decisão. Acima de tudo, essas preocupações têm por pressuposto uma consciência mais aguda, por parte dos responsáveis políticos e da comunidade científica, para o problema da credibilidade e legitimidade da função legislativa.

Em Portugal, o diagnóstico da situação está feito pelo menos desde 1989. Vivemos em uma situação de proliferação legislativa, que não é exclusiva do nosso país, com efeitos perniciosos a nível económico e de sobrevivência do próprio sistema jurídico democrático. Se por um lado exigimos a adaptação permanente das leis a um mundo em evolução científica e tecnológica vertiginosa, na era da globalização e em uma vivência supranacional, por outro lado reclamamos uma estabilidade que nos permita a assimilação e a aculturação das normas jurídicas que regem o nosso mundo<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> “Em contrapartida, a publicação das leis sucede-se em frenética catadupa, numa pirotecnia legislativa em que a sua eficácia varia na razão inversa da respectiva proliferação e em que se torna cada vez mais impossível que mesmo o mais erudito dos juristas possa conhecer todo o direito em cada momento vigente”, Pereira, Garcia, in “Justiça em crise? Crises da Justiça”, Organização e prefácio António Barreto, Publicações D. Quixote, 2000, p. 123.

<sup>57</sup> Como refere Miranda, Jorge in “Justiça em crise? Crises da Justiça”, Organização e prefácio de António Barreto, Publicações D. Quixote, 2000, p. 254 “(...) falta em Portugal a avaliação legislativa. Não basta fazer leis teoricamente óptimas, importa apreciar o modo como são aplicadas e quais os efeitos da sua execução ou inexecução”. Não podemos neste domínio deixar de referir a avaliação do Código de Procedimento Administrativo, realizado por João Caupers, Marta Tavares de Almeida e Pierre Guibentif, no âmbito do Departamento de Investigação e Desenvolvimento do INA. Numa síntese inicial é referido que “A avaliação legislativa — modalidade de investigação que visa pôr em evidência os efeitos de um acto legislativo — tem vindo, desde o início da década de 80, a adquirir importância crescente nos estudos sobre o fenómeno legislativo. Entre nós, porém, estes estudos são praticamente

Não dispomos mesmo da capacidade de informar sobre o número de actos legislativos ou normativos que temos em vigor. A Constituição mantém, desde a sua aprovação, em 2 de abril de 1976, uma norma final (artigo 290) que dispõe que o direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição se mantém, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados. Essa disposição, acrescida do recurso sistemático a formas de revogação tácitas ou genéricas, impossibilita a quantificação do número de actos normativos em vigor. A disciplina introduzida pela lei formulário poderá contribuir para uma maior certeza quanto ao direito em vigor, embora com impacto a longo prazo.

Parte das soluções legais para ultrapassar, quer o problema da qualidade, quer o problema da acessibilidade das leis, estão já há muito encontradas e estão longe de ter o exclusivo nacional. A avaliação da decisão de legislar, o levantamento do contexto normativo, a avaliação prévia do impacto das normas, a criação de mecanismos de acompanhamento e de instrumentos de acessibilidade perpassam nos textos referidos que regulam o processo legislativo no nosso país. No entanto, se há grande preocupação com aspectos formais das normas, as outras questões são, com frequência, ignoradas pelo legislador. Em particular, a avaliação prévia e posterior dos diplomas só muito raramente é feita<sup>57</sup>. Finalmente, quanto à acessibilidade, um grande esforço tem sido feito, nos últimos tempos, de divulgação de textos legais, jurisprudenciais e doutrinários actualizados. No entanto, essa divulgação tem sido feita, em regra, via internet. Ora, a percentagem de utilizadores da internet no nosso país ainda é reduzida, pelo que esse esforço tem de ser complementado pelo recurso a outros meios.

Não se justifica a importação de regras nesse domínio ou a adopção de uma receita única. A utilização de fórmulas mistas, que passem pela divulgação dos textos em suporte informático mas também em papel, a consolidação ou a compilação de textos legais ou, quando se justificar, a codificação de certas áreas do direito fazem parte do caminho a percorrer.

Como algumas das medidas mais urgentes a adoptar, propõem-se as seguintes:

DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO OU DE COMO O  
LEGISLADOR PODE SER UM FORA-DA-LEI

---

- criação de uma grelha para cada iniciativa legislativa, comum para as iniciativas legislativas em preparação na Assembleia da República e no governo, sendo o seu preenchimento da responsabilidade do autor;

- o preenchimento dessa grelha seria condição de admissão da iniciativa para apreciação em qualquer desses órgãos. A informação de não aplicável de qualquer dos itens constantes da grelha teria de ser justificada. A grelha deveria conter uma informação fundamentada justificando a adopção de uma nova iniciativa legislativa e, caso esta não fosse inovadora, a razão porque se mantinha em vigor – caso não se propusesse a sua revogação – a legislação anterior sobre a mesma matéria.

- quando as iniciativas possam ter repercussões de ordem económica, deve haver um estudo prévio de impacto de custos<sup>58</sup>.

- deveria ser criada uma comissão, ao nível do governo, e outra, ao nível da Assembleia da República, que articulassem o trabalho com responsabilidade no domínio da qualidade legislativa.

- a Imprensa Nacional deveria efectuar o levantamento da legislação em vigor anterior à entrada em vigor da Constituição, em uma primeira fase, e posterior, em uma segunda fase, em articulação com essas comissões, tendo em vista a elaboração de um repertório legislativo a actualizar anualmente.

- os diferentes ministérios deveriam proceder a uma análise da legislação em vigor relativa à matéria da sua competência<sup>59</sup> e propor medidas que visassem à sua acessibilidade, quer por meio da sua consolidação, compilação ou codificação.

- deveria proceder-se à harmonização das bases de dados legislativas com os restantes estados por forma a que os cidadãos possam consultar de forma mais fácil os diferentes *sites* (eg. Eulegis). Essas bases de dados devem estar disponíveis em sítios *on line*.

inexistentes, tendo assim o presente trabalho um carácter pioneiro, com as limitações e dificuldades que daí decorrem”.

<sup>58</sup> Conforme refere Araújo, António, “Justiça em crise? Crises da justiça”, 2000, p. 65 “Ao contrário do que muitas vezes se pensa, praticamente todas as mudanças operadas ao nível da justiça, possuem custos económicos que, de um modo geral, não são devidamente ponderados pelos autores dos códigos e das leis”.

<sup>59</sup> Vilaça, José Luís, “Regulamentação e Acompanhamento da Execução pelo Governo”, A Feitura das Leis, vol II, INA, 1986 p. 326, considera que “seria saudável que o Governo recebesse dos

órgãos competentes da Administração e das empresas públicas relatórios periódicos sobre a execução dos mais importantes diplomas, permitindo-lhe acompanhar a forma como as suas disposições são cumpridas. Igualmente a Assembleia da República poderá e deverá receber idênticos elementos, sobretudo quando relativos às leis por ela aprovadas (...) parecia-me útil que o Governo promovesse a realização de sondagens sobre o grau de cumprimento das leis pelos seus destinatários e pelo público em geral (...) não seria inútil que, como sucede nos Estados Unidos, o Governo levasse a cabo estudos de produtividade da legislação como forma de luta contra a inflação legislativa...” (as sondagens correspondem à solução inglesa de se constituir um painel de opinião).

## Referências

ARAÚJO, António. A crise da justiça portuguesa. *In: LÚCIO, Álvaro Laborinho et al. Justiça em crise? Crises da Justiça*. Prefácio de António Barreto. Lisboa: Dom Quixote, 2000. p. 63-75.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Publicação, Identificação e Formulário dos Diplomas: Breve Comentário à Lei nº 74/98, de 11 de novembro. *Legislação*, nº 22, abr./jun., 1998.

BLANCHET, Thérèse. Transparence et Qualité de la Législation. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 4, octobre/décembre. 1997. p.207-19.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação. *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Portugal, nº 1, abr./jun. 1991. p.7-14.

CATELANI, Elisabetta. Avaliação de impacte do actos normativos – a situação em Itália, IN *Legislação* nº 36, INA, jan./mar. 2004.

CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares de; GUIBENTIF, Pierre. Efeitos de algumas normas do Código do Procedimento Administrativo – estudo de caso em avaliação legislativa. *Legislação*, nº 12, jan./mar. INA, 1995.

CLARO, João Martins. A parte final das leis. *Legislação*, nº 3, março, INA, 1992;

CONFERENCE OF THE SPEAKERS OF EU PARLIAMENTS. Working Group on the Quality of Legislation. *Current practice on the quality of Legislation*. Rome, Camera dei Deputati, sept. 2000. p. 22-24.

DECKMYN, Veerle; THOMSON, Ian (ed.). *Openness and Transparency in the European Union*, IEAP, 1998.

DORBECK-JUNG, Barbel. Realistic Legisprudence. A Multidisciplinary Approach to the Creation and Evaluation of

Legislation. *Associations* 3 (2), Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 211-35.

DUPRAT, Jean-Pierre. Costs of Legislation for Economy-Bureaucracy and Citizens, relatório apresentado no Fourth Congress of the European Association of Legislation, Varsóvia, 15-16 Junho 2000.

DUPRAT, Jean-Pierre. Le parlement évaluateur, *Revue internationale de droit comparé*, 1998, p. 551.

GILLIAUX, Pascal. *Les directives européennes et le droit belge*, 1997.

CANOTILHO, Gomes. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação, *Legislação*, nº 1, abr./jun. INA, 1991.

GUY, Stéphane. Une utopie: la codification, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 26, 1996.

HOCHEDÉZ, Daniel. La mission d'évaluation et de contrôle. *Revue Française des Finances Publiques*, déc. 1999. p. 261-276.

ITÁLIA, Camera dei Deputati, Servizio Studi, Rapporto sullo stato della legislazione, Parte III, *Dati sulla legislazione in Germania, Francia, Spagna, Regno Unito*, 30 giugno 1999.

KARPEN, Ulrich. Proliferation of laws: diagnosis and therapy?: closing words. In: KARPEN; WENZ (Ed.). *National legislation in the European framework*. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 388-390.

KELLERMAN, Alfred E. The quality of community legislation drafting. In: CURTIN, Deirdre; HEUKELS, Ton (Ed.). *Institutional dynamics of European integration, essays in honour of Henry G. Schermers*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994. v. 2, p. 251-262.

KREVELD, van J. H. The main elements of a general policy on legislative quality: Dutch experiences. In: KELLERMANN *et al.* (Ed.). *Improving the quality of legislation in Europe*. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 85-100.

LESTON-BANDEIRA, Cristina. *The role of the Portuguese parliament: towards a legitimisation institution*. Relatório apresentado na Conferência ECPR Workshops: Mannheim, abr. 1999.

MAYNIAL, P. *Le droit du côté de la vie-Réflexions sur la fonction juridique de l'Etat*. La Documentation française, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Justiça em crise? Crises da Justiça*, Organização e prefácio de António Barreto, Publicações D. Quixote, 2000, p. 254.

MIRANDA, Jorge. Necessidades de um Órgão Consultivo Central? *A Feitura das Leis*, vol II, INA, 1986, p. 223-30.

MONTORO CHINER, J. *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

MULLER-GRAFF, P. C. The quality of European and national legislation: the German experiences and initiatives. In: KELLERMANN *et al.* (Ed.). *Improving the quality of legislation in Europe*. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 111-128.

OCDE, *Guiding Principles For Regulatory Quality And Performance*, 2005, Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2007.

OCDE, *Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of Government regulation, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making and Background Note*, 9 mar. 1995;

OCDE, *Report on Regulatory Reform*, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2007.

PAGANO, Rudolfo. Notas sobre as formas de simplificação e de reorganização da legislação em alguns países europeus, *Legislação*, nº 18, jan./mar. 1997, p. 22-63.

PAGANO, Rudolfo. Legislative drafting directives: towards a common model of legislative techniques? In: KARPEN; WENZ

(Ed.). *National legislation in the European framework*. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 203-226.

PALANZA, Alessandro. Evaluation of Legislation in Italy- Methods and Procedures in the Camera dei Deputati, relatório apresentado no Fourth Congress of the European Association of Legislation, Varsóvia, 15-16 jun. 2000.

PEREIRA, Garcia. *Justiça em crise? Crises da Justiça*. Organização e prefácio António Barreto, Publicações D. Quixote, 2000, p.123.

REBELO DE SOUSA, Marcelo. A decisão de legislar, *Legislação*, INA, desgravação da exposição efectuada no Curso sobre a Feitura das Leis, 1990.

RELATÓRIOMANDELKERN: relatório final do Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa. Lisboa: Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, 2002.

ROCHA, Manuel Lopes. Função do Ministério da Justiça, *A Feitura das Leis*, vol 2, INA, 1986, p. 197-217.

SAURON, Jean-Luc. *L'application du droit de l'Union Européenne en France*. Paris: Réflexe Europe, La Documentation Française, 1995.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. A decisão de legislar. *Legislação*, INA, Oeiras, 1, abr./jun., 1991, p. 15-38.

TIMMERMANS, How can one improve the quality of community legislation? *Common Market Law Review*, v. 34, n. 5, october 1997. p. 1229-1257.

TAVARES DE ALMEIDA, Marta. Regimento do Conselho de Ministros do XVI Governo Constitucional, Breves notas. *Legislação nº 37*, INA, abr./jun. 2004.

TIMMERMANS, How can one improve the quality of Community legislation?, *Common Market Law Review*, vol 34, nº 5, october 1997.

VASCONCELOS, Pedro Bacelar. *Justiça em crise? Crises da justiça*, Org. António Barreto, Publicações D. Quixote, 2000. p.408.

VILAÇA, José Luís. Regulamentação e Acompanhamento da Execução pelo Governo. *A Feitura das Leis*, vol II, INA, 1986. p. 326.

VITORINO, António. Preâmbulo e Nota Justificativa. In: VALERA, Antunes *et al.* *A feitura das leis: história da elaboração de textos legais*. Lisboa: Instituto Nacional da Administração, 1986. v. 2, p. 119-123.

VOZZI, Ernesto. The technical drafting of legislative texts in the Italian experience. In: KARPEN; WENZ (Ed.). *National legislation in the European framework*. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 152-203.

ZILLER, Jacques. Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe. In: *Actualité Juridique, Droit Administratif*, n°9, Paris, 1999, p. 635-644.



# FATORES INTERNOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E A COERÊNCIA DAS LEIS FEDERAIS

CRISTIANO FERRI

• Bacharel em Direito, mestre em Políticas Públicas pelo Queen Mary College, da Universidade de Londres, e analista legislativo da Câmara dos Deputados.

**O** constituinte da Carta Magna de 1988, no afã incontido por democracia, depois de cerca de 20 anos de governo militar, acabou por cometer seus excessos, com desmesurada abrangência e detalhamento, a ponto de definir nominalmente o valor da taxa anual de juros, por exemplo. A necessidade de reaprendizagem do jogo democrático em novo contexto, após traumática experiência autoritária, também se refletiu na mecânica do Poder Legislativo, em especial da Câmara dos Deputados. Na verdade, o arranjo intra-legislativo resultante, depois de quase duas décadas de vigência, tem acarretado “efeitos colaterais” e distorções que nos obrigam a realizar grande reflexão sobre o rumo do processo legislativo.

Tais problemas comprometem a qualidade das leis; não apenas intrinsecamente – a própria coerência interna de uma determinada lei e os meios utilizados por ela para se alcançar certa finalidade –, mas também a relação das leis entre si, o que denominamos sistema jurídico de leis. Daí decorrem a fragmentação, contradição, oposição e lacuna das leis, que causam certa confusão jurídica, favorecendo inclusive a criminalidade do colarinho branco, que sempre se aproveitou dessa confusão para encontrar aqui e ali brecha interpretativa que justifique minimamente a defesa de seus interesses.

Muitas são as causas legislativas – quer dizer, originárias no Poder Legislativo – que fomentam a existência desse mar bravio de leis, o nosso ordenamento jurídico com sua problemática. Vamos nos ater aqui a alguns fatores que consideramos relevantes nessa discussão, entre outros também merecedores de análise aprofundada em outra ocasião, como a baixa participação parlamentar na apreciação das medidas provisórias, por exemplo. Gostaríamos, no entanto, de destacar neste trabalho a sobrecarga de projetos legislativos, a confusão do sistema de comissões parlamentares, a grande flexibilidade na aplicação das normas de processo legislativo e o emendamento de última hora.

Veremos como tais fatores contribuem para a difusão da atenção parlamentar e do grande apego a circunstâncias em detrimento da perspectiva de longo prazo, que deveria vingar na formulação das grandes políticas públicas nacionais, sendo a lei seu eixo. Procuraremos enfocar aqui o processo legislativo particular da Câmara dos Deputados, onde trabalhamos há 14 anos. No entanto, arriscamo-nos a afirmar que os fenômenos analisados se aplicam, com maior ou menor intensidade, também ao Senado Federal.

### **A sobrecarga de proposições legislativas**

O processo legislativo brasileiro permite aos deputados a utilização de vários instrumentos de participação individual. Enquanto o sistema britânico, ao contrário, tem historicamente estimulado o trabalho coletivo de suporte político do

FATORES INTERNOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E A  
COERÊNCIA DAS LEIS FEDERAIS

---

Parlamento ao gabinete, o Congresso Nacional brasileiro é marcado por certa diversidade de ferramentas legislativas, que possibilitam ao legislador influenciar o processo legislativo em prol ou em oposição ao governo. Isso nos remete à seguinte tese: o Legislativo brasileiro é mais focado no trabalho parlamentar individual do que no coletivo. Nesse contexto, a proposição de um projeto de lei acaba por destacar-se como principal ato parlamentar individual de um deputado brasileiro, em detrimento de outras atividades parlamentares, como a fiscalização e o controle do Executivo, os debates, etc. O objetivo deste tópico é provar que o grande número de proposições legislativas individuais tem conturbado o sistema de leis brasileiro.

Ao contrário do parlamento inglês, que dificulta ao máximo a apresentação de proposições individuais de parlamentares, o Congresso Nacional brasileiro permite que deputados, individualmente, ou por intermédio das comissões, proponham projetos de lei. Diferentemente dos projetos de lei de autoria de comissões, proposições individuais são muito comuns na Câmara dos Deputados. Na verdade, elas representam a maioria dos projetos de lei em tramitação. Como se pode visualizar no quadro 1, deputados propuseram 94% dos projetos de lei ordinária em 2003 e 2004, os dois primeiros anos da legislatura passada.

**Quadro 1**

**Número de projetos de lei ordinária propostos em 2003 e 2004 na Câmara dos Deputados**

<b>Autores</b>	<b>Número</b>
Deputados	3.878
Comissões	70
Outros <sup>(1)</sup>	174
Total	4.122

**Fonte:** SILEG (Sistema de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados). 1º/8/05

<sup>(1)</sup> Senado, Poderes Executivo e Judiciário.

Ainda comparando com o sistema britânico, em contraste com as proposições individuais de parlamentares ingleses, cuja aprovação tem sido bem rara (NORTON, 1981, p. 100), muitos projetos de lei individuais brasileiros são convertidos em lei desde que atendam, de forma geral, aos interesses do governo, ou que não estejam em oposição a eles, pois o presidente da República pode invariavelmente usar seu poder de veto. Normalmente, a grande maioria dos parlamentares brasileiros apresenta diversos projetos de lei e passa, então, a esperar pelo momento de inseri-los na agenda política, para, só assim, conseguir a aprovação no Congresso Nacional. Como propugnava John Kingdon (1995) em sua “janela de oportunidade”, as leis mais importantes, espinhas dorsais das grandes políticas públicas, somente são aprovadas quando coincidem três fatores essenciais: problema público crônico, política pública determinada (melhor estratégia para atacar o problema) e forças políticas interessadas. Nessa conjunção, abrir-se-ia uma janela de oportunidade na agenda do Estado para que determinada política se transformasse em realidade.

O teor de um projeto de lei pode, não raro, ser apresentado por diferentes autores, com perspectivas diversas. Quer dizer, um mesmo assunto, como biotecnologia, por exemplo, pode ser objeto de inúmeras proposições, apresentadas por diferentes parlamentares, com diversas abordagens, algumas mais abrangentes, outras menos. Diniz (2002, p. 147) enfatiza o exemplo referente a três projetos de lei sobre as novas tecnologias reprodutivas apresentados em um período de seis anos. Enquanto o projeto de lei A (1993) apresentava cunho mais superficial, pois não tocava em alguns pontos cruciais da questão, o projeto de lei B enfocava os aspectos científicos (1995), sem se ater aos problemas sociais referentes ao assunto. Finalmente, o projeto de lei C era o mais progressista (1995). Mas, em cada um deles, havia alguma omissão fundamental para a questão. Nesse tipo de caso, eles tendem a se fundir em um único projeto de lei no decorrer da tramitação legislativa.

A perspectiva individual de apresentação de proposições pode, sim, incitar ao mesmo tempo a discussão mais

abrangente de uma determinada questão, com a reunião de perspectivas na tramitação conjunta, ou mesmo, pelo contrário, seccionar a abordagem em conta-gotas, o que nos parece ser prejudicial para a boa lei, já que pode certamente incorrer em inovações tópicas para questões que demandam abordagem estrutural.

De acordo com as regras internas da Câmara – Resolução nº 17/1989 (BRASIL, 1989) –, é permitido a qualquer deputado apresentar projetos de lei ordinária a respeito de qualquer assunto. A Constituição Federal (artigo 61) impede que parlamentares proponham projetos de lei relacionados à iniciativa privativa do presidente, como, por exemplo, a definição das atribuições do Ministério da Educação. Somente ao presidente é permitido propor projetos de lei a respeito desse tipo de assunto. No entanto, uma vez apresentados tais projetos pelo Executivo, os parlamentares estão livres para alterá-los com emendas.

Alguns veículos da imprensa publicam estatísticas do trabalho parlamentar periodicamente, o que obviamente causa certo impacto na opinião dos eleitores. Contudo, tais reportagens costumam conter critérios duvidosos de avaliação, como, por exemplo, atribuir maior valor ao trabalho de parlamentares que apresentem grande número de proposições.

O problema com tal critério é a relação estabelecida entre a quantidade de projetos propostos e a performance do legislador, supondo que sua principal função deva ser a apresentação de projetos de lei em série, similar à produção de carros em uma fábrica. Na verdade, a atividade parlamentar envolve várias outras funções, tais como atos relacionados ao apoio de governo ou à oposição estratégica, à fiscalização das atividades desempenhadas pelo Executivo, ao debate, à apresentação de emendas e à participação na elaboração das grandes políticas, em suma.

Entretanto, a valoração equivocada da mídia em relação à quantidade de projetos individuais apresentados tem impedido número significativo de parlamentares a apresentarem

propostas compulsivamente, muitas vezes sem qualidade técnica mínima, incluindo aí a viabilidade financeira e/ou constitucional, ou sem qualquer chance de serem aprovadas politicamente. Há fortes indícios nesse sentido: o predomínio, na pauta das comissões, de projetos de lei sem objetivo bem definido, mal elaborados, destinados a questões tópicas ou de pouco impacto, o que atrapalha a discussão das políticas estruturais realmente importantes. Confessamos ser difícil a comprovação desse fato, pois demanda pesquisa monumental, tendo em vista a dificuldade de definição dos critérios para se aferir o mérito e o alcance de cada proposição. No entanto, podemos perceber certas “pistas” por meio de uma análise mais abrangente do sistema legislativo e também pelo número de proposições realmente transformadas em lei, ou seja, com base no resultado final do processo legislativo, como veremos adiante.

O caminho normal de um projeto de lei começa na comissão permanente temática, por meio da apreciação de parecer técnico, que pode ser contrário ou favorável ao projeto. Dependendo da complexidade da proposição, outras comissões permanentes, além da Comissão de Justiça, devem apreciá-la antes de sua aprovação final no Plenário de cada uma das casas legislativas (PACHECO, 2002, p. 118). Por serem as instâncias nas quais tramita a grande maioria dos projetos de lei individuais, as comissões são também as mais afetadas pela confusão no processo legislativo e pela difusão da atenção parlamentar.

O volume de projetos de lei individuais **apresentados por deputados** (acima de 90% do total de proposições apresentadas no ano de 2005) não corresponde ao número de projetos de lei **individuais que efetivamente se transformaram em leis**. Por exemplo, 57% das leis promulgadas durante o período 2001-2005 (julho) originaram-se de projetos de lei propostos pelo presidente da República, e não por parlamentares. (SILEG, 14/7/05).

Na prática parlamentar, deputados federais mais experientes têm normalmente alguma noção da dificuldade ou

inviabilidade de aprovação de suas proposições caso não haja alteração significativa das condições políticas, sociais e econômicas do País. Por ser de mensuração complicada, faltam estudos que avaliem a viabilidade “real” das proposições em circulação no Congresso. Assim, muitos desses projetos de lei enquadram-se na chamada proposição “engodo”. É aquela por meio da qual o parlamentar quer apenas dar uma satisfação ao eleitor. Sabe que o projeto não tem chances reais, mas pode sempre apresentar aquela desculpa: “a minha parte eu fiz ao apresentar a proposição, mas sua aprovação não depende apenas de mim”.

Também é normal que o parlamentar queira lançar ou promover o debate sobre determinado assunto e o faça por meio de uma proposição, independentemente da viabilidade de sua aprovação. É a proposição “portfólio”. Não há dúvidas da legitimidade dessa hipótese. Afinal, o Parlamento é o *locus* do debate dos grandes temas nacionais. O que preocupa, no entanto, são os excessos.

Segundo Silva (2007, p. 35), dos 2.858 projetos de lei apresentados em 2003, o primeiro ano da 52ª Legislatura, geralmente o mais ativo em termos de apresentação de proposições, apenas 64 vieram efetivamente a se transformar em norma jurídica até o final da legislatura (dezembro de 2006). Dessas 64 leis, 30 decorreram de projetos apresentados por deputados, sendo que 14, ou seja, 47% dos projetos parlamentares, são proposições meramente simbólicas, como datas comemorativas, novas denominações de obras e órgãos públicos, Patrono ou Herói da Pátria, entre outras. Silva conclui ainda que, do total de 2.858 projetos de lei apresentados, 95% são de autoria dos deputados. Apenas 1,1% desse total, todavia, foi efetivamente transformado em lei até o fim da legislatura. O que aconteceu com os 98,9% restantes?

Tal levantamento nos leva à seguinte conclusão: há necessidade de limitação desse sistema excessivamente permissivo. Alguns filtros parecem necessários, como um número mínimo de assinaturas a ser exigido para a apresentação de determinado projeto de lei, similarmente ao que ocorre com as

propostas de emenda à Constituição, que requerem ao menos um terço de assinaturas da composição total da Câmara para serem consideradas inicialmente válidas. A criação de cota máxima de apreciação de proposições individuais pelo Congresso também seria uma idéia a ser estudada. Por exemplo, cada deputado poderia propor apenas cinco projetos de lei por ano. Com tais medidas simples, os parlamentares certamente seriam obrigados a selecionar e aprimorar as proposições que desejariam apresentar. A formação de uma comissão inicial de guilhotina também é outro ponto interessante, já que a validação inicial de todas as proposições, atualmente realizada pelo presidente da Câmara, por questões políticas, raramente é levada a sério. Em outras palavras, o presidente deixa de efetivar o controle de constitucionalidade e de regimentalidade – art. 137 do Regimento Interno da Câmara (BRASIL, 1989) – com rigor para não se indispor com os deputados.

### **A confusão das comissões parlamentares** **Comissões permanentes**

Cada uma das casas do Legislativo, Câmara e Senado, contém comissões permanentes e temporárias. As permanentes possuem amplas atribuições, como a apreciação de projetos de lei, a análise de emendas, a elaboração de relatórios técnicos, a fiscalização de atos do Executivo, além do controle da implementação de políticas sobre os mais diversos temas de interesse do Estado.

Tal sistema difere do inglês, onde as comissões são separadas por funções: as *select committees* objetivam fiscalizar a atuação do gabinete, enquanto as *standing committees* apreciam proposições específicas. É importante ressaltar, no entanto, que as comissões permanentes brasileiras exercem papel significativo na construção de políticas, pois é no seio dessas comissões que as grandes questões técnico-políticas são discutidas. De acordo com a norma vigente do processo legislativo brasileiro, os projetos de lei são primeiramente submetidos à apreciação de comissões permanentes e depois vão à decisão final do Plenário (MORAES, 2004, p. 555). É

claro que há algumas exceções a essa regra, como a dos projetos urgentes, que podem ser apreciados diretamente pelo Plenário, como veremos mais adiante.

Apesar de serem grupos tecnicamente orientados, as comissões permanentes são obviamente compostas por políticos muito sensíveis a variáveis políticas. Decisões políticas são frequentemente ambíguas e, por isso, não raro, diminuem a força de algumas evidências técnicas. Contudo, os debates mais técnicos e com dados mais bem fundamentados acontecem nas comissões permanentes, e não no Plenário. Elas se transformam em arena importante para os parlamentares do Congresso Nacional que escolheram estudar mais profundamente áreas específicas, buscando um certo nível de profissionalismo no trabalho legislativo – uma minoria no Parlamento brasileiro. Deve ser enfatizado, entretanto, que há uma relação entre o grau de profissionalismo nas comissões parlamentares e as ambições eleitorais de deputados e senadores. Nós percebemos isso quando comparamos os sistemas eleitorais do Brasil e dos Estados Unidos.

Apesar de o sistema eleitoral brasileiro ter sido estruturado com base no modelo estadunidense, há diferenças cruciais entre um e outro, em especial aquela relacionada à ambição política dos deputados. De acordo com Morgenstern (2002, p. 416), 94% dos parlamentares americanos que se candidataram à reeleição (88% do total) em 1996 conseguiram se reeleger, o que contribuiu para a manutenção da histórica baixa taxa de renovação do Congresso americano: 17% naquele ano. Em contraste com isso, no Brasil, a taxa de renovação em 1995 foi de 57%, uma das mais altas do continente. Naquele ano, de 70% dos parlamentares brasileiros que se candidataram à reeleição, 62% deles a conseguiram (MORGENSTERN, 2002, p. 416). Na nossa última eleição, de outubro de 2006, a renovação alcançou 46%, taxa ainda considerada relativamente alta.

Nessa linha, Samuels (2002, p. 494; 2002, p. 316) afirma haver basicamente duas teorias distintas em relação à carreira política: a ambição estática e a ambição progressiva. O

membro do Congresso que exhibe o primeiro tipo de ambição pretende construir carreira no Legislativo ao procurar alcançar sucessivas reeleições. Por outro lado, o deputado de ambição progressiva tende a usar o Legislativo como trampolim para a carreira no Executivo municipal, estadual ou federal.

Além da própria dificuldade e do caráter oneroso da reeleição parlamentar no Brasil, deputados brasileiros têm preferido tradicionalmente se envolver em questões regionais, a fim de se potencializar para futuros pleitos no Executivo estadual e municipal. Tal estratégia tem gerado mais benefícios do que a notoriedade vacilante resultante do trabalho competitivo realizado no Congresso Nacional. Não obstante, como membros do Executivo (prefeito, governador de estado ou secretário de estado), políticos brasileiros podem exercer o poder mais diretamente (AMORIM NETO; SANTOS, 2003, p. 450). Dessa forma, eles tendem a se voltar para atividades que tragam enaltecimento individual, em oposição à dedicação ao mister legislativo, que requer trabalho mais coletivo, centrado na negociação política.

De acordo com Samuels (2003, p. 45-46), a carência de incentivos para investimento na profissionalização parlamentar também afeta a motivação dos deputados para trabalhar em comissões. Segundo ele, isso se deve à fraca hierarquia interna nas casas legislativas brasileiras, que, de fato, oferecem poucos cargos para o congressista.

Os membros do Congresso dos Estados Unidos tendem a se retirar da vida política como consequência de uma derrota no processo de reeleição, o que é raro. Na verdade, a grande maioria (mais de 80%) que historicamente retorna ao Capitólio para dar seqüência à longa carreira de mandatos tende a se especializar e se profissionalizar em poucos assuntos (SCHWARTZ, 1969, p. 87). Assim, os membros do Congresso americano são mais suscetíveis de considerar os aspectos técnicos das deliberações em comissões, trazendo freqüentemente certo nível de conhecimento ao debate.

Epstein (1997, p. 293-294) reclama que as influentes comissões americanas podem exercer poder de contenção

(*gatekeeping power*) em certas áreas ao obstar o trâmite de algumas proposições para sua apreciação no Plenário. Essa postura parlamentar é resultado da reorganização legislativa, implementada em 1945 como tentativa de profissionalizar o trabalho legislativo americano. O número de comissões permanentes na *House of Representatives* foi reduzido de 48 para 19, reduzindo-se também o número de membros em cada comissão. Keefe e Ogul (1981, p. 227-229) também afirmam que o trabalho intenso de parlamentares nas comissões americanas, na sua maioria reeleitos sistematicamente ao longo dos anos, as tornam mais coesas, estimulam compromissos e geram consenso entre seus membros a respeito de assuntos básicos. Keefe e Ogul ainda frisam que propostas das comissões mais coesas do Senado têm mais chance de obter sucesso no Plenário.

No Brasil, algo similar deveria ser adaptado ao contexto nacional com o objetivo de minimizar os efeitos corrosivos da difusão excessiva do trabalho legislativo, que é consequência do grande aumento no número de comissões criadas nos últimos anos. Em julho de 2005, 72 comissões permanentes e temporárias estavam operando na Câmara (SILEG, 20/7/05). O funcionamento concomitante de várias comissões temporárias e permanentes tem gerado grande confusão no sistema legislativo, pois muitos parlamentares são membros de várias comissões e não conseguem se dedicar a todas elas de forma sistemática. Além disso, muitas das reuniões dessas comissões acontecem ao mesmo tempo, havendo choque de agendas. Conseqüentemente, todo o Legislativo é afetado, já que as comissões são o principal foro de debate legislativo.

Além da ambição progressiva dos parlamentares brasileiros e da difusão excessiva de comissões parlamentares, há um outro fator relevante que enfraquece o trabalho das comissões: a falta de estabilidade do membro de comissão (MUELLER; PEREIRA, 1999, p. 48). Na Câmara dos Deputados, cada deputado deve ser membro titular de apenas uma comissão permanente. Há atualmente 20 comissões permanentes na Câmara. No entanto, tal deputado pode ser alocado em outra comissão permanente pelo líder de seu partido na Casa.

Isso tem acontecido com frequência quando deputados de apoio ao governo, por exemplo, anunciam previamente seu voto contrário a determinado projeto de lei governista em uma dada comissão permanente. No contexto legislativo brasileiro, esse deputado pode tecnicamente votar contra tal proposição, mesmo sendo ato de indisciplina partidária. O líder de seu partido – legenda que pertence à base de apoio ao governo, por exemplo – tentaria convencer o parlamentar a votar de acordo com a posição do governo. Não obtendo sucesso, o líder pode transferir o deputado para outra comissão, apenas para evitar que efetive o anunciado voto negativo na deliberação em questão. Essa situação é rotineira na seara parlamentar. Apenas para citar um exemplo, o então líder do Partido Progressista (PP) em 2005 ordenou a substituição do deputado Ivan Ranzolin pelo deputado Mario Negromonte na Comissão de Justiça, pois o primeiro havia anunciado seu voto para a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito potencialmente prejudicial ao governo. Como o PP pertencia à base governista, o líder ordenou sua substituição por outro deputado mais disciplinado (JORNAL DA CÂMARA, jun. 2005). Tal atitude certamente afeta o profissionalismo legislativo, que deveria ser aplicado às comissões.

Enquanto essa prática legislativa tem enfraquecido o trabalho das comissões nos últimos anos, a Constituição de 1988, ao contrário, procurou fortalecer as comissões, dotando-as de prerrogativa de aprovar, em limitadas situações e de acordo com alguns critérios, projetos de lei de forma conclusiva, ou seja, dispensada a apreciação do Plenário (AMORIM NETO *et al.*, 2003, p. 557). De forma geral, submeter-se-á ao poder conclusivo das comissões as proposições que tratam de políticas mais simples ou que não afetam de forma contundente direitos individuais básicos. Proposição que trata de política criminal, por exemplo, já que restringe o direito de liberdade, precisa ser obrigatoriamente apreciada pelo Plenário das duas casas do Congresso Nacional (BRASIL, 1989).

O poder conclusivo das comissões tem funcionado como uma válvula de escape do trancamento sistemático da pauta do Plenário pela votação de medidas provisórias e de

proposições urgentes de iniciativa do presidente da República. Em outras palavras, a agenda legislativa do Plenário da Câmara dos Deputados é dominada por proposições do Executivo, que impedem, por força constitucional, a deliberação de qualquer outra proposição.

Vieira (2005), em estudo recente, compara as proposições aprovadas pelo Plenário da Câmara de um lado e, de outro, as aprovadas pelas comissões permanentes com conclusividade nas três legislaturas que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, quando o instituto ganhou a atual formatação. Ele demonstrou a diminuição de projetos aprovados pelo Plenário, muito em decorrência do trancamento de pauta de medidas provisórias e projetos com urgência presidencial, em detrimento do aumento dos projetos de lei aprovados pelas comissões (com poder conclusivo, em substituição ao Plenário), como uma válvula de escape do sistema legislativo.

Urgência é outro aspecto que mitiga o poder das comissões permanentes. Isso ocorre principalmente devido à urgência concedida a certas proposições estratégicas por meio de aprovação de requerimento da maioria absoluta da Câmara: a denominada “urgência urgentíssima”. Esse rito de tramitação acelera a tramitação de projetos de lei, permitindo, na maioria dos casos, sua sumária apreciação diretamente pelo Plenário, sem deliberação das comissões (AMORIM NETO *et al.*, 2003, p. 558).

Um segundo tipo de urgência, denominada “urgência constitucional”, pois está prevista expressamente na Constituição (artigo 64) e é prerrogativa exclusiva do presidente da República, impõe ao projeto o prazo de 45 dias para apreciação em ambas as casas legislativas. Caso isso não aconteça, nenhuma outra proposição poderá ser apreciada até que se delibere sobre o projeto em urgência, isto é, o projeto se torna prioridade número um na agenda do Legislativo. Tal urgência, no entanto, somente pode ser aplicada em projetos de lei do Executivo. Assim, além das medidas provisórias, que também possuem trâmite especial, com o mesmo poder de trancamento

da pauta após 45 dias de tramitação legislativa, o presidente dispõe dessa prerrogativa (da urgência constitucional) para impulsionar projetos originários do Executivo no Legislativo. O instrumento da urgência constitucional, exceção por natureza no processo legislativo, tem-se tornado regra no sistema brasileiro.

De acordo com Figueiredo e Limongi (1999, p. 62-63), 53% dos projetos de lei de autoria do Executivo aprovados pela Câmara de 1989 a 1994 passaram sob o rito de tramitação urgente. E, das 514 leis promulgadas durante o período 1989-1994, 282 (55%) tramitaram com urgência no Legislativo (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999, p. 58). Em trabalho mais recente (2004, p. 51), esses autores indicaram também que, de 1989 a 2001, 50% das leis aprovadas teriam tramitado em regime de urgência.

A estampa de urgência em determinado projeto de lei remete-o necessariamente à apreciação do Plenário da Câmara. No processo legislativo brasileiro, os projetos de lei devem ser necessariamente deliberados pela comissão permanente temática até a apreciação final no Plenário. Assim, os aspectos técnicos são considerados anteriormente à decisão política do Plenário. As decisões da Comissão de Constituição e Justiça, por exemplo, têm sido tomadas no sentido de rejeitar projetos de lei inconstitucionais. Entretanto, a apreciação das comissões pode ser suprimida, na hipótese de urgência, e o tal projeto ser remetido diretamente ao Plenário, que irá realizar, em substituição à comissão, o juízo de constitucionalidade. Conseqüentemente, alguns projetos de lei inconstitucionais podem ser aprovados em virtude da urgência, que gera tramitação demasiadamente acelerada.

Tornou-se já tradição na Câmara dos Deputados que alguns projetos de lei mais relevantes sejam introduzidos pelo presidente da República com o selo de urgência. Além disso, muitas proposições também importantes, mas apresentadas por parlamentares, adquirem urgência em virtude de requerimento aprovado no Plenário. Ou seja, muitas dessas proposições, estratégicas para o País, são encaminhadas diretamente

ao Plenário, privando as comissões temáticas de sua apreciação mais depurada. Isso certamente afeta a proficiência do trabalho das comissões e dos deputados, de quem mínima profissionalização na atividade de legislar deveria ser exigida (AMORIM NETO *et al.*, 2003, p. 558). No Plenário, como já dito, parlamentares têm poucas oportunidades de participar da apreciação da matéria.

### **Comissões especiais**

Além das comissões parlamentares permanentes, existem as temporárias: comissões parlamentares de inquérito, externas e especiais – artigo 33 do RI (BRASIL, 1989). Vamos nos ater apenas às últimas, já que as CPIs e as comissões externas não representam interesse direto para a questão da qualidade das leis brasileiras.

As comissões especiais são designadas para emitir parecer na análise das proposições dotadas de certas peculiaridades: propostas de emenda à constituição (PEC), projetos de código, projetos de alteração no Regimento Interno da Câmara, autorização para processo de crime de responsabilidade do presidente da República e projetos de lei complexos, que ensejem análise de mérito de mais de três comissões permanentes.

A maioria dos casos de comissões especiais se concentra na análise de propostas de emenda à constituição (25) e projetos de lei complexos (30) (SILEG, 26/7/05). Depois de 20 anos de repressão da ordem social brasileira, a Constituição democrática de 1988 foi formulada com demasiado regramento. Pela cultura legalista brasileira, direitos foram expressamente estabelecidos no texto da Constituição para garantir seu cumprimento. Alguns deles têm se mostrado incompatíveis com a evolução da sociedade brasileira, cada vez mais dinâmica a partir dos anos 1990. Por exemplo, o presidente Fernando Henrique Cardoso intensificou o processo de privatização das principais estatais brasileiras em 1995. Naquela época, o poder público monopolizava setores como telecomunicações, petróleo, água, eletricidade e outros, não

sendo permitida sua privatização pela Constituição (GIAMBIAGI *et al.*, 2001, p. 11).

A partir de então, decorreram e têm decorrido processos de alteração constitucional por meio de propostas de emenda à Constituição. Em 26 de julho de 2005, após dois anos e meio de legislatura, havia 926 propostas (ativas) de emenda à Constituição (PEC) na Câmara dos Deputados (SILEG, 26/7/05). E, para cada PEC que passou pelo controle de constitucionalidade preliminar da Comissão de Justiça, criou-se uma comissão especial exclusiva.

As comissões especiais destinadas à apreciação de projetos de lei complexos também representam parcela significativa do número total de órgãos colegiados em ação no Congresso. O Regimento Interno da Câmara determina a criação de comissão especial para analisar qualquer projeto cujo teor requeira a apreciação de mérito de mais de três comissões permanentes (BRASIL, 1989, artigo 34). Essa é, de fato, norma inteligente do ponto de vista pragmático, pois a análise da comissão especial substitui quatro ou mais apreciações sucessivas de comissões permanentes, o que economiza tempo e dinheiro. Ao contrário das comissões permanentes, que precisam ser criadas por lei (resolução da Câmara), a instalação de uma nova comissão especial depende apenas de despacho do presidente da Câmara dos Deputados.

Dois fatores principais têm historicamente influenciado o comportamento incessante dos presidentes legislativos de criar comissões especiais. Primeiro, o Congresso sempre tende a reagir aos problemas realçados pela mídia. Assim, qualquer tema importante, ou resultante de algum acontecimento social relevante, tende a desencadear reações imediatas no Legislativo. A instantânea criação de comissões especiais para a apreciação de projeto destinado a resolver problema social de visibilidade normalmente funciona como forma de agradar a opinião pública. Isso significa que o Congresso está “fazendo alguma coisa”. Apesar de algumas das comissões especiais executarem sua função institucional de elaboração de parecer

a projeto de lei, a maioria das comissões especiais acaba esquecida, não alcançando êxito nessa tarefa. Esse fato é reflexo das ações de curto prazo típicas da nossa cultura política reativa. Por esse motivo, o Congresso cria tal mecanismo de resposta imediata para satisfazer a opinião pública. Nesse sentido, Mainwaring (1997, p. 106) enfatiza que os políticos brasileiros estimulam “a formulação excessiva de políticas orientadas para objetivos políticos imediatos”.

Como consequência desse mecanismo, o Legislativo acaba não enfrentando assuntos estruturais, que impliquem em planejamento de políticas de longo prazo, resultantes de uma ação parlamentar pró-ativa e não reativa, com benefícios mais consistentes para o País. No entanto, esse tipo de estratégia não é tão atrativo para a mídia, ou, pelo menos, não tem impacto imediato na opinião pública. Além disso, políticos oportunistas levam vantagem ao enfatizar problemas que possam interessar mais imediatamente aos seus eleitores e, assim, creditá-los para a reeleição (AMORIMNETO; SANTOS, 2003, p. 450). Por essa razão, políticos preferem a participação efetiva em uma comissão especial “quente” por alguns meses a comparecer a reuniões de comissões permanentes que buscam a construção de políticas estruturais por meio de leis de larga abrangência.

Outro aspecto que estimula a criação de comissões especiais é o interesse dos líderes de partido. Eles devem indicar os membros que integram cada comissão especial (MUELLER; PEREIRA, 1999, p. 61). A composição e as funções de importância (presidência, vice-presidência e relatoria) nas comissões especiais são instrumentos de negociação política com o que se pode acomodar a ânsia parlamentar por cargos.

O resultado final desse sistema permissivo de criação de comissões é a dispersão e a ineficácia. Em final de julho de 2005, havia 55 comissões especiais funcionando concomitantemente na Câmara dos Deputados (SILEG, 20/7/05). Se nós adicionarmos a esse número outras comissões

temporárias em operação, isto é, 4 CPIs e 12 comissões externas, mais as 20 comissões permanentes, o total será de 91 comissões parlamentares em operação na Casa naquele ano.

Além disso, embora os deputados não possam participar, como titulares, de mais de uma comissão permanente, essa limitação não é válida para as comissões temporárias. Por esse motivo, a maioria dos deputados tem participado, como membros, de várias comissões temporárias ao mesmo tempo, o que afeta a qualidade dos trabalhos dessas comissões, pois seria impossível a participação efetiva e sistemática desses parlamentares.

Dessa forma, as várias comissões em funcionamento na Câmara e a difusão da participação parlamentar geram uma situação de incontrolável dispersão de atenção. É quando o abuso de liberdade gera ineficiência.

A limitação do número de comissões temporárias em funcionamento deve minimizar o problema relacionado à difusão do trabalho legislativo na Câmara. A possibilidade da criação de comissões especiais para deliberar sobre assuntos complexos é, de fato, um instrumento útil, ainda que o excesso tenha causado desorganização no processo legislativo. Há de se considerar a restrição de comissões especiais operando simultaneamente, com a definição de cota máxima (por exemplo, dez comissões especiais). Nesse meio tempo, qualquer outro projeto de lei complexo que ensejasse a criação de comissão especial deveria ser apreciado pelas comissões permanentes atinentes ao tema de seu teor. O excesso de comissões especiais desloca assuntos importantes das comissões permanentes, reduzindo, dessa forma, a importância política destas.

### **A flexibilidade das regras do processo legislativo**

Inicialmente, a peculiaridade do processo legislativo britânico sugere um interessante pontapé para a discussão

desse assunto. Enquanto as regras sobre o processo legislativo inglês têm sido consolidadas por séculos de tradição e prática, o Brasil tem experimentado alguns períodos de rompimentos abruptos da ordem política que geram mudanças radicais na prática legislativa brasileira. Foi o que aconteceu com a promulgação da Constituição de 1988. Depois deste marco constitucional, os últimos 18 anos foram caracterizados por razoável estabilidade política no País, contribuindo para certa consolidação do processo legislativo.

O processo legislativo infraconstitucional pode ser facilmente modificado por votação de maioria simples da Câmara. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17, de 1989) foi alterado mais de 30 vezes desde a sua edição em 1989 (SILEG, 15/7/05). É na aplicação do regimento com suas alterações que os problemas de consolidação tornam-se evidentes. Qualquer legislação recente precisa de ajustes e complementação na sua aplicação à realidade. Entretanto, embora seja necessário esse trabalho suplementar, isso tem provocado distorção das normas originais.

O governo e a oposição normalmente divergem sobre a interpretação do Regimento Interno (RI). Como é relativamente recente (apenas 18 anos), dúvidas e ambigüidades têm emergido da aplicação do texto nas situações legislativas mais complexas. Assim, horas de debate processual precedem normalmente qualquer apreciação de um projeto de lei mais importante.

No sistema brasileiro, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados compreende um conjunto de regras sobre o processo legislativo organizadas sistematicamente (AMARAL; GERÔNIMO, 2001, p. 11). O presidente da Câmara dos Deputados e os presidentes das comissões parlamentares impõem a aplicação das normas nas sessões de Plenário e comissões, respectivamente. Qualquer deputado pode ter dúvidas a respeito dos processos ou discordar de sua aplicação. Acontecendo isso, o deputado pode apresentar Questão de Ordem – uma indagação com base em dúvida quanto ao

procedimento legislativo – ao presidente da Câmara ou aos presidentes das comissões, que devem responder à questão e explicar sua decisão.

As decisões do presidente relacionadas às questões de ordem preenchem espaços deixados pelas normas regimentais em situações novas ou resolvem possíveis contradições entre tais normas. A questão de ordem normalmente ocorre porque, como qualquer lei, o Regimento Interno não é completo, e há fatos inusitados que ele não pode prever mas demandam ordenação. Assim, o presidente possui certa discricionariedade na sua interpretação e, por isso, pode definir “normas” complementares do processo legislativo.

Contudo, no caso de questões de ordem, o presidente da Câmara ou do Senado tende a interpretar o Regimento Interno de maneira favorável ao governo, uma vez que a eleição para a presidência das duas casas legislativas é normalmente influenciada pelo governo, por serem funções extremamente estratégicas para o Executivo. O presidente da Câmara, por exemplo, usa de grande prudência ao estabelecer a agenda legislativa (SAMUELS, 2003, p. 43). A Ordem do Dia – a parte das sessões ordinárias em que os projetos de lei são analisados e votados – é definida pelo presidente (da Câmara) depois de consultar os líderes de partido (FARIA; VALLE, 2003, p. 13, 19). O presidente tende a incluir as proposições na Ordem do Dia de acordo com a vontade do governo por geralmente pertencer à base de apoio deste.

Há um caso importante, ocorrido em 1997, que mostra a grande flexibilidade na interpretação do Regimento Interno para assegurar os interesses do governo, que, naquela época, buscava obter uma maioria sólida. Depois de ter sido apreciada a proposta de emenda à Constituição que tratava da reforma administrativa, esse texto foi submetido ao exame da comissão temporária competente, com a finalidade de simplesmente serem corrigidos os problemas de sua redação. Em outras palavras, o texto passou para o estágio final de tramitação

legislativa, e mudanças apenas superficiais, relacionadas ao aspecto lingüístico e de técnica legislativa, poderiam ser feitas, não sendo permitidas modificações de mérito. No entanto, o deputado Moreira Franco, apoiador do governo, propôs emenda de redação que, na verdade, modificou o mérito do texto. Em resposta a isso, questão de ordem da deputada Maria Laura e do deputado Miguel Rosseto contestou a aceitação da emenda. Não obstante, o então presidente da Casa, deputado Michel Temer, considerou a emenda válida, que, ao final, foi aprovada, favorecendo o governo (BRASIL, 1997).

Similarmente a esse caso, muitos outros têm ocorrido desde a implantação do Regimento Interno em 1989. Uma pesquisa que contemplasse elementos quantitativos e qualitativos seria muito importante para aferir exatamente em que grau tais decisões impactam na qualidade das leis.

Algumas tentativas de evitar interpretações circunstanciais, que distorcem o significado real das regras regimentais, foram feitas sem que tenham tido resultado positivo. Por exemplo, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania tem competência para analisar as decisões do presidente da Câmara sobre a interpretação do Regimento Interno, cabendo ao Plenário o poder de reavaliá-las. No entanto, as decisões da comissão também são afetadas por ingerência política das maiorias ocasionais, dificultando, assim, decisões mais técnicas sobre o assunto.

De fato, o modelo destoa do sistema menos discricionário de outros países. Epstein *et al.* (1997, p. 991) afirmam que os Legislativos com membros estáveis (com alto índice de reeleição), como nos EUA e no Japão, tendem a desenvolver normas internas não discricionárias. No contexto brasileiro, as regras de processo legislativo são muito recentes, e apenas o tempo e a experiência consolidarão a força dessas normas. Como o Brasil tem tido muitas constituições em quase 200 anos de história constitucional, as mudanças da ordem constitucional também geram reflexos nas “regras do

jogo” legislativo, isto é, dos processos legislativos internos. A experiência a ser alcançada nos próximos anos é o fator principal do processo de amadurecimento das instituições legislativas na aplicação das regras legislativas. No entanto, isso não isenta o prejuízo de decisões monocráticas dos presidentes das casas legislativas que possam comprometer ou desvirtuar o devido processo legislativo, cujos princípios foram erigidos em nível constitucional.

### O emendamento legislativo

Conforme vimos ressaltando, o processo de emendamento na Câmara dos Deputados brasileiro é aberto a todos os parlamentares, isso é, eles têm várias oportunidades para emendar as proposições legislativas (FERREIRA FILHO, 2002, p. 209-210). Qualquer deputado pode propor um número ilimitado de emendas individuais sem necessidade de apoio mínimo de subscrições de outros parlamentares. Há basicamente dois momentos para emendamento na Câmara dos Deputados. Isso depende se o projeto de lei será apreciado pelas comissões e depois pelo Plenário, nessa ordem, ou se ele será apreciado apenas nas comissões (MUELLER; PEREIRA, 1999, p. 46).

Contudo, a tramitação ordinária de um projeto de lei pode ser abruptamente alterada para urgente, no caso de aprovação de requerimento de urgência. A principal característica de um projeto de lei urgente é a supressão de algumas fases legislativas, entre elas a da apreciação pelas comissões, sendo discutido e votado diretamente pelo Plenário. Nesse caso, o processo de emendamento será desenvolvido somente pelo Plenário durante os debates, exatamente antes do estágio de votação (PACHECO, 2002, p. 84). Normalmente, a fase de emendamento de um projeto de lei ordinário conclusivo ocorreria nas comissões, *locus* onde as emendas tendem a ser mais bem apreciadas, com mais depuração, do que na apreciação urgente de Plenário. Essa é uma outra distorção causada pela urgência: o apressamento na deliberação de emendas.

O segundo problema quanto às emendas refere-se aos projetos de lei submetidos ao poder conclusivo das comissões. Isso acontece normalmente com as proposições mais simples, ou aquelas que não trarão grande impacto social, econômico e político. Nessa hipótese, é franqueada a apresentação de emendas em cada comissão, desde que seu teor se refira apenas à competência daquela comissão temática específica (PAULO; ALEXANDRINO, 2003, p.57). Qualquer deputado, até mesmo os não membros daquela comissão, pode propor emendas que serão apreciadas nas comissões – artigo 119 do RI (BRASIL, 1989). Ao contrário do emendamento de urgência no Plenário, o emendamento feito nas comissões funciona razoavelmente bem, na medida em que as comissões operam, na maioria dos casos, com o espaço de tempo apropriado e a organização suficiente.

Mas é no primeiro caso, durante a apreciação urgente de Plenário, que os problemas decorrentes do sistema atabalhoado de emendamento mais afetam a estrutura das políticas públicas apreciadas em forma de proposição legislativa. Nos últimos anos, a maioria dos projetos de lei e medidas provisórias inseridas na Ordem do Dia de Plenário têm sido predominantemente de tramitação urgente. As medidas provisórias são, por natureza, urgentes, embora seu rito seja regimentalmente denominado especial, o que significa, na prática, que possuem tramitação extremamente acelerada. Além das MPs, de 409 projetos de lei deliberados pelo Plenário no período de 2001 a 2005, cerca de 87% tinham o cunho de urgente (SILEG, 29/7/05).

Os projetos e as MPs mais complexos tendem a receber grande quantidade de emendas. A apreciação de projetos de lei urgentes em Plenário pode ser concluída em poucas horas, impedindo, desse modo, análise mais profunda de suas emendas. Isso acontece com frequência, pois o Regimento Interno permite que, em casos de urgência, as emendas possam ser propostas e apreciadas quase que imediatamente.

Além disso, emendas são instrumentos estratégicos no desenvolvimento do processo de negociação política. A oposição, por exemplo, pode aceitar votar favoravelmente em uma proposta do governo desde que suas emendas sejam incluídas no texto final. Como o processo é muito rápido, e as emendas podem ser propostas horas, em algumas vezes, minutos antes da deliberação, erros formais e materiais podem ocorrer no texto, trazendo problemas futuros de coerência e redação que afetam a implementação das políticas ali embutidas. A análise do conteúdo das emendas e, conseqüentemente, seu impacto no texto é normalmente tarefa complexa, demanda tempo de análise, sendo prejudicada pela pressão política do momento.

## Conclusão

A carga volumosa de proposições meramente simbólicas, ou sem vocação de aprovação, apresentadas por parlamentares individualmente tem atrapalhado o trabalho legislativo, aumentado o custo e diminuído a importância do papel do Parlamento.

Além disso, outra importante disfunção legislativa concerne à ação das comissões. Alguns aspectos têm enfraquecido as comissões permanentes, que representam o coração do processo legislativo. Um dos principais problemas passa pelo excesso de comissões especiais (temporárias) em funcionamento concomitante, que decorre da cultura do reativismo, em detrimento do planejamento de longo prazo e da necessidade de líderes partidários em acomodar demandas políticas com cargos e funções. Esse fator, aliado à elitização das grandes decisões legislativas pelo Plenário, por meio de projetos de leis urgentes e medidas provisórias, relega às comissões permanentes participação menor no trabalho legislativo. Com isso, a Câmara perde apuro técnico na apreciação de proposições e favorece os deputados, de forma geral, ao valorizar ações individuais e tópicas em detrimento de um trabalho coletivo mais sistematizado e profissional.

Como vimos, outros dois últimos pontos são também relevantes para o entendimento da problemática do sistema legislativo. O primeiro é a excessiva discricionariedade dos presidentes das casas na aplicação do Regimento Interno. Essa atitude tem afetado a funcionalidade do processo legislativo para beneficiar maiorias circunstanciais. Também o emendamento de última hora no Plenário em proposições complexas e relevantes prejudica a racionalidade e coerência do texto final das leis.

De fato, as instituições brasileiras contribuem para a maximização do interesse próprio dos parlamentares e a formação de células individuais, tais como a incessante criação de comissões de curto prazo, por exemplo. Isso os torna o que Starr (1988, p.16) denomina de *free-riders* ou *rent-seekers*. Tal atitude causa difusão, incoerência e ineficiência do trabalho coletivo legislativo, o que tem afetado relevante função do Estado: a formulação de políticas públicas.

Consequentemente, mudanças no sistema processual são indispensáveis para a diminuição dos instrumentos individuais disponíveis aos membros do Congresso Nacional e a regulação do número de comissões parlamentares especiais em funcionamento. Estaríamos, dessa forma, atacando alguns dos principais fatores que fazem do Legislativo um Poder conturbado e pouco eficaz.

## Referências

AMARAL, Gardel; GERÔNIMO, Miguel. *O processo legislativo na Câmara dos Deputados: análises temáticas*. Brasília: Ed. do autor, 2001. 279 p.

AMORIM NETO, Octávio. *Presidential cabinets, electoral cycles, and coalition discipline in Brazil*. In: MORGENSTERN, Scott, NACIF, Benito (Ed.), *Legislative politics in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

AMORIM NETO, Octávio; COX, G. W.; MCCUBBINS, M. *Agenda power in Brazil's Câmara dos Deputados: 1989-1998*. World Politics, v. 55, n. 4, 2003, p. 550-578.

AMORIM NETO, Octávio; SANTOS, Fabiano. *The inefficient secret revisited: the legislative input and output of Brazilian Deputies*. Legislative Studies Quarterly, v. 28, n. 4, nov. 2003. p. 449-479.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Questão de Ordem nº 10.443, proposta em 9 de outubro de 1997*. Proponentes: Deputados Maria Laura e Miguel Rosseto. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/processo/legislativo/internet/legislacao/regimentointerno.html>>.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Sistema de Informações Legislativas – SILEG. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.

DINIZ, D. *New reproductive technologies, ethics and gender: the legislative process in Brazil*. Developing World Bioethics, v. 2, n. 2, 2002, p. 144-158.

EPSTEIN, D. *An informational rationale for committee gatekeeping power*. Public Choice, v. 91, 1997, p. 271-299.

EPSTEIN, D. *et al. A comparative approach to legislative organization: careerism and seniority in the United States and Japan*. American Journal of Political Science, v. 41, n. 3, 1997, p. 965-998.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de; VALLE, Juliana Carla de Freitas. *Legislativo do Brasil: Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. 41 p. (Série fontes de referência. Guias e manuais, 13).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 303 p.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999. 231 p.

GAETANI, F. *Public management policy change in Brazil: 1995-1998*. *International Public Management Journal*, v. 6, n. 3, 2003, p. 327-341.

GIAMBIAGI, F.; PINHEIRO, A.; MOREIRA, M. M. *Brazil in the 1990: a successful transition?* Rio de Janeiro: BNDES, 2001. (Textos para discussão n. 91). Disponível em: <[http://www.federativo.bndes.gov.br/bf\\_bancos/estudos/e0001765.pdf](http://www.federativo.bndes.gov.br/bf_bancos/estudos/e0001765.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2005.

JORNAL DA CÂMARA (2005), Ano (year) 7, n. 1439, in 2/7/05

KEEFE, William J.; OGUL, Morris S. *The American legislative process congress and the states*. 5. ed. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1981.

MAINWARING, Scott. *Multipartism, robust federalism, and presidentialism in Brazil*. In: MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew Soberg (Ed.) *Presidentialism and democracy in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MAINWARING, Scott; LINÃN, Anibal Perez. *Party discipline in the Brazilian constitutional congress*. *Legislative Studies Quarterly*, v. 22, n. 4, nov. 1997, p. 453-483.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

MORGENSTERN, Scott. *Explaining legislative politics in Latin America*. In: MORGENSTERN, Scott; NACIF, Benito

(Ed.), *Legislative politics in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. *Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 43, jun. 2000, p. 45-67.

NORTON, Philip. *The commons in perspective*. Great Britain: Billing and Sons, 1981

PACHECO, Luciana Bicalho. *A tramitação de proposições na Câmara dos Deputados: do início à fase das comissões*. Brasília: Aslegis, 2002. 120 p. (Série monografias, 1).

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Processo legislativo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. 213 p. (Coleção síntese jurídica, 8).

SAMUELS, David. *Ambition, federalism, and legislative politics in Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 248 p.

SAMELS, David. *Progressive ambition, federalism, and pork-barreling in Brazil*. In: MORGENSTERN, Scott; NACIF, Benito (Ed.). *Legislative politics in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SCHWARTZ, B. *American constitutional law*. Westport (USA): Greenwood Press, 1969.

SILVA, Ziziane C. França e. *O impacto das leis simbólicas propostas e aprovadas na Câmara dos Deputados: produção ou inflação legislativa?* Monografia apresentada no curso de Especialização em Processo Legislativo da Câmara dos Deputados, 2007.

STARR, P. *The meaning of privatization*. Yale Law and Policy Review, v. 6, 1988, p. 6-41.

FATORES INTERNOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E A  
COERÊNCIA DAS LEIS FEDERAIS

---

VIEIRA, Fernando Sabóia. *O poder de apreciação conclusiva das Comissões da Câmara dos Deputados: uma avaliação*. 2005. 89 f. Monografia do Curso de Especialização em Gestão Legislativa da Universidade de Brasília.



# PODER LEGISLATIVO E SUAS CONSULTORIAS INSTITUCIONAIS

FLÁVIA PESSOA SANTOS<sup>1</sup>  
GABRIELA HORTA BARBOSA MOURÃO<sup>2</sup>  
GUILHERME WAGNER RIBEIRO<sup>3</sup>

Reflexões sobre o assessoramento parlamentar e a experiência da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais

**H**á vários modelos de assessoria parlamentar que podem coexistir e atuar de forma complementar no Parlamento. Dentre eles, destacam-se as assessorias de bancada, de partido político e de gabinete parlamentar, geralmente compostas de servidores de livre nomeação, e as assessorias institucionais, que podem ser compostas de servidores de livre nomeação ou de servidores de carreira. Este trabalho dedica-se ao exame da assessoria composta exclusivamente de servidores de carreira, aqui denominada Consultoria Legislativa Institucional.

Algumas casas legislativas adotam, com exclusividade, o assessoramento de gabinete, que é de natureza pessoal, exercido por servidor da confiança do parlamentar. Nesse caso, o assessor é nomeado para ocupar um cargo em

<sup>1</sup> Consultora da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, especialista em Poder Legislativo pelo IEC-PUC Minas, gerente-geral da Consultoria Temática da ALMG.

<sup>2</sup> Redatora da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, especialista em Poder Legislativo pelo IEC-PUC Minas, ex-gerente de Redação da Consultoria Temática da ALMG.

<sup>3</sup> Consultor da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, professor de Direito Constitucional da PUC Minas e doutorando em Ciências Sociais da PUC Minas.

comissão, de recrutamento amplo, conforme possibilita a Constituição Federal ao estabelecer critérios de acesso ao serviço público. Esse assessoramento é de natureza técnico-política, sendo desejável, portanto, que o assessor se identifique com os compromissos políticos, partidários e ideológicos assumidos pelo parlamentar.

A consultoria legislativa institucional, objeto de nossa análise, é composta de servidores ocupantes de cargo efetivo, selecionados por concurso público, conforme a regra geral estabelecida pela Constituição Federal para o acesso aos quadros funcionais da Administração Pública. Esse tipo de assessoramento, ao contrário do exemplo anteriormente mencionado, é de natureza eminentemente técnica, o que significa dizer que o servidor que o presta deve sempre buscar a isenção, de forma a não permitir que o seu trabalho seja influenciado por suas convicções político-ideológicas.

A consultoria institucional é adotada por poucas casas legislativas do País, sendo as mais conhecidas a da Câmara dos Deputados, a do Senado Federal – ambas do Congresso Nacional – e a da Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Outras assembleias legislativas fizeram, recentemente, a opção por esse tipo de consultoria, como as dos Estados de Goiás e do Rio Grande do Sul.

Há tantos argumentos contrários quanto favoráveis à adoção desse modelo de consultoria institucional. Entre os argumentos contrários, há os que sustentam a inadequação de um assessoramento eminentemente técnico em uma casa política, pois tal assessoramento seria insuficiente para o atendimento integral das necessidades do parlamentar. Há, por outro lado, os que defendem a conveniência do modelo de consultoria institucional para os parlamentos em que as taxas de renovação do corpo parlamentar são muito elevadas, como ocorre no Brasil. Nesse caso, a consultoria, por ter um caráter de permanência, exerceria o papel de “memória” da Casa, garantindo que não houvesse interrupção abrupta dos trabalhos legislativos a cada início de legislatura. Matérias importantes podem tramitar durante muito tempo nos parlamentos

e a existência de um órgão técnico permanente assegura o acúmulo de informações e o aprofundamento dos debates, evitando que a discussão retorne a seu ponto inicial a cada mudança de relator e a cada início de legislatura.

Todos esses argumentos encontram respaldo na realidade fática dos parlamentos brasileiros. Todavia, como já foi dito, podem conviver e atuar de forma complementar nas casas legislativas vários modelos de assessoramento. Nos EUA, por exemplo, há assessorias de bancada e de comissão, esta última selecionada pelo presidente do órgão colegiado. Tais assessorias têm o suporte do *Congressional Research Service*, órgão de assessoramento composto de servidores do quadro permanente do Poder Legislativo. A coexistência de assessorias também ocorre nas casas legislativas do Congresso Nacional e na Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, o que pode ser bastante vantajoso para o trabalho parlamentar, conforme tentaremos demonstrar oportunamente, ao relatarmos a experiência da consultoria institucional desta última.

### **Parlamento e sociedade do conhecimento**

No contexto mundial, a profunda transformação social decorrente do processo de globalização da economia, intensificado nas últimas três décadas, tem, entre suas características, a valorização do conhecimento como bem de mercado. Assim, a capacidade de produção e de assimilação de informações e de conhecimento é fundamental para que empresas, regiões ou países se insiram na economia globalizada.

O quadro não é diferente para as instituições públicas e, no campo de nossas preocupações, para o Poder Legislativo, porque, conforme já afirmamos, o seu desempenho depende cada vez mais de informação e conhecimento. Com efeito, no campo da produção normativa, não é difícil perceber que a produção legislativa requer cada vez mais a contribuição de especialistas. Basta pensar no desafio de se regulamentar temas como *software*, biotecnologia, biomedicina e energia nuclear, cuja terminologia foge à compreensão do cidadão comum. Não

mais se admite, contudo, que a complexidade de determinado assunto autorize a sua retirada do espaço público e o seu confinamento em determinadas instâncias burocráticas.

Há, todavia, uma nítida distinção entre os tipos de conhecimento produzido nos três Poderes. O Poder Executivo apresenta condições diferenciadas de produção de informação e de conhecimento relativos ao funcionamento do Estado. Pela dimensão de seu aparato técnico, que envolve grande número de profissionais, por sua atuação direta no processo de formulação e implementação das políticas públicas, o qual exige conhecimento técnico especializado, e pelo controle da geração de informações de caráter financeiro, é nítida a sua superioridade sobre os demais Poderes. Pode-se afirmar, nesse sentido, que há uma assimetria informacional entre o Poder Executivo e os demais Poderes.

A divulgação da informação e do conhecimento produzidos no âmbito do Poder Executivo sofre, no entanto, os efeitos do princípio hierárquico que organiza esse Poder. É comum que essas informações e conhecimentos fiquem confinados no ambiente onde foram gerados e sejam utilizados apenas de acordo com o interesse governamental.

No Poder Judiciário, o conhecimento produzido é predominantemente jurídico. Há eventualmente a necessidade da intervenção de perícias técnicas para subsidiar os argumentos das partes do processo, mas é o conhecimento jurídico que pauta toda a condução do trabalho. A prevalência desse conhecimento pode ser facilmente identificada pela utilização de uma linguagem jurídica especializada, de domínio exclusivo dos profissionais da área, o que explica em parte a dificuldade de diálogo entre esse Poder e a sociedade.

No Poder Legislativo, a convivência de correntes heterogêneas de pensamento e de forças antagônicas de pressão permite um significativo aporte de informações, o que torna peculiar o conhecimento ali produzido.

Políticos, técnicos, acadêmicos e representantes dos setores interessados nas matérias em discussão no Parlamen-

to trocam informações e conhecimentos em distintos momentos e instâncias de uma casa legislativa. Esses grupos, aliás, não são homogêneos, o que significa dizer que pode haver troca de informações também no interior de cada um deles. Técnicos do Poder Executivo com frequência trocam informação e conhecimento com os do Poder Legislativo no exame das proposições. O pluralismo persiste até mesmo no interior de cada um desses grupos, pois, comumente, há divergências entre os próprios técnicos sobre um determinado assunto.

Nesse sentido, o Parlamento é palco privilegiado para o que chamamos de pluralismo cognitivo e Boaventura de Sousa Santos chama de "ecologia de saberes", que

*consiste na promoção de diálogos entre o saber científico ou humano, [...] e saberes leigos, populares, tradicionais, urbanos, camponeses [...] que circulam na sociedade.*

[...]

*A ecologia de saberes são conjuntos de práticas que promovem uma nova convivência activa de saberes no pressuposto de que todos eles, incluindo o saber científico, se podem enriquecer nesse diálogo. (2004, p. 76).*

Essa convivência de conhecimentos no Parlamento não é necessariamente harmoniosa e pautada pelo respeito mútuo e pela disposição para a colaboração recíproca. Ela ocorre no calor do jogo político, em meio a conflitos de interesses, e é marcada pela assimetria informacional, que desiguala os atores nesse processo. Essa dinâmica é nítida na relação entre Poder Executivo e Poder Legislativo: o Poder Executivo, ao submeter determinada proposição ao Poder Legislativo, não apresenta necessariamente todas as informações que a justificam; cabe ao Poder Legislativo trazê-las à tona a fim de conduzir os debates e formular questões pertinentes sobre a matéria, e, para tanto, deve dispor de uma base consistente de conhecimentos e de informações.

A assimetria existe também dentro do próprio Poder Legislativo, entre maioria e minoria, entre líderes e liderados,

entre relator e seus pares, etc. Contudo, é nesse processo conflituoso que surgem condições e possibilidades para que o pólo desfavorecido na referida assimetria se aproprie de conhecimentos e de informações importantes para sua ação (Herscovici, 2004, p.12), permitindo a eventual redução dessa assimetria, com a conseqüente ampliação do espaço democrático e da legitimidade da representação.

A assimetria informacional ocorre também entre o Poder Legislativo e a sociedade, sendo que, com freqüência, determinados setores da sociedade detêm mais conhecimento e informação sobre o assunto em pauta no Parlamento do que o próprio Poder Legislativo. Referindo-se à participação de setores da sociedade no processo de produção legislativa, o professor José Eduardo Faria faz o seguinte alerta:

*[...] tem ficado particularmente evidente [...] [que] os Poderes Executivo e Legislativo cada vez mais procuram dividir ou partilhar essa responsabilidade, por meio de sistemas de consultas públicas, painéis de discussão, entendimento com setores sociais interessados, colaboração com comunidades profissionais estruturadas, assessoria de centros de pesquisa, diálogo com instituições universitárias de elite e pedidos de relatórios técnicos e pareceres a cientistas, peritos e especialistas das mais diferentes áreas do conhecimento. No entanto, até que ponto esses mesmos especialistas, peritos e autoridades científicas não podem aproveitar-se da assimetria de informações em suas áreas de atuação para manipular, ocultar, justificar e/ou desqualificar, com argumentos pretensamente técnicos, decisões não técnicas, juízos de valor e preferências políticas? (2002, p. 86).*

Essas questões remetem precisamente ao papel da consultoria legislativa, qual seja o de oferecer aos parlamentares suporte técnico especializado, de forma a reduzir a assimetria informacional e deixar o Parlamento em condição de atuar em um contexto em que o conhecimento e a informação adquiriram uma centralidade na dinâmica de seu relacionamento com os demais Poderes e com a sociedade.

Do ponto de vista da interação entre o agente político e a burocracia, o relacionamento da consultoria legislativa com o parlamentar reproduz os mecanismos descritos pela teoria do agente e do principal, segundo a qual o povo é o principal e os políticos seus agentes, mas os políticos são os principais em relação à burocracia, que seria seu agente (KIEWIET; McCUBBINS, 1991). Nessa teoria, o principal compartilha o seu poder com o agente na expectativa de que esse compartilhamento potencialize o seu poder. Assim, os políticos compartilham seu poder com o técnico na expectativa de que este, com o saber especializado de que dispõe, amplie-lhe o poder, implementando suas decisões. Sob esse prisma, deve-se reconhecer que uma orientação técnica bem fundamentada pode alterar a qualidade do jogo político e, na maioria das vezes, fazer a mediação do debate, propiciando a convergência de posicionamentos para uma tomada de decisão mais equilibrada.

É nesse mesmo contexto porém que se pode verificar o fenômeno da tecnocracia, quando os técnicos utilizam de seus conhecimentos não para ampliar o poder dos políticos, mas para usurpá-lo, passando a tomar decisões políticas sob o argumento de se tratar de questões técnicas, sem que tenham legitimidade para isso. Essa é a preocupação de Norberto Bobbio ao se referir às sociedades industriais, não importando se regidas por economias capitalistas ou socialistas, em que “são aumentados de maneira sempre mais acelerada os problemas que requerem soluções técnicas não confiáveis senão aos competentes, donde deriva a tentação de governar através dos puros técnicos ou tecnocracia.” (1979, p. 41).

A relação entre o político e o técnico há que estar bem delimitada quanto aos respectivos campos de atuação – o domínio sobre determinados conhecimentos e técnicas jamais pode servir de pretexto para que o consultor exorbite de seu campo de atuação.

### **As consultorias legislativas institucionais**

A consultoria legislativa institucional de caráter permanente atua com o objetivo de difundir conhecimentos técnicos

a todos os membros do Parlamento, independentemente de sua filiação partidária. O conhecimento acumulado pela consultoria institucional é regido por normas que buscam assegurar sua neutralidade e disponibilidade geral, ao passo que o conhecimento acumulado por uma assessoria de gabinete ou de bancada é político-ideológico e fica restrito a seu meio.

A consultoria legislativa institucional pode contribuir de forma decisiva para que haja uma efetiva interação dos conhecimentos e informações que circulam nas casas legislativas e conseqüente redução da assimetria informacional, definida anteriormente.

Não se quer com isso afirmar que a consultoria possa igualar as condições de acesso à informação entre todos os membros da casa legislativa, porque o quadro de assimetria informacional existente entre eles decorre sobretudo da configuração política definida nas eleições e das regras que regem o processo legislativo, em especial, as regimentais. Como exemplo de uma dessas regras, comumente encontrada nos regimentos internos, podemos citar a que determina que seja indicado um relator, escolhido entre parlamentares integrantes de uma comissão técnica, para examinar e emitir parecer sobre determinada proposição em tramitação. Nesse contexto, é inevitável que o relator tenha acesso a um volume maior de informações em relação aos demais deputados, pois não apenas recebe assessoramento direto da consultoria institucional, em virtude de disposições regimentais, como também é munido de informações pelos setores interessados na matéria. Todavia, o fato de assessorar diretamente o relator não impede que a consultoria preste também esclarecimentos, em linhas gerais, sobre os aspectos técnicos da proposição, aos deputados que os solicitarem, contribuindo assim para que haja uma maior circulação da informação.

A redução da assimetria informacional ocorre também em situações em que a consultoria atua como mediadora técnica de debates em reuniões que tenham a participação de parlamentares das mais diferentes correntes políticas, de seus assessores, de representantes dos setores interessados, como

entidades de classe, e do próprio governo, identificando, explicitando e esclarecendo os pontos de divergência e de consenso, o que permite a circulação de informações que, de outra forma, ficariam restritas a um grupo menor.

Deve-se ressaltar que esse papel que o consultor desempenha na dinâmica do processo legislativo propicia o permanente confronto de situações concretas, trazidas à tona no decorrer dos debates, com os estudos sistemáticos sobre a matéria, muitas vezes circunscritos aos bancos da academia, transformando e qualificando o conhecimento técnico de que dispõe esse profissional.

Para que se compreenda a dinâmica do assessoramento técnico, é necessário identificar algumas regras e princípios que devem pautar o comportamento dos consultores no Parlamento, com maior ou menor intensidade, dependendo das circunstâncias e das peculiaridades do trabalho a ser desenvolvido.

Primeiramente, como já foi mencionado, é indispensável que a consultoria mantenha sigilo e discrição no atendimento aos parlamentares, para que haja confiança do corpo político nos trabalhos desse órgão técnico.

Além do sigilo, a imparcialidade é outro princípio norteador da conduta dos consultores. Não se pretende impor ao consultor uma passividade absoluta no processo de apreensão da realidade e na sua transformação em conhecimento. Esse processo está inevitavelmente marcado pelas singularidades do próprio sujeito que conhece, sendo impossível, portanto, construir um conhecimento que seja despido dessas influências. Ao apontar a imparcialidade como uma meta a ser alcançada, o que se busca é o que Pedro Demo chama de "esforço de objetivação", ou seja, o esforço, sempre incompleto, de tratar a realidade como ela é. Não é mais a objetividade dos positivistas, mas

*um compromisso metodológico de dar conta da realidade da maneira mais próxima possível. É, pois, a tentativa*

*de, na relação entre sujeito que conhece e objeto que é conhecido, não deixar a balança pender para nenhum dos lados e ter sempre em mente que o conhecer se dá na relação que se estabelece entre ambos. (2000, p. 28).*

A almejada imparcialidade pode ser objetivada quando, por exemplo, o consultor leva ao conhecimento do parlamentar todas as correntes ou posicionamentos teóricos relativos a determinada matéria, ainda que a consultoria tenha preferência por um deles, permitindo que o parlamentar adote, com segurança, a opção que lhe pareça mais adequada.

A função da consultoria exige também do consultor o desenvolvimento da habilidade de comunicação (SERAFINO, 1997), porque, diferentemente de outros especialistas, como os juízes e os acadêmicos, o consultor dialoga com o não-especialista, seja o parlamentar, seja outro ator social que atue no Parlamento. Boaventura de Souza Santos conceitua tal habilidade como "trabalho de tradução" e o define como

*procedimento que permite criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis como as possíveis [...] O trabalho de tradução incide tanto sobre os saberes como sobre as práticas [e os seus agentes]. [...] Consiste no trabalho de interpretação entre duas ou mais culturas com vistas a identificar preocupações isomórficas entre elas e as diferentes respostas que fornecem para elas. (2006, p. 124).*

É preciso, pois, que o consultor se expresse, em suas manifestações orais ou escritas, de tal forma que as pessoas não versadas na matéria possam compreendê-lo. A capacidade de comunicação pressupõe também habilidade para identificar e organizar interesses plurais, de forma a incorporá-los segundo as composições efetuadas no decorrer do processo de discussão de questões afetas à atividade parlamentar. E, ainda, para que possa atuar adequadamente na organização desses interesses e apresentar alternativas politicamente viáveis, é preciso que o consultor tenha compreensão do panorama político do Parlamento e da composição das forças atuantes em determinada conjuntura.

Outro pressuposto para a eficácia do assessoramento prestado pelo consultor é o conhecimento da técnica legislativa, que compreende o domínio das regras do processo legislativo e dos padrões lingüísticos próprios dos textos normativos e parlamentares.

Por fim, no contexto de uma sociedade em permanente processo de transformação, o consultor deve estar atento e receptivo a mudanças paradigmáticas que impliquem a adoção de novas condutas e metodologias, abandonando, quando necessário, práticas e exegeses acolhidas no passado.

### **A consultoria legislativa institucional da Assembléia Legislativa de Minas Gerais**

A Gerência-Geral de Consultoria Temática, órgão técnico de caráter permanente composto de cargos efetivos da carreira do Quadro de Pessoal da Secretaria da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, tem por competência prestar assessoramento e consultoria temática às comissões e aos deputados no processo legislativo e nos procedimentos político-parlamentares; desenvolver programas de pesquisa e realizar estudos técnico-científicos necessários à elaboração legislativa e às manifestações político-parlamentares; elaborar instruções legislativas e minutas de parecer e proposições e outros documentos parlamentares, nos termos da Resolução nº 5.086, de 31 de agosto de 1990.

A formação desse órgão teve início no começo da década de 1980, com a criação do Conselho de Informação e Pesquisa, que tinha por atribuição “avaliar e aprovar os programas e projetos das áreas de informação, pesquisa e documentação de interesse da Assembléia Legislativa”<sup>4</sup>. Esse conselho ficou responsável pela edição de uma publicação mensal, denominada "Indicador", dedicada a estudos de caráter técnico e científico que subsidiavam os trabalhos legislativos.

Em 1985, foi instituída a Consultoria Legislativa e Parlamentar, com a atribuição de elaborar proposições e responder a questões de natureza técnica<sup>5</sup>. Nessa época, foi

<sup>4</sup> Art. 1º da Resolução nº 2.625, de 29 de janeiro de 1981.

<sup>5</sup> Resolução nº 3.800, de 30 de novembro de 1985.

criada também a Coordenação de Pareceres, vinculada ao Departamento de Comissões, ocupada por servidores de livre nomeação que auxiliavam os deputados na elaboração dos pareceres. Em 1990, as atribuições do Conselho, da Coordenação de Pareceres e da Consultoria foram reunidas no Departamento de Consultoria e Pesquisa<sup>6</sup>, reproduzindo movimento similar ocorrido na Câmara dos Deputados no início da década de 1970, conforme consta do *site* desta casa legislativa:

<sup>6</sup> Resolução nº 5.086, regulamentada pela Deliberação nº 458, ambas de 31 de agosto de 1990

*O assessoramento legislativo institucional da Câmara dos Deputados teve início em 1971, com a criação da Assessoria Parlamentar, então subordinada ao Centro de Documentação e Informação, e da Assessoria Técnica Especializada, vinculada ao Departamento de Comissões. Apesar de contarem com atribuições distintas, essas assessorias, em suas atuações, revelaram uma superposição de papéis, em razão do que foram unificadas em 1973, dando origem ao que se chamou de Assessoria Legislativa, posteriormente denominada Consultoria Legislativa.*

Pouco depois dessa unificação na ALMG, foi editada a Deliberação nº 473, de 17/10/1990, que estabelece normas para a prestação, pelo Departamento de Consultoria e Pesquisa, de assessoramento e consultoria ao deputado no processo legislativo e nos procedimentos político-parlamentares.

Dois medidas colaboraram para conformar o trabalho da Consultoria tal como se apresenta hoje. No início da década de 1990, foi determinado ao consultor, que já tinha a atribuição de elaborar minutas de parecer sobre as proposições distribuídas às comissões, que passasse também a acompanhar as reuniões da comissão em que os pareceres seriam discutidos. Até então, a Consultoria limitava-se a encaminhar ao gabinete parlamentar, por escrito, os trabalhos técnicos que lhe eram solicitados, não havendo uma relação de maior proximidade entre o corpo técnico e o político. O acompanhamento dos debates nas reuniões de comissão e nas audiências públicas inseriu o consultor na dinâmica dos trabalhos parlamentares,

exigindo dele habilidade para prestar assessoramento técnico em um contexto político.

A outra medida adotada foi o encaminhamento dos autos de todas as proposições legislativas à Consultoria para apreciação técnica após a indicação dos relatores pelo presidente da comissão, o que contribuiu decisivamente para que aquele órgão assumisse um papel coadjuvante no exame das proposições que tramitam na Casa.

Sempre se resguardou, porém, a prerrogativa do relator de elaborar o parecer em seu gabinete. Entretanto, há algum tempo vem se sedimentando movimento em sentido inverso na Assembléia Legislativa de Minas Gerais, com a ampliação da confiança dos parlamentares nos técnicos da Casa. Isso se evidencia pela maior frequência com que esses profissionais têm sido convocados a participar de reuniões com setores interessados em matérias em discussão na Casa ou com técnicos do governo e, por vezes, representantes de outras forças políticas.

A Consultoria da ALMG funciona hoje com 60 consultores e 10 redatores, além dos servidores da equipe de apoio. O órgão está dividido nas seguintes áreas temáticas: Direito Constitucional; Direitos Humanos; Meio Ambiente; Educação e Cultura; Economia e Finanças; Acompanhamento Orçamentário; Redação; e Análise de Processos. A Gerência de Análise de Processos examina as proposições que autorizam a doação de bens imóveis e as de declaração de utilidade pública. A Consultoria concluiu, em 2006, 3.129 trabalhos escritos, entre minutas de parecer e de proposição (projetos de lei, propostas de emenda à Constituição, emendas e requerimentos), informações e notas técnicas. Não estão aqui computados os requerimentos formulados durante as reuniões e as informações prestadas oralmente a parlamentares e seus assessores, o que ocorre com frequência.

Os redatores atuam conjuntamente com os consultores em todas as áreas na revisão dos textos produzidos na Consultoria. Na Gerência de Redação, há um núcleo de

redatores responsáveis pela elaboração das minutas dos pareceres da Comissão de Redação e pela revisão dos textos normativos que eventualmente integrem os trabalhos da Consultoria. A equipe dessa área acompanha a tramitação de todas as proposições, estando atenta, com os consultores, para a existência de vícios que possam comprometer o sentido do texto legal. A especialização em matéria relacionada com a técnica de elaboração de leis, sua sistematização e consolidação, adquirida graças a estudos desenvolvidos pelo corpo técnico da Consultoria, levaram o Poder Legislativo a assumir o primado dessa técnica, o que é hoje reconhecido pelos demais Poderes no processo de configuração dos textos normativos que tramitam na Assembléia.

Além da especialização na técnica de elaboração de leis, há hoje em dia uma preocupação da Consultoria de melhor se capacitar para subsidiar o Poder Legislativo mineiro no desempenho de sua função fiscalizadora, consoante a tendência atual de os parlamentos retomarem suas prerrogativas plenas nessa esfera de atuação. Sob tal perspectiva, tem-se exigido dos consultores um treinamento mais específico para o atendimento dessa demanda. A Consultoria passou a desenvolver metodologia de pesquisa que busca privilegiar uma análise mais qualitativa e menos formal da atuação estatal, priorizando a análise da eficácia, da eficiência, da efetividade e da economicidade das políticas públicas. Na impossibilidade técnica de criar seus próprios indicadores, o que seria dispendioso e exigiria conhecimentos científicos bastante especializados, tornou-se necessário implementar parcerias com instituições de pesquisa que têm possibilitado ao Poder Legislativo, bem como ao seu corpo técnico, o acesso a instrumentos e indicadores cuja eficácia já foi devidamente testada e comprovada e sua utilização. Embora o acesso a dados que permitem acompanhar em tempo real a execução orçamentária e o cronograma da implantação dos programas governamentais não constituam uma novidade para a Consultoria, o que se tem em foco atualmente é criar uma referência técnica para avaliação contínua das políticas públicas. Para tanto, a Consultoria vem trabalhando na elaboração

de estudos temáticos que permitirão uma maior compreensão da realidade social do Estado, de forma a ampliar as perspectivas de atuação do Parlamento. Para a elaboração desses estudos, estimula-se o trabalho em equipe, com a participação de consultores de distintas especialidades, o que permite uma apreciação multidisciplinar do tema em exame.

Com o apoio institucional da Casa, a Consultoria vem também realizando estudos<sup>7</sup> e entrando em contato com profissionais especializados em Legística<sup>8</sup>, área do conhecimento que tem por objeto os processos de concepção e elaboração das leis, tendo em vista a qualidade da produção normativa em termos de eficácia, economicidade, acessibilidade, segurança jurídica e efetividade.

Os preceitos da Legística são hoje adotados por instituições governamentais e organismos internacionais no âmbito da União Européia, Estados Unidos e Canadá como normas ou recomendações a serem observadas nas atividades de elaboração legislativa. Essa nova abordagem do processo de criação de leis vem se consolidando internacionalmente nos últimos anos em decorrência de estudos que demonstram os inúmeros entraves ao desenvolvimento econômico e social dos Estados causados por problemas de proliferação legislativa, desproporcionalidade entre custos e benefícios gerados pela norma, dificuldade de interpretação e de conhecimento do texto legal, incerteza jurídica e inadequação das leis aos objetivos propostos e ao ordenamento vigente.

No que se refere à dinâmica dos trabalhos da Consultoria Legislativa aqui analisada, é importante ressaltar que a Assembléia de Minas, ao institucionalizar as assessorias de bancada, que atuam complementarmente no assessoramento aos deputados, possibilitou que os blocos parlamentares da maioria e da minoria se fizessem representar em um espaço comum, para onde convergem todos os demais atores capazes de influenciar o processo legislativo. Criou-se, assim, um ambiente favorável ao amplo debate sobre proposições de maior impacto político do qual participam não apenas a maioria e a minoria, mas também o relator, o consultor, representantes do governo e da sociedade, especialistas e

<sup>7</sup> No contexto de produção e difusão de conhecimentos de interesse do Poder Legislativo, é oportuno mencionar o trabalho desenvolvido pela Escola do Legislativo da Assembléia de Minas, que atua também na formação de servidores da estrutura da Casa e de outros órgãos da Administração. A Escola desempenha ainda um trabalho direcionado ao público externo — estudantes e outros setores da sociedade civil organizada —, visando capacitá-los para a participação política, o que, de certa forma, contribui para a redução da assimetria informacional entre o Poder Legislativo e a sociedade e, conseqüentemente, para a democratização do processo de produção legislativa.

<sup>8</sup> Segundo Paul Delnoy, a Legística pode ser concebida como a metodologia de criação do Direito escrito, “não se limitando a questões de

pura forma (Legística formal), mas se ocupando também da determinação do conteúdo da norma (Legística material), em respeito absoluto às prerrogativas inalienáveis do legislador”.

outros interessados na matéria, os quais têm ali a possibilidade de se manifestar. A Consultoria tem atuado nesse espaço com a devida anuência do relator, ao qual interessa identificar uma solução que atenda, tanto quanto possível, ao pleito dos atores envolvidos na discussão de determinada proposição, na forma de uma proposta comum. Na configuração dessa proposta, o consultor tem a oportunidade de sugerir os ajustes técnicos necessários a sua viabilização. Essa proposta segue sua tramitação no Parlamento legitimada pelo amplo processo de discussão que a respaldou e terá, com isso, maiores chances de ser aprovada em Plenário e sancionada pelo Poder Executivo. Como consequência desse processo de discussão que acabamos de descrever, é de se notar um deslocamento gradual no relacionamento entre o técnico e o político, passando-se da relação consultor-relator para a relação consultor-grupo de parlamentares, o que tem como resultado um trabalho que traduz as aspirações de um corpo coletivo, em vez de expressar apenas a vontade isolada do relator.

Algumas ferramentas disponíveis na Assembléia de Minas tornam mais eficiente o trabalho da Consultoria. Uma delas é o sistema eletrônico de circulação de textos, no qual uma minuta de parecer elaborada na Consultoria e aprovada pelo relator é disponibilizada eletronicamente para a comissão competente e, tão logo seja aprovada, é liberada para o setor de publicação, que toma as providências necessárias para a sua inserção no Diário Oficial do Estado. As eventuais modificações no parecer do relator efetuadas pela comissão podem ser imediatamente processadas no sistema e encaminhadas para a etapa seguinte de sua tramitação. Todas essas peças do processo encontram-se disponíveis na internet, para conhecimento público.

Além disso, a Assembléia Legislativa mantém banco de dados que contém os instrumentos normativos de competência do Estado, abrangendo as normas constitucionais, legais e infralegais, as quais são submetidas a um processo sistemático de atualização. Disponibiliza, ainda, na internet, informações e pareceres sobre as proposições que tramitam ou já tramitaram na Casa.

Por fim, é importante registrar que, na Assembléia Legislativa de Minas Gerais, a mudança da direção política da Casa, em especial, da Mesa Diretora, não desencadeia necessariamente a mudança das chefias das áreas administrativas. Ademais, os cargos de confiança para o exercício da função de chefia e assessoramento da estrutura permanente da Casa são de acesso restrito a servidores efetivos. O Legislativo mineiro evita, dessa forma, a quebra na continuidade da organização e dos serviços administrativos que dão suporte à ação político-parlamentar<sup>9</sup>. A expectativa de que a chefia não seja substituída a cada dois anos – duração do mandato da Mesa Diretora – permite a qualquer setor da Casa trabalhar com a perspectiva de planejamento para um prazo maior, possibilitando a sedimentação de conhecimentos e o melhor aproveitamento da estrutura administrativa da Casa por parte dos parlamentares.

As atividades do Poder Legislativo envolvem um intenso processo de circulação e produção de conhecimentos e informações. Nesse contexto, a existência de um quadro técnico permanente, ainda que não seja uma garantia de que o Poder Legislativo desempenhará satisfatoriamente suas funções, é uma condição para tal. Uma consultoria institucional composta de servidores de carreira não substitui assessorias de gabinetes, de lideranças e de bancadas, mas mantém com estas uma relação de complementaridade. A qualificação profissional dos consultores, aliada à experiência adquirida no exercício permanente de assessoramento parlamentar, garante um trabalho de qualidade e contribui de forma significativa para que o Poder Legislativo detenha os conhecimentos necessários para consolidar uma posição de equilíbrio no relacionamento com os demais Poderes e com a sociedade.

O trabalho das consultorias institucionais vai além do mero repasse de informações técnicas para o Parlamento, pois a acumulação de conhecimentos acaba por constituir um patrimônio cognitivo específico do Poder Legislativo, indispensável à recuperação de seu papel histórico no Estado Democrático de Direito.

<sup>9</sup>Recentemente, por exemplo, a Consultoria da ALMG foi gerenciada por um mesmo profissional durante dez anos, o que facilitou a consolidação de um modelo para o setor e de uma linha de trabalho para a equipe, permitindo a incorporação e a sistematização de conhecimentos envolvidos no assessoramento técnico prestado aos deputados.

### Bibliografia

ANTÔNIO, Angel Luis Alonso. Seção Legislativa: as relatorias no procedimento legislativo. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, 2 (4): jul./dez. 1995, 115-160.

BOBBIO, Norberto. *O marxismo e o Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Consultoria*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/conheca/estruturaadm/conle>>. Acesso em: 23 fev. 2007.

CLEVE, Clemerson Merlin. *A atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

DELNOY, Paul. *Lê role des légistes dans la détermination du contenu des normes*. Disponível em: < <http://www.justice.gc.ca/fr/ps/inter/delnoy/index.html>>. Acesso em 7 mai. 2007.

FARIA, José Eduardo. Estado, sociedade e direito. In: FARIA, J. E., KUNTZ, R. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

HERCOVICI, Alain. Economia da informação, conhecimento e modificação da natureza do trabalho: elementos de análise. *DataGramaZero – Revista de Ciência de Informação – v. 5, n. 3 jun/04*.

KIEWIET, D. Roderick, McCUBBINS, Mathew. D. *The logic of delegation: congressional parties and the appropriation process*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

NAVARRO, Angel J. Sánchez. *Las minorias em la estructura parlamentaria*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1995.

PAIVA, Mozart Vianna. Assessoramento do Poder Legislativo, experiência pessoal e profissional, avaliação da situação brasileira. In: ABREU, A.; DIAS, J. L. (orgs). *O futuro do*

*Congresso Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1995.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Por dentro do processo decisório: como se fazem as leis*. Brasília: Diap, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS (org). *Semear outras soluções; os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005, p. 21-122.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SERAFINO, Nina. *Investigación y análisis para los parlamentos: manual práctico*. Washington C.C.: Cenro para la Democracia, 1997.



# ATUALIDADES E PERSPECTIVAS DA CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO NA ÁUSTRIA<sup>1</sup>

HEINZ SCHAEFFER<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Discurso proferido em encontro do Centro para Elaboração de Leis, realizado em Zurique, Suíça, em 27 de março de 2006. Texto traduzido por Markus Brodnik e adaptado por Fabiana de Menezes Soares.

## Introdução

**E**m primeiro lugar, saudamos Georg Müller, diretor do Centro para a Elaboração de Leis, em razão dos muitos anos de existência do centro e pela iniciativa de realização da conferência cujo escopo é a exposição dos resultados parciais de todo o trabalho desenvolvido.

Desse modo, faremos um relato inicial orientado pelas questões expostas no convite: nosso posicionamento em se tratando de ensino, pesquisa e treinamento na área de Legística; quais as lacunas a serem preenchidas; quais os avanços queremos; e quais focos de investigação devem ser priorizados. A outra parte do relato, inicialmente referir-se-á a uma descrição atual de alguns problemas significativos na área da Legística na Áustria. Finalmente, serão tratados outros assuntos.

<sup>2</sup>Jurista, professor titular da Universidade de Salzburg, Áustria, e fundador da Associação Austríaca de Legislação.

### Situação atual da legislação na Áustria

<sup>3</sup> Österreichische Gesellschaft für Gesetzgebungslehre, ou OGGL, no original.

Em 1981, é criada na Áustria a Associação Austríaca de Ciência da Legislação<sup>3</sup>, em decorrência das iniciativas de Schaeffer e Öhlinger, cujo objetivo foi além da questão meramente científica da metódica da legislação, mas sobretudo com o escopo de atingir os atores proeminentes do processo de construção normativa (legistas e parlamentares).

Todavia, devemos admitir que, apesar de conseguirmos despertar o interesse dos legistas, os políticos ainda se interessam pouco pelo assunto. Não obstante esses fatos, a OGGL conseguiu, ao longo desses 25 anos, suscitar uma certa consciência da problemática acerca das exigências para a qualidade da legislação por meio de conferências e simpósios científicos. A maioria dessas comunicações foi publicada pelo *Schriften zur Gesetzgebung – Escritos de Legislação*.

A OGGL atua ativamente na rede europeia de associações, pois não só influenciou em outros países europeus, onde foram criadas associações nacionais de legislação, como também contribuiu para a fundação da *European Association of Legislation (EAL) – Associação Europeia de Legislação*.

O foco mais recente de atuação da OGGL é a avaliação de impacto da legislação, além do trabalho contínuo da Legística e sua perspectiva constitucional e europeia, ambas muito importantes na Áustria.

Nesse particular, a Suíça se encontra muito avançada em avaliação de impacto. Na Áustria, estamos tentando documentar as diferentes técnicas, métodos e experiências, de modo a disponibilizar as informações aos legistas. Tal estratégia é especialmente importante diante dos esforços europeus para melhorar a qualidade da legislação – *Better Regulation/OECD 1992* e Comissão Europeia de 2002 –, não somente para a legislação europeia, mas também para as legislações nacionais, pois trata-se da desoneração de cidadãos e empresas como consequência de um processo mais

racionalizado de produção legislativa e, para isso, será necessária a atuação de uma rede europeia de instituições nacionais governamentais e não-governamentais.

Após analisarmos a situação da legislação na Áustria e, indiretamente, se a OGGL trouxe resultados positivos, concluímos o seguinte:

a) Fizemos enormes avanços tecnológicos nos processos de preparação de leis.

b) A tensão entre a possibilidade de melhoria da legislação e os dividendos políticos de uma decisão legislativa rápida concorreram para o enfraquecimento da cultura Legística na Áustria, até então historicamente reconhecida.

A legislação piora a cada dia em virtude de uma linguagem pouco clara, com uso excessivo de termos: eis a consequência parcial da implementação pouco pensada da legislação europeia, da perda de sistematização e de uma falta de respeito aos critérios mínimos de normatização para a redação de textos.

Passemos à elaboração dos dois aspectos já mencionados:

Desde 1º de janeiro de 2004, a publicação do diário oficial eletrônico – *BGBI* (como consequência da lei sobre a reforma da publicidade<sup>4</sup>) – substituiu o diário em papel e passou a ser considerada a versão autêntica, conforme o sistema de informações das leis federais – *Rechtsinformationssystem* – *RIS*.

Independentemente disso, todo o processo de preparação da lei é feito pela técnica de projeção (*work flow*), de acordo com o sistema do Parlamento e também do sistema eletrônico de informação dos ministérios.

No nível federal, na Áustria, há um sistema de *Elegislation*. Uma nossa ex-assistente, Susanne Bachmann, hoje com um importante cargo no Parlamento, fez um relato sobre esse sistema<sup>5</sup>, concluindo que, na esfera federal, existe hoje um processo unificado de projeção das leis que inclui

<sup>4</sup> A *Kundmachungsreform G2004* (öBGBI 2003/100) modificou a Constituição Federale a lei federal sobre o *Bundesgesetzblatt* (Diário Oficial Federal).

<sup>5</sup> Susanne Bachmann, *Legislação Eletrônica na Áustria?* ZG 2006/1, 61 ff. A publicação descreve o percurso para uma legislação eletrônica do ponto de vista da Diretoria do Parlamento.

desde a decisão legislativa, a tramitação parlamentar, até a publicação da lei.

Nos estados, a situação é diferenciada. Geralmente a publicação é impressa, e somente Salzburg seguiu incontinentemente o exemplo federal e anunciou, poucos dias antes de 1º de abril de 2005, que nessa mesma data a publicação das leis seria efetuada exclusivamente de modo eletrônico. A mudança foi implementada na metade do ano.

Apesar das vantagens de um acesso em tempo real aos atos normativos recentemente modificados, por meio da internet, a documentação integral é atualizada conforme o sistema RIS; isto é, a versão oficial somente está disponível após seis semanas.

c) Infelizmente, ocorre na atividade de legislação um número maior de comportamentos pouco recomendáveis e uma decadência significativa da cultura legística.

Diversas leis estão sendo alteradas várias vezes. Exemplos disso são as alterações na Constituição Federal, seis vezes durante seis meses, e no código de trânsito. As mudanças são tantas que a atualização é dificultada.

Apesar da possibilidade do uso de ferramentas tecnológicas, nem os legistas nem os parlamentares se mostram capazes ou disponíveis para a consolidação de textos normativos, nem mesmo de projetos ainda em fase de negociação.

Um só ato normativo (pacote de lei) provoca diversas e extensas modificações em vários atos normativos. Os títulos dados pelos pacotes não diferenciam os anteriores dos atuais, só sendo identificados pelo ano, pois os títulos são vazios de conteúdo. Exemplo pode ser encontrado nas normas do orçamento anual, cujos títulos são por demais genéricos.

Assim, o Pacote de Crescimento e Criação de Emprego de 2005 possui um nome similar ao Pacote de Crescimento de 2003, mas esses dois pacotes possuem medidas completamente diferentes.

Não há mais pudor em se unir a linguagem populista dos políticos com a prática, já problemática, dos pacotes de lei.

Qual é o valor informativo para o usuário de um diário oficial (seja ele publicado em papel ou por mídias digitais), se um pacote de lei tem o nome de “Pacote de normas de estrangeiros 2005” e altera ou cria 14 novas normas que atingem outras matérias?

A técnica de criar pacotes de lei está sendo objeto de críticas pelas normas da boa Legística já há algum tempo. Apesar disso, o método foi aplicado crescentemente durante os últimos 10 a 15 anos. Até mesmo a Corte Constitucional da Áustria se manifestou a respeito dessa prática em várias oportunidades.

Nos seus ementários de jurisprudência de 2000, 2003 e 2004, a Corte Constitucional apontou, por diversas vezes, as consequências negativas dessa técnica legislativa.

No TB 2000 (ementário de jurisprudência de 2000), a Corte Constitucional expressou as seguintes considerações a respeito dos pacotes de leis e seus respectivos problemas:

*A prática da criação dos chamados pacotes de lei, especialmente nos orçamentos, que alteram uma miríade de outras normas, não é nova. Mas, cabe constatar que essa prática está aumentando quantitativamente. Assim, foram alteradas 87 normas pelo Budegtbegleitgesetz 2001, BGBl 142/2000, segundo o seu próprio índice<sup>6</sup>. Além disso, ocorre freqüentemente que a mesma norma seja alterada em intervalos muito curtos, houve casos de várias alterações da mesma norma serem publicadas no mesmo diário oficial<sup>7</sup>. Essas circunstâncias levam a uma falta de transparência do sistema normativo que pode até chegar a afetar o princípio do estado de direito.*

<sup>6</sup> Todavia, a Corte Constitucional da Áustria declarou a conformidade de um regulamento similar como compatível com a Constituição.  
<sup>7</sup> Publicação do Diário Oficial.

No ementário de jurisprudência 2003 encontram-se mais observações sobre a Legística defeituosa. Em termos gerais, a Corte Constitucional assinala que já faz algum tempo a análise das normas relevantes para a solução de um caso é

<sup>8</sup> Eles não são incluídos no orçamento federal porque formalmente existe a regra constitucional de não se agruparem normas diferentes numa só norma.

<sup>9</sup> Algumas vezes, o *Nationalrat* (Parlamento federal) não consegue elaborar uma lei conforme o seu próprio regimento (por ex.: repetição de partes da 2ª leitura depois da 3ª leitura), o que erroneamente também não foi observado pelo presidente da República (por ex.: BG BGBl I 1999/36 e I 2000/92). Em outros casos, em uma conduta contra a Constituição, faltam partes do texto a ser publicado no Diário Oficial (por ex.: BG BGBl I 1999/36 e I 2000/92); ou então a legislação não é capaz de definir regras claras para a entrada em vigor de uma norma (por ex.: recentemente, § 40 Abs 1 FSG). Diante dessa pressa na elaboração de normas, não causa espanto que a Corte Constitucional deva anular partes de leis recentemente publicadas por serem inconstitucionais em termos formais ou de conteúdo.

cada vez mais demorada, além de ser sempre mais difícil entender a intenção do Legislativo nas normas por ele criadas. A razão disso são os defeitos na qualidade da lei, como, por exemplo, a falta de precisão da linguagem, frases muito longas que tentam reunir vários assuntos em uma única frase, uma sistemática pouco coerente, cadeias de remissões a outras normas pouco transparentes e ainda regulamentos contraditórios. Completam o estado de desordem as inúmeras atualizações freqüentemente dispostas em pacotes únicos de lei e ainda a entrada em vigor em datas diferentes.

No mesmo sentido, a Corte expressa, no seu *ementário de jurisprudência de 2004*, a dificuldade em se ocupar com várias normas cujos fins eram difíceis de ser evidenciados diante dos graves erros de gramática e desconsideração de princípios da língua alemã. A Corte então recomenda, com urgência, um maior empenho na elaboração legística das normas criadas.

Tal conjunto de atualizações, como os acima já mencionados, pode ser adequado para a prática da burocracia em termos de elaboração e decisão legislativa mais rápida, porém não são, de forma alguma, apropriados para os destinatários da lei (o cidadão).

Uma outra fonte de problemas são as leis acessórias ao orçamento federal, as quais alteram muitas outras normas e são negociadas apressadamente<sup>8</sup>. Tais fatos merecem críticas por diversas razões.

Essa forma acelerada de negociação e elaboração de normas acarreta falhas no desenvolvimento do processo<sup>9</sup>. Boa parte desses pacotes de lei ou foram discutidos pelos órgãos competentes ou não foram discutidos de forma alguma, visto que não ocorre mais que uma discussão adequada antes da formalização no Legislativo.

Não constituem uma devida preparação de leis (como é o caso do orçamento), tanto a inclusão de uma diversidade de matérias, que têm pouco ou nada a ver com o orçamento federal, como a legislação para execução do orçamento

federal, quanto sua discussão, exclusiva, na Comissão Parlamentar do Orçamento Federal, prática vetada conforme o disposto no regimento do Parlamento, com muita propriedade.

O debate geral em 2ª leitura na Assembléia, em sessão plenária, não é um equivalente apropriado para um preparo aprofundado e profissional das matérias específicas nas comissões parlamentares competentes.

Infelizmente, a Corte Constitucional não encetou medidas reais baseadas nas próprias observações. A Lei do Orçamento de 2003 – *Budgetbegleitgesetz* 2003<sup>10</sup> – foi apreciada em decorrência de um pedido da oposição. A Corte gerou decepção ao decidir que os pacotes de lei vigoram em detrimento da função de suas normas, mas não declarou a prática inconstitucional (Vf GH 13.3.2004, G 211/03 e G 212/03<sup>11</sup>), porque é possível encontrar as alterações nas demais normas por meio de um índice com o título da lei.

Aqui não se trata somente de um problema técnico ou estilístico. Persiste a dúvida se a Corte Constitucional, com sua decisão, na verdade fundamentou-a suficientemente e se, com uma análise formal, contribuiu para os valores básicos da democracia representativa (que incluem a sua suficiente e racional discussão no âmbito parlamentar).

Um ato legislativo, ao abranger tantas alterações nas mais diversas áreas sem considerar a discussão e a avaliação necessárias nas comissões específicas do Parlamento<sup>12</sup> bem como a discussão política mais geral, na sessão plena, na 2ª e na 3ª leituras do projeto, praticamente evita um debate aprofundado e sabota o sentido dos procedimentos político-parlamentares. Além disso, é um defeito grave do parlamentarismo hoje e da consciência constitucional dos partidos políticos. Há necessidade de regimentos parlamentares que contribuam para uma produção legística mais séria e válida.

Como estamos no ensino, na pesquisa e orientação técnica em matéria legística? Qual o desenvolvimento devemos alcançar?

<sup>10</sup> Pacote de normas acompanhando o Orçamento Federal 2003.

<sup>11</sup> Regimento da Corte Constitucional.

<sup>12</sup> Porque a discussão preliminar na Comissão do Orçamento somente permite uma análise dos aspectos financeiros, sendo, portanto, desconsiderada uma avaliação do projeto sob a perspectiva das demais matérias atingidas.

1. Infelizmente, a Legística até hoje não é uma matéria obrigatória no ensino do Direito. Além disso, lutamos para uma reorientação do estudo do Direito conforme o modelo de Bolonha, com a criação do grau de bacharel para juristas por razões completamente distintas, sem que haja solução à vista.

A legislação universitária austríaca de hoje permite que cada universidade possa desenvolver o seu próprio currículo, não existindo um órgão coordenador para o país inteiro. Algumas faculdades estabelecem currículos de três anos para juristas, enquanto a Ordem dos Advogados e a Faculdade de Direito da Universidade de Viena optaram por um currículo de quatro anos. Mas falta ainda uma decisão definitiva.

2. Infelizmente, também deve ser relatado que alguns ministérios federais fecharam os seus departamentos especializados em Legística e que o ensino profissional piorou em razão do fechamento da *Verwaltungsakademie de Bundes* (Escola Federal de Administração, dirigida ao ensino profissional dos funcionários públicos).

Pelo menos desde 2004, ocorrem os *Kaerntner Legistikgespraeche* (Diálogos de Legística no Estado da Caríntia), organizados pela *Kaerntner Verwaltungsakademie* (Escola Administrativa do Estado da Caríntia). Os cursos acontecem uma vez por ano, na forma de seminários, e são, de certo modo, uma substituição dos cursos técnicos do ensino profissional.

Já foi dito sobre o aperfeiçoamento administrativo e técnico pelos métodos de e-legislação e pela criação de pacotes de lei. Porém, falta foco quanto à

- clareza e simplicidade da linguagem da legislação;
- precisão e objetividade das expressões verbais (textos mais concisos em vez de textos muito grandes) e elaboração e transparência na integração sistemática de novas leis.

A *Deregulierungsgesetz 2001* – norma criada com o objetivo de desregulamentar a atuação do Estado – é uma lei

simples, que tem como objetivo a avaliação da necessidade de novos decretos e também a análise do impacto de novas normas. Todavia, não vem sendo observada e, por isso, não trouxe muitos resultados até hoje<sup>13</sup>.

Assim, cabem à pesquisa e ao ensino continuar chamando a atenção sobre as reconhecidas virtudes de uma legislação bem-feita. Permanece também a tarefa de avaliar os objetivos (necessidades) do Direito Constitucional nacional e do Direito da União Européia nos processos legislativos.

3. A OGGL se esforça desde 1981 para fortalecer e divulgar os conceitos de uma legislação relativamente boa com a realização de conferências e congressos.

As discussões suscitadas tratam da desregulamentação e simplificação da legislação e trouxeram pelo menos, alguns efeitos positivos, levando a uma redução de normas em algumas áreas. Porém, permanece a dificuldade em despertar o interesse dos políticos em matéria de “gestão de qualidade” na legislação.

Desde o nosso congresso de 2003, há um novo foco (também tratado no nosso *workshop* de 10/3/2006) de avaliação do impacto de normas nas suas diversas manifestações. As tentativas de divulgação dessa metodologia perante a classe política e a administração visam deixar o processo mais eficiente e voltado para os efeitos da legislação.

#### Tendências européias<sup>14</sup>

Uma linha de desenvolvimento que nos parece bastante promissora é o projeto, originalmente concebido pelo OCDE, *Better Regulation*, agora adotado pela comissão européia em sua política legislativa.

Sob esse título, a comissão européia reuniu várias iniciativas com o objetivo de reduzir a quantidade de normas européias e restringir o crescimento delas. Duas dessas iniciativas são: o *Programa para a simplificação das normas*

<sup>13</sup> *Bussjaeger*, Legislação simbólica como realidade e problema do Direito: *Das Deregulierungsgesetz 2001*, *Österreichische Juristenzeitung* 2004, 701 (Jornal austriaco dos juristas 2004, nº 401); e no mesmo sentido, anteriormente, pelo mesmo autor: *Kommentierung zu Art 41 B-VG* (comentário ao artigo 41 da Constituição Federal da Áustria) em *Rill/Schäffer, Bundesverfassungsgesetz*. *Kommentar* (2001ff) (Legislação Constitucional Federal, Comentário 2001); e ainda *Primosch*, Fragen zum Deregulierungsauftrag (Questões sobre obrigação de regular), *Journal für Rechtspolitik* 2002, 85ff (Jornal da Política Jurídica, 2002, pp. 85) e *Irresberger*, *Evaluierung und Gesetzesfolgenabschätzung in der österreichischen Bundesgesetzgebung – Erfahrungen und Leistungen*, (Avaliação do impacto da lei na Legislação Federal Austríaca — experiências e objetivos alcançados) em *Schäffer*

(editor), *Evaluierung der Gesetze/ Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland* (2005) 75ff, insb 83ff. (Avaliação do impacto na Áustria e nos países vizinhos, 2005, pp. 86 e especialmente pp. 83)

<sup>14</sup> Veja Schäffer, *Vom Beruf der Politik zur Gesetzgebung in unserer Zeit* (Da profissão política à legislação atual), em Schäffer (editor), *Evaluierung...*, 9, insb 12ff. (Avaliação .... p. 9 e especialmente pp12)

<sup>15</sup> Trata-se de uma metodologia mais simplificada para avaliar o custo de uma norma. Essas avaliações implicam uma colaboração com os órgãos e departamentos centrais da Administração Pública que coordenam a criação de normas. A Holanda já dispõe de algumas experiências com esse procedimento.

comunitárias (*acquis communautaire*) e a chamada *Iniciativa Screening*. Com a iniciativa da simplificação, a comissão apresentou um plano de três anos para a simplificação sistemática das normas comunitárias existentes. A *Iniciativa Screening* tem como objetivo alterações ou o cancelamento de projetos em tramitação, o que significa que projetos que já percorrem o *iter* legislativo no Parlamento europeu e no Conselho devem ser avaliados ainda nessa fase quanto à sua necessidade (se há de fato uma justificativa para sua existência).

A fim de melhor avaliar o impacto de normas futuras, a comissão atualizou suas orientações sobre a questão do impacto das leis. Com o objetivo de reduzir os custos para as empresas e os cidadãos, está sendo desenvolvida em uma metodologia comunitária de mensuração dos custos administrativos<sup>15</sup> causados por normas européias (modelo de custos padronizado).

Grosso modo, nesse contexto, gostaria de destacar que o escopo é a criação de um sistema de análise de impacto (*Regulatory Impact Assessment – RIA*), integrando não somente as normas européias, mas também as normas dos países membros. Os ordenamentos jurídicos nacionais são interligados e dependem, em alto grau, da implementação dos regulamentos da União. Assim, é claro que nem todos os projetos de lei poderão ser analisados (avaliados) tão profundamente e, desse modo, precisaremos de uma metodologia padronizada.

Nesse ponto, evidencia-se um foco na evolução desejada – além da manutenção das virtudes originais de uma boa e bem planejada legislação –, bem como uma chance para o aprimoramento da Legística. Enfim, deveria haver uma rede de instituições na União Européia que tratasse dos assuntos de qualidade legislativa e da análise de impacto da legislação.

### Desenvolvimentos institucionais

Estamos planejando na Áustria a criação de um Centro Austríaco de Feitura de Leis (com nome similar ao já existente

na Suíça) na Universidade de Salzburg, porém, com o objetivo de atender aos governos federal e estaduais. Será um centro de excelência em elaboração de leis que trabalhará com pesquisa e documentação; oferecerá aos órgãos públicos um mínimo de conhecimento, com ensino profissionalizante para legistas federais e estaduais; designará profissionais da área de análise de impacto de leis; elaborará pareceres legísticos a respeito da compatibilidade com as normas européias e a sua constitucionalidade.

Na área de ensino profissionalizante, poderíamos ainda integrar os nossos cursos ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito e também aos demais programas universitários de ensino profissional. Como na Suíça, não pensamos em um programa de pós-graduação, mas em uma parte de um programa de mestrado ou pós-doutorado. Com isso, pretendemos oferecer uma orientação adicional aos juristas e cientistas sociais.

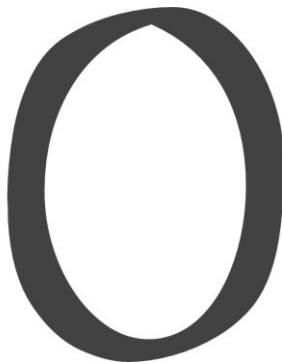
A criação da instituição mencionada ainda cabe ao futuro, mas, após dois anos de negociações, as chances de realização aumentaram.



# MEDIDAS PROVISÓRIAS E USURPAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

JULIANA VALLE•

• Professora do Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação e Treinamento da Câmara dos Deputados — Cefor. Especialista em Gestão Legislativa pela UnB. Integrante do Grupo de Pesquisa de Estudos sobre o Processo Legislativo do Cefor. Advogada e assessora legislativa e jurídica da Câmara dos Deputados (Brasília). E-mail: juliana.valle@camara.gov.br.



*uso impróprio do artigo 48 da Constituição de Weimar, que autorizou o governo a promulgar decretos de necessidade, foi o meio pelo qual se destruiu o caráter democrático da República alemã e se preparou o advento do regime nacional-socialista. Cabe mencionar que a Constituição austríaca semifascista de 1934 foi promulgada por um decreto do governo. Hans Kelsen.*

À época do Império, após a outorga da Constituição de 1824, no dia 6 de maio de 1826, foi realizada a primeira sessão solene de abertura dos trabalhos da Assembléia Geral Legislativa (Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores). Tem-se, a partir daí, para manter a tradição histórica dos períodos de trabalho do Poder Legislativo, a identificação das legislaturas pela forma ordinal (1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, ..., 20<sup>a</sup> Legislatura e assim sucessivamente). Em razão dessa contagem de tempo, e excetuados os períodos em que o Parlamento nacional foi dissolvido, no dia 1<sup>o</sup> de fevereiro deste ano, o Congresso

Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) iniciou a 53ª Legislatura, marcando, pelo menos formalmente, um novo ciclo da história brasileira de representação popular.

Mas a nova legislatura começa com um velho problema: a intromissão do Poder Executivo no exercício da função precípua do Poder Legislativo.

Logo no primeiro dia de sessões deliberativas da 53ª Legislatura, deputados e senadores se depararam com o sobrestamento das pautas da Ordem do Dia das respectivas casas por medidas adotadas pelo chefe do Poder Executivo. O fato decorre do mandamento constitucional, inscrito no artigo 62, §6º da Constituição vigente, cujo teor impede qualquer outra deliberação legislativa pelos parlamentares enquanto não se ultimar a votação de medida provisória (MP) que tenha sido editada há mais de 45 dias.

A pauta da Câmara dos Deputados estava sobrestada por duas medidas provisórias editadas em 2006. A primeira, MP nº 328, de 3 de novembro de 2006, sobre prestação de auxílio financeiro pela União aos Estados e Municípios, com objetivo de fomentar as importações. A segunda, MP nº 330, de 10 de novembro de 2006, sobre a abertura de crédito extraordinário ao Orçamento de Investimentos para 2006, em favor de empresas do Grupo Eletrobrás, no valor total de R\$106.726.769,00 (cento e seis milhões, setecentos e vinte e seis mil e setecentos e sessenta e nove reais).

No Senado Federal, três medidas provisórias também impediam outras deliberações legislativas parlamentares. A MP nº 326, de 1º de novembro de 2006, sobre o plantio de organismos geneticamente modificados (transgênicos) em áreas de conservação da natureza; a MP nº 327, publicada na mesma data que a anterior, sobre a abertura de crédito extraordinário no valor de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) em favor de operações oficiais de crédito; e a MP nº 329, de 3 de novembro de 2006, que autoriza o Ministério da Defesa a efetuar contratação, por prazo determinado, de pessoal imprescindível ao controle do tráfego aéreo.

Interessante observar que, naquele dia de deliberações da Câmara e do Senado, mesmo que em plenários diferentes e apreciando matérias distintas, a discussão acabou por resultar pronunciamentos equivalentes entre deputados e senadores. Tanto os parlamentares de partidos da base aliada ao governo como aqueles de oposição (esses com mais veemência) argumentaram que, sem implicações quanto ao mérito das matérias tratadas na ocasião, as medidas provisórias não poderiam continuar determinando a pauta do Congresso Nacional. Em suma, reafirmaram discursos de legislaturas anteriores que proclamavam que o Poder Legislativo deve rever, o quanto antes, as disposições constitucionais que tratam da edição e tramitação das medidas provisórias.

Não somente naquele primeiro dia de sessão deliberativa em cada casa, mas também durante todo o mês de fevereiro desta legislatura, a tônica dos discursos foi mantida. O cerne da questão, que envolve este peculiar instituto do ordenamento jurídico pátrio, é impedir o uso abusivo das medidas provisórias pelo Poder Executivo, garantindo, via de consequência, que o Poder Legislativo exerça em sua plenitude as funções legiferantes e fiscalizatórias que lhe são atribuídas em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, deputados e senadores novamente defendem a aprovação de proposta de emenda à Constituição (PEC) que altere o artigo 62 do texto constitucional.

No entanto, a pergunta que precisa ser feita, com base na observação do funcionamento dos Poderes constituídos e da eficácia do próprio instituto é: a limitação da atividade legiferante do Executivo depende de uma mudança no texto constitucional?

### **O instituto e suas alterações constitucionais**

Envolto pelo ideal democrático, o constituinte originário decidiu banir o decreto-lei do texto constitucional para adotar o que considerou inovador instrumento de intervenção legislativa imediata do Poder Executivo: a medida provisória. Os propósitos do legislador consistiram em, assim como em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros (Bélgica, França,

Inglaterra e Itália), permitir ao presidente da República um instrumento capaz de contornar situações excepcionais, mas com deliberação final a cargo do Congresso Nacional. Assim, ao contrário do decreto-lei, acreditava-se que as medidas provisórias assegurariam a participação executiva no processo legislativo, além do poder de veto e de iniciativa das leis, mas de forma moderada e sob o controle do Congresso Nacional.

Nunca é demais lembrar que as medidas provisórias foram concebidas para um sistema parlamentarista. Durante a discussão e votação da emenda que garantiu a introdução no texto constitucional dessas medidas, foram expressos os discursos afirmando que a nova espécie normativa era mecanismo eficiente de um regime democrático para um Executivo parlamentarista. Nesse sentido, a saber, encontramos nos anais da constituinte os discursos proferidos por Nelson Jobim e pelo relator Bernardo Cabral (Diário da Assembléia, 19 de março de 1988, p. 8655 e 8656, respectivamente) em favor da adoção dessas medidas por acreditarem que o Estado se firmaria como república parlamentarista.

Dentre os votos contrários à adoção das medidas, também encontram-se nos anais da Constituinte, naquele dia de votação, interessantes manifestações. Adylson Motta e Michel Temer discursaram afirmando que a medida provisória, ainda que prevalecesse o sistema parlamentarista, poderia implicar instrumento antidemocrático que, tal qual o decreto-lei, incapacitaria o Legislativo brasileiro de exercer sua função precípua. Não obstante essas manifestações contrárias, o colegiado aprovou, por 275 votos favoráveis, 78 contrários e 7 abstenções, a introdução das medidas provisórias no texto constitucional. Com a promulgação da Carta, em 5 de outubro de 1988, o ordenamento jurídico pátrio passou a ser integrado por esse instituto peculiar que, nos termos do artigo 62 e seu parágrafo único do texto originário, deveria tornar-se instrumento de caráter provisório, utilizado pelo presidente da República em casos de relevância e urgência.

No entanto, em que pese sua concepção para um sistema parlamentarista, as medidas provisórias tiveram de

se adaptar a um sistema presidencialista. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) deixou para manifestação popular a decisão sobre a forma e o sistema de governo quando o artigo 2º determinou a realização de plebiscito para definir sobre um governo republicano ou monarquista e ainda pelo parlamentarismo ou presidencialismo. Em março de 1993, o povo decidiu, por expressiva maioria, pela República Presidencialista, e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário passaram a conviver com o instituto e suas conseqüências.

Entre a promulgação da Constituição e o início do novo mandato presidencial (5 de outubro de 1988 até 14 de março de 1990), ou seja, em 16 meses de governo, o presidente José Sarney considerou necessário (urgente e relevante) editar 125 medidas provisórias, sendo 22 reeditadas. Das 163 leis ordinárias promulgadas nesse período, 109 foram decorrentes da conversão dessas medidas do Executivo. Da mesma maneira, nos anos seguintes, o índice de uso do instituto manteve-se em patamares altos. Para falar apenas em edições originárias no período de 15 de março de 1990 a 21 de fevereiro de 2001, os presidentes Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso produziram 459 medidas provisórias; dessas, 343 foram convertidas em lei.

Assim, de 5 de outubro de 1988 até 21 de fevereiro de 2001, entre edições e reedições, foram publicadas 5.702 (cinco mil setecentas e duas) medidas provisórias. Desde planos econômicos, passando por instituição ou majoração de tributos, matéria penal e processual, privatizações, disponibilização de automóvel para o vice-presidente da República, os mais diversos assuntos foram tratados pelo instrumento de caráter provisório. Tantas foram as ações judiciais e as críticas, de economistas, cientistas políticos, juristas, jornalistas, além dos discursos reiterados dos próprios parlamentares sobre os abusos do Executivo, que o Congresso Nacional resolveu reagir, mas alterando o texto da Constituição Federal.

Em agosto de 1995, foram promulgadas as Emendas Constitucionais nºs 6 e 7, proibindo a adoção de medida

provisória na regulamentação de artigo constitucional cuja redação tenha sido alterada por emenda promulgada a partir de 1995. Frustrada essa primeira tentativa de contenção da atividade legiferante do Poder Executivo, em setembro de 2001, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 32.

A Emenda 32 alterou significativamente as normas vigentes desde 1988 para edição e apreciação das medidas provisórias. A primeira inovação do texto consistiu no estabelecimento de limites materiais expressos para edição das medidas provisórias. Além de manter a exigência dos pressupostos de relevância e urgência para edição do ato pelo presidente da República, há proibição de edição de medidas provisórias sobre matérias como nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral, penal, processual penal e civil. Além disso, a emenda constitucional proibiu não só a edição de medida provisória para as matérias reservadas à lei complementar, como também vetou sua edição no caso de projeto de lei aprovado pelo Congresso e pendente de sanção ou veto do presidente da República. Tais dispositivos, acreditava-se, preservariam o devido processo legislativo constitucional, além de resguardar a supremacia da representação popular própria – Poder Legislativo – na elaboração das leis.

Ademais, a Emenda 32 disciplinou o uso de medidas provisórias para instituição ou majoração de impostos. Conforme o § 2º do artigo 62, é possível a edição das medidas sobre essa espécie de tributo, mas somente produzirão seus efeitos no exercício financeiro seguinte se convertidas em lei até o último dia do ano de sua edição (a omissão do Congresso Nacional na deliberação da medida não importa produção de efeitos). Todavia, impostos sobre importação de produtos estrangeiros; exportação de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários também poderão ser objeto do instrumento provisório, e, nesses casos, há produção imediata de efeitos.

A nova regra constitucional ainda proibiu a reedição das medidas provisórias na mesma sessão legislativa. Quanto à vigência e eficácia das medidas, dentre os 12 parágrafos introduzidos no texto constitucional, 7 são dedicados ao tema. O prazo de vigência foi ampliado, em relação ao texto originário, de 30 para 60 dias, prorrogados uma única vez por mais 60 dias. Todavia, a eficácia não fica limitada ao período máximo de 120 dias, uma vez que esses prazos não são computados nos períodos de recesso do Congresso Nacional. Note que, apesar da suspensão da contagem dos prazos para apreciação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a medida provisória continua a produzir validamente seus efeitos nesse período, constituindo ou regulamentando relações jurídicas.

O novo texto também instituiu a urgência para votação das medidas provisórias como forma de imposição de deliberação ao Congresso Nacional para evitar o preterimento na votação da matéria. Câmara dos Deputados e Senado Federal têm 45 dias para deliberar sobre a matéria; caso não seja esgotada a apreciação nesse prazo, os demais trabalhos deliberativos do Plenário da casa onde ela se encontre ficam suspensos enquanto não apreciada a medida. Vale destacar que esse prazo está direcionado aos trabalhos do Congresso Nacional e não se confunde com o prazo de vigência da medida provisória.

Outra alteração crucial da emenda encontra-se nos §§ 5º e 9º do artigo 62. Os trabalhos da comissão mista e o juízo de admissibilidade sobre os pressupostos constitucionais são a causa eficiente para garantir o uso legítimo das medidas provisórias. O texto expresso da Constituição Federal determina a constituição de uma comissão mista, com deputados e senadores, para que profiram parecer antes de ocorrer a deliberação em sessão separada. A comissão mista e o juízo de admissibilidade deixam de ser assunto regimental para adquirirem *status* constitucional. Por fim, o novo texto determinou o encaminhamento do projeto de lei de conversão à sanção ou veto presidencial e fixou prazo de 60 dias para publicação de decreto legislativo que venha regulamentar as relações jurídicas.

Todas as alterações novamente tiveram por escopo restringir a edição das medidas provisórias e assegurar um procedimento célere de apreciação pelo Congresso Nacional. Todavia, passado o entusiasmo inicial, até dezembro daquele mesmo ano de promulgação da emenda, foram editadas 18 medidas provisórias. Além disso, apenas três meses após a mudança do texto, os parlamentares enfrentavam pela primeira vez o problema do sobrestamento da pauta de deliberações, devido à Medida Provisória nº 7, de 2001. O sobrestamento da pauta (ora ocasionado pelas medidas provisórias, ora pelos projetos de lei de iniciativa do presidente da República com solicitação de urgência) viria a tornar-se uma constante, mesmo no primeiro momento de vigência da Emenda 32. Nos oito meses iniciais, 35 medidas provisórias haviam sido editadas e 28 provocaram o sobrestamento das deliberações.

### **Os procedimentos adotados pelo Congresso Nacional após a Emenda Constitucional nº 32/2001**

O regime imposto pela Emenda Constitucional nº 32/2001 estabeleceu novos procedimentos internos para a apreciação das medidas provisórias pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Enquanto a interpretação conferida ao texto constitucional de 1988 ensejou procedimentos de deliberação do Congresso Nacional, ou seja, realização de sessão conjunta, o novo texto exigiu expressamente a votação das medidas provisórias em sessões separadas. Excetuadas, portanto, as medidas provisórias vigentes e editadas antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001, normatizadas pela Resolução nº 1, de 1989-CN, as medidas provisórias adotadas a partir do novo texto exigiam nova regulamentação. Todavia, a alteração da legislação interna do Congresso Nacional não foi concomitante com a mudança do texto constitucional: somente oito meses após a vigência da Emenda 32, a resolução foi aprovada e promulgada (Resolução nº 1, 2002-CN).

Esse fato merece destaque porque denuncia no mínimo a falta de planejamento e de avaliação na elaboração legislativa.

Se o uso das medidas provisórias em larga escala pelo Executivo foi detectado como um entrave à plena atuação do Legislativo, se a solução encontrada demandou a intervenção legislativa – nova redação para o texto constitucional –, as conseqüências, seus instrumentos e procedimentos necessários à eficácia da legislação pretendida deveriam ter sido cuidadosamente analisados. Esse é o objeto da Legística, uma vez que “pensar a lei antes de redigi-la” é fundamental, ou seja, para alcançar os objetivos perseguidos, faz-se mister bem definir o problema (compreender o funcionamento, determinar os atores envolvidos e sua forma de conduta, analisando as interações existentes entre eles), a fim de adotar as medidas necessárias (Delley, 2004)<sup>1</sup>.

Longe disso, o Congresso Nacional ainda estudava as possibilidades de alteração no regimento comum para adaptação à emenda constitucional, já promulgada, quando foi publicada a primeira medida provisória a ser apreciada em sessão separada. O Parlamento ainda deliberava sobre essa primeira medida quando, também em setembro, o Executivo encaminha a segunda e terceira medidas provisórias. Em razão da ausência da lei interna no Poder Legislativo, cada uma das casas, por analogia, adotou procedimentos transitórios, baseados nos respectivos regimentos, momento que deu início à prática, adiante criticada, de designação de um relator em Plenário para proferir parecer sobre as medidas provisórias em substituição à comissão mista. Em outubro de 2001, por exemplo, foram editadas as Medidas Provisórias n<sup>os</sup> 4, 5, 6 e 7, e a prática legislativa de substituição da comissão se afirmou, ou seja, as medidas foram aprovadas e convertidas em lei sem o parecer da referida comissão – ressalte-se, sem observância do previsto no novel § 9º do artigo 62 da Constituição Federal. Desde então, o parecer sobre a constitucionalidade e o mérito passou a ser feito por qualquer deputado presente em Plenário no dia da votação da medida provisória, por designação do presidente da casa onde esteja sendo apreciada.

O procedimento de substituição da comissão pelo relator designado foi justificado pelo legislador ordinário

<sup>1</sup> Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

como necessário ao desenvolvimento da atividade parlamentar. Conforme se depreende da análise da resolução posteriormente aprovada e da prática ainda hoje mantida pelo Parlamento, o disposto no § 9º do artigo 62 da Constituição Federal foi interpretado como “mera formalidade”, não podendo constituir obstáculo para a apreciação da medida provisória editada, especialmente quando o ato do Executivo adquire o poder de impedir as demais deliberações do Legislativo. Mesmo denunciando, desde então, a inconstitucionalidade de tal procedimento (Valle, 2002), por acreditar que os requisitos formais também são garantias do Estado Democrático de Direito, a prática de substituição da comissão não foi abolida, não só no momento inicial de vigência da emenda constitucional como também no momento de sua regulamentação pelas duas casas legislativas. A apresentação do parecer por relator designado, sem o debate aprofundado no colegiado misto, foi permitida.

Em 8 de maio de 2002, o projeto de resolução para definir a tramitação das medidas provisórias na Câmara dos Deputados e no Senado Federal foi aprovado. À época, a proposição recebeu 77 emendas, das quais 44 foram rejeitadas, 16 foram parcialmente acatadas pelo relator e pelo Plenário e 17 foram integralmente aprovadas, resultando na resolução ainda vigente. Ao acompanhar diretamente todo o processo de criação da referida norma, observa-se que a maior preocupação dos parlamentares consistiu na fixação de prazos, na expectativa de que tal regramento fosse capaz de impossibilitar a ocorrência do sobrestamento da pauta das casas legislativas. Mas essa diretriz implicou prejuízo a um aspecto fundamental: o exame dos pressupostos de relevância e urgência para edição da medida provisória e da constitucionalidade da matéria por meio da discussão aprofundada no âmbito da comissão mista. A inexistência do debate no âmbito do colegiado técnico impede o conhecimento célere pela sociedade (que já está subordinada aos efeitos da norma) sobre a medida proposta pelo Executivo e sobre a análise de seus representantes no Parlamento; ou seja, também prejudica a avaliação e o controle social sobre o mérito da

pretensa lei. Razão pela qual é oportuno apresentar alguns pontos da norma interna adotada pelo Congresso Nacional que gera tantas repercussões extramuros.

### **As regras internas e sua prática**

Nos termos da Resolução nº 1, de 2002-CN, editada a medida provisória, a Mesa do Congresso Nacional tem 48 horas para publicação e designação da comissão mista, integrada por 13 senadores e 13 deputados e igual número de suplentes. Após ser designada, a comissão tem prazo de 24 horas para sua instalação e eleição do presidente, vice-presidente e relatores. Para apresentação final do parecer pela comissão, foi fixado prazo improrrogável de 14 dias. Um parecer único, mas abordando os aspectos constitucionais, o mérito e, quando for o caso, a adequação financeira e orçamentária, deve ser discutido e votado pelos deputados e senadores no âmbito desse colegiado misto. Assim, nos termos formais da resolução, com o parecer aprovado pela comissão, a matéria é encaminhada primeiramente à Câmara dos Deputados, a seguir ao Senado Federal. A norma interna dispôs ainda que, quanto às medidas provisórias sobre abertura de crédito extraordinário à lei orçamentária anual, a competência para emitir o parecer ficará a cargo da Comissão Mista Permanente de Orçamento.

A resolução estipula também que somente perante a comissão mista, no prazo de seis dias contados da edição da medida provisória, os parlamentares poderão oferecer emendas a seu texto. A emenda apresentada pode ser rejeitada pelo presidente da comissão, hipótese que permite ao autor apresentar recurso contra a decisão para a própria comissão, a quem compete a decisão final sobre a sugestão apresentada. Assim, formalmente, deputados e senadores não podem apresentar emendas no Plenário das respectivas casas e, durante a discussão da matéria, apenas é permitido o uso de destaques pelos parlamentares, bem como a apresentação, pelo relator, de projeto de lei de conversão. Depreende-se da análise da norma, que se buscou privilegiar as discussões

perante a comissão, momento mais apropriado para avaliar as propostas de alteração à medida provisória. Mas, como esse colegiado ficou relegado, a indicação para aprovação ou rejeição das emendas dos parlamentares fica à mercê do relatório apresentado em Plenário na Câmara dos Deputados, geralmente conhecido no momento em que o presidente anuncia a matéria na Ordem do Dia da sessão. Para refletir sobre as condições objetivas na análise das sugestões apresentadas à uma medida provisória, a MP 279, de 2006, que dispôs sobre abertura de crédito extraordinário no valor de R\$890 milhões, recebeu 624 emendas. O parecer proferido em Plenário à matéria indicou para aprovação somente a emenda de número 1. A medida provisória foi discutida na Câmara em apenas uma sessão, ou seja, em menos de 3 horas; encerrada aquela sessão, alguns dias após, a referida medida foi aprovada na Câmara e encaminhada ao Senado Federal, já com o prazo constitucional de 45 dias vencido.

Elaborado ou não (como de praxe) o parecer pela própria comissão mista, a resolução determina que a apreciação em Plenário antes da análise do mérito por cada uma das casas em sessões separadas deve iniciar-se pela deliberação sobre os pressupostos de relevância, urgência e constitucionalidade material da medida provisória. Assim, a tramitação inicia-se sempre na Câmara dos Deputados, que poderá rejeitar a matéria, que será arquivada, ou aprová-la, encaminhando a medida provisória e o processado (emendas e projeto de lei de conversão) ao Senado Federal. Rejeitada pelos senadores, a matéria vai ao arquivo, mas, aprovada pelos senadores em conformidade com a decisão da Câmara, o texto será encaminhado ao Executivo. Na hipótese de o Senado Federal aprovar a matéria com alterações no texto proposto pela Câmara, a medida provisória retorna a esta casa. Desse modo, observadas algumas peculiaridades inerentes ao instituto, a resolução adota procedimento semelhante à apreciação de projetos de lei de iniciativa do Executivo, situação em que o Senado Federal figura como casa revisora (sistema bicameral).

Quanto ao sobrestamento da pauta, a resolução repete o texto constitucional para esclarecer que, não apreciada no

prazo de 45 dias, a medida provisória tem o poder de trancar a pauta de deliberação da casa onde se encontre. O prazo de sobrestamento da pauta é contado de forma conjunta para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal. O “trancamento da pauta”, como ficou conhecido, entretanto, ocorre somente na casa onde a medida provisória estiver tramitando. Por exemplo, uma medida provisória editada em 30 de agosto tem prazo de sobrestamento em 14 de outubro, e a votação da medida provisória sempre será iniciada pela Câmara dos Deputados; caso não esteja apreciada até o 45º dia, a pauta do Plenário da Câmara ficará sobrestada, ou seja, não poderá haver nenhuma outra deliberação legislativa, mas a situação não impede as votações no Senado. Aprovada pelos deputados, essa medida provisória com prazo de deliberação vencido será encaminhada ao Senado Federal, o qual terá sua pauta de Plenário, de pronto, sobrestada, enquanto a Câmara dos Deputados estará livre da penalidade (salvo se houver outra medida provisória com prazo constitucional vencido). Por fim, é possível ainda que o Senado Federal retorne aquela matéria à Câmara, quando, novamente, sobrestará a pauta da casa.

Impende destacar que o Senado Federal tem recebido as medidas provisórias, na maioria das vezes, já com o prazo constitucional vencido. De modo geral, a Câmara dos Deputados somente inicia ou conclui a deliberação após o 45º dia. Assim ocorreu, a saber, nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, quando foram editadas oito medidas provisórias e nenhuma foi encaminhada à apreciação dos senadores antes do prazo de sobrestamento. Nos dois primeiros meses deste ano de 2007, 13 medidas provisórias foram editadas e apenas 3 (MP nºs 343, 344 e 345) encaminhadas ao Senado Federal antes do referido prazo. Em 19 de março, as medidas provisórias que compõem o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo atual, as quais receberam mais de 700 emendas, completaram seu prazo de sobrestamento ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, ou seja, novamente o Senado Federal recebe a matéria com prazo superior a 45 dias, sobrestando a pauta de deliberação desta casa.

A resolução ainda dispõe quanto à edição de decreto legislativo para regulamentar as relações jurídicas advindas da medida provisória. A norma interna dispõe que compete inicialmente à comissão mista elaborar o projeto. Mas, caso não se manifeste no prazo de 15 dias, contados da votação ou perda de eficácia da medida provisória, qualquer parlamentar poderá apresentar a proposição. Na última legislatura, segundo o sistema de informação e pesquisa de matéria legislativa do Senado Federal, apenas um decreto legislativo, em 2004, foi aprovado para regulamentar as relações jurídicas decorrentes da MP nº 196.

Fica patente que o texto da resolução viola expressamente o procedimento exigido pela Constituição Federal. Enquanto a Lei Maior determina que a comissão mista de deputados e senadores deve examinar as medidas provisórias, emitindo parecer antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os artigos da resolução permitem a substituição do colegiado na análise da matéria por um único parlamentar em Plenário. Sob o aspecto prático, tal permissão resultou na institucionalização do não-funcionamento da comissão mista. Tanto assim que nenhuma medida provisória, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, conseguiu que o debate aprofundado da matéria fosse realizado em conjunto pelos deputados e senadores designados para compor cada comissão antes da apreciação em Plenário. A não-deliberação da comissão mista, conforme acima mencionado, prejudica o exame contundente da matéria, tanto sobre os pressupostos constitucionais como em relação ao mérito, acarretando danos sociais, problemas ao processo legislativo e distorções ao sistema jurídico.

Assim ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 28, de 4 de fevereiro de 2002. Rejeitada por inconstitucionalidade material, somente em 17 de abril daquele ano, por unanimidade na Câmara dos Deputados, a medida, que tratava de matéria processual penal, criou um regime disciplinar diferenciado para cumprimento de penas em um sistema mais severo. A

norma provisória que permitiu a imediata inserção de presos perigosos em um isolamento por até 365 dias, editada mesmo com a proibição expressa do artigo 62, § 1º, I, "b", da Constituição Federal, violou direito fundamental do Estado Democrático de Direito segundo o qual a liberdade de qualquer pessoa e o devido processo não podem ser tratados por instrumento precário (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). Os fatos ocorridos sob sua égide não deixarão de existir (*efectos ex tunc*) em virtude da rejeição formal da Câmara dos Deputados, mas nem mesmo um decreto legislativo foi editado. Assim, na ausência de tal decreto legislativo, nos termos do § 11 do artigo 62 do texto constitucional, as relações constituídas e os atos praticados permanecem regidos pela medida provisória inconstitucional. Situações como essa poderiam ser evitadas, ou pelo menos minoradas, com a discussão imediata do ato e produção do parecer pelos integrantes da comissão mista; ou seja, por falta de reunião deste colegiado, o Poder Legislativo perdeu a oportunidade de conhecer com brevidade o conteúdo da matéria para o Parlamento, debater questão de direito fundamental.

### **A comissão mista: comissão "fantasma"**

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, desde a Resolução nº 1, de 2002-CN, nenhum parecer à medida provisória foi aprovado no âmbito da comissão mista.

Conforme abordado em *Medidas Provisórias, procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos* (VALLE, 2004), a ausência de discussão e integração das duas casas na fase anterior ao encaminhamento para deliberação, respectivamente, ao Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal compromete a análise do mérito e o eficiente funcionamento do processo legislativo. O descaso com a comissão mista pode parecer, inicialmente, do ponto de vista estritamente político-partidário, interessante a determinado

grupo pelo fato de o relator designado em Plenário reunir grande poder de influência sobre a deliberação e os rumos do texto original, do projeto de lei de conversão e das emendas porventura apresentadas. Mas, do ponto de vista jurídico-social, a ausência de deliberação pelo colegiado misto implica conseqüências ao Direito, devido à possibilidade de criação de normas contraditórias ou inconstitucionais. Quanto ao aspecto social, as conseqüências parecem ainda mais perversas em razão dos efeitos imediatos da medida, por vezes irreversíveis, da possibilidade de violação a direitos fundamentais e da insegurança causada também pela ausência de regulamentação das complexas relações surgidas com a edição do texto.

Devido à ausência de deliberação no âmbito do colegiado misto, além da situação peculiar que muitas vezes leva o Plenário a conhecer o texto do projeto poucos minutos antes da votação da matéria, torna-se mais difícil a discussão plural e a legitimidade da decisão, primeiramente entre as representações políticas dentro da mesma casa, depois entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em franca oportunidade ao uso arbitrário do poder político. Para citar apenas um exemplo de como o processo legislativo não pode ser feito com aqodamento, destaca-se a Medida Provisória nº 66, de 2002, que tratava sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep).

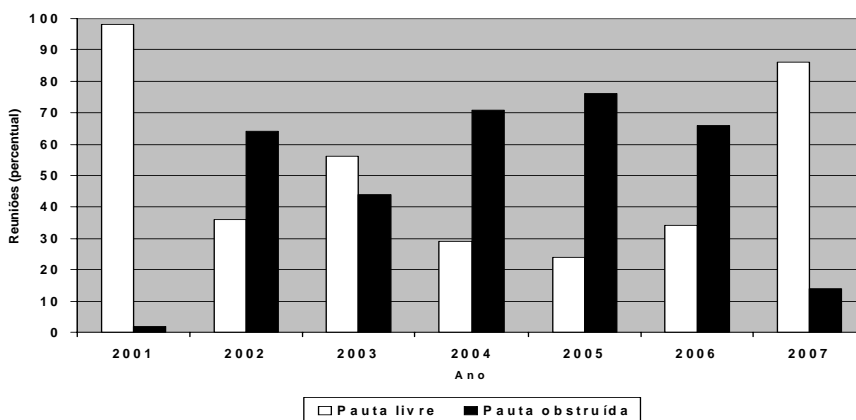
Editada em 30 de agosto daquele ano, o parecer, que foi proferido no Plenário da Câmara dos Deputados em 5 de dezembro de 2002, concluiu pela apresentação de projeto de lei de conversão. Tendo em vista as inúmeras objeções ao texto apresentado pelo relator, o parecer foi reformulado ainda na Câmara, cinco dias depois, e, após apreciação pelo Senado Federal, em 30 de dezembro, o Projeto de Lei de Conversão nº 31, de 2002, foi parcialmente sancionado (vetado em 42 dispositivos – Mensagem nº 1.243, de 2002, da Presidência da República) e transformado na Lei nº 10.637, de 2002. Essa

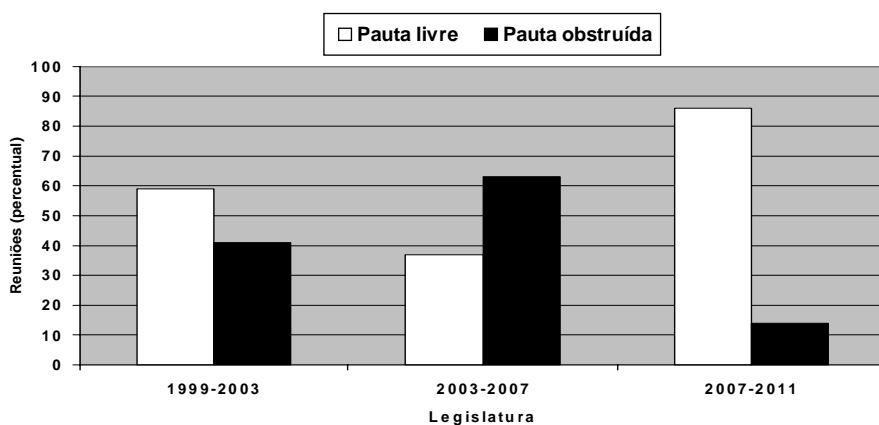
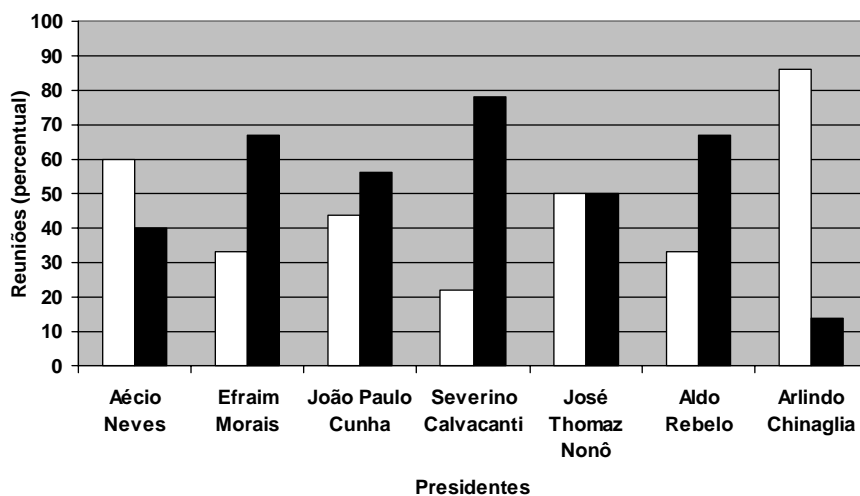
## MEDIDAS PROVISÓRIAS E USURPAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

problemática na forma de condução da apreciação legislativa das medidas provisórias fica caracterizada quando se observam as alterações sofridas pela lei resultante da Medida Provisória 66. A Lei nº 10.637, de 2002, foi alterada pela Medida Provisória nº 107, de 2003, Medida Provisória nº 135, de 2003, Medida Provisória nº 164, de 2004, Medida Provisória nº 183, de 2004, Medida Provisória nº 202, de 2004, Medida Provisória nº 255, de 2005, Medida Provisória nº 275, de 2005, e Medida Provisória nº 351, de 2007.

### Atuação executiva e legislativa sobre as medidas provisórias

Observado todo o período de vigência, fica notório que, mesmo com a promulgação da Emenda nº 32, de 2001, o Congresso Nacional não retomou a primazia no processo de elaboração das leis. De setembro de 2001 a dezembro de 2002, foram editadas 102 medidas provisórias. No primeiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de janeiro de 2003 a dezembro de 2006, foram 240. Nesse mesmo período, durante a 52ª Legislatura, 63% das sessões deliberativas da Câmara dos Deputados foram trancadas por medidas provisórias, conforme se observa nos gráficos abaixo, produzidos por Francisco Cardozo, com base no sistema de informação legislativa da Câmara dos Deputados.





Patente fica, portanto, que as alterações produzidas no texto constitucional até agora não são suficientes para limitar o uso de medidas provisórias pelo presidente da República e evitar os prejuízos causados ao processo legislativo e às relações sociais. Prejuízos decorrentes da própria natureza desse instrumento, que produz efeitos imediatos, aliados à falta de comprometimento com a avaliação cautelosa dos pressupostos

constitucionais de relevância e urgência. Afinal, para que a medida provisória se diferencie do antidemocrático decreto-lei, conforme pretendido pelo constituinte originário, deve ter por característica a provisoriedade e, assim sendo, em apreciação posterior à edição da medida, o Congresso Nacional deve ter o poder de desconstituir sua eficácia desde a publicação. Mas como o Legislativo pode desconstituir a eficácia de medida provisória que, por exemplo, implique em execução imediata, como no caso de abertura de créditos extraordinários?

Instrumento de ajuste do Direito Orçamentário, nos termos do artigo 167, §3º, da Constituição Federal, o crédito extraordinário tem por requisitos a imprevisibilidade e urgência das despesas, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. Assim, quando uma medida provisória que abre crédito extraordinário é editada, os recursos podem ser repassados e executados imediatamente. Logo, o órgão já começa a fazer os empenhos a partir da vigência da norma e quando o Congresso Nacional aprecia a medida, seu objeto já se consumou. O Poder Legislativo fica, portanto, apenas com a função de homologar as decisões executivas sobre a destinação orçamentária, em evidente desarmonia com o papel constitucional do Parlamento de participação nas finanças públicas.

Nesse sentido, durante a realização da sessão ordinária da Câmara dos Deputados em 14 de fevereiro próximo passado, ocorreu aprovação da Medida Provisória nº 332, de dezembro de 2006, que permitiu a abertura de crédito extraordinário no valor global de R\$9.746.438.66,00 (nove bilhões, setecentos e quarenta e seis milhões, quatrocentos e trinta e oito mil e sessenta e seis reais). Consoante consta do parecer oral proferido em Plenário, até aquele dia, ou seja, antes da aprovação definitiva das duas casas do Congresso Nacional, já haviam sido gastos pelo Poder Executivo 97% do total solicitado. Ademais, nos termos do parecer, aprovado por 310 deputados – dos 439 presentes à votação –, a medida provisória foi considerada constitucional em relação aos pressupostos exigidos pela Constituição Federal sob a justificativa de a matéria ser considerada de suma importância

para a população (o crédito destinava-se aos Ministérios da Previdência e do Trabalho).

Todavia, além da dificuldade de desconstituir a eficácia da medida provisória de créditos extraordinários, chama a atenção o discurso argumentativo utilizado durante a apreciação da constitucionalidade da matéria. O parecer à MP nº 332, de 2006, expressamente confessa os equívocos dos procedimentos adotados e a necessidade de mudanças, *verbis*:

*Quanto à imprevisibilidade requerida, os argumentos apresentados por meio da exposição de motivos não atendem, a rigor, à exigibilidade constitucional, haja vista que o aumento das despesas contempladas na medida provisória já estava previsto desde julho e outubro de 2006, data do encaminhamento das Mensagens Presidenciais nºs 650 e 877, relativas aos PLN's 10 e 30, respectivamente. Por meio das Mensagens nºs 153-CN e 154-CN, o Poder Executivo solicitou a retirada dos referidos PLNs da pauta, tendo em vista a edição da medida provisória em comento.*

***Todavia, tem sido prática corrente a adoção da aprovação de créditos extraordinários contendo despesas previsíveis. Diante desse contexto, e tendo em vista a natureza obrigatória das despesas contempladas pela MP 332, de indiscutível importância para a população, e considerando ainda a urgência da aplicação dos recursos no final do exercício passado, somos pelo atendimento dos pressupostos constitucionais de admissibilidade. Para os casos futuros, porém, entendemos que devam ser promovidas gestões desta Casa junto ao Poder Executivo no intuito de resgatar o espírito da Lei Maior no tocante à abertura de créditos extraordinários. [grifos no original]***

Nesse ponto, eis que surge outra questão: é “entendimento aturado e velho” do Supremo Tribunal Federal que não lhe cabe controlar ou estimar os critérios constitucionais que autorizam a edição de medidas provisórias

pelo Poder Executivo (ADI nº 3.709, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 15/5/06). Mas não é este, pelo menos, o papel do Congresso Nacional quando da análise dos pressupostos de relevância e urgência (e imprevisibilidade, no caso de créditos extraordinários) de uma medida provisória? A análise não deveria ser feita rigorosamente por algum dos Poderes constituídos? Pode a situação prática justificar a mitigação do princípio constitucional do devido processo legislativo?

Nesse ponto, vale lembrar Menelick de Carvalho Neto sobre os papéis reservados ao Legislativo e ao Judiciário no Estado Democrático de Direito:

*Assim, acreditamos que o Judiciário ocupe um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça. Outra característica essencial do Direito moderno é o seu caráter textual. O fato de que só temos acesso às suas normas mediante textos discursivamente construídos e reconstruídos. Portanto, os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, são da maior relevância para a implementação de um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas. Uma delas é a que revela a crença de que todos os problemas e virtudes de nossa vida jurídica dependeriam da qualidade literal de nossos textos legislativos. Esquece-se que os textos são o objeto da atividade de interpretação e não o seu sujeito. Que o anseio de aprimoramento de nossas instituições pode requerer algo muito mais complexo do que a simples reforma de textos constitucionais e legislativos. (CARVALHO NETTO, 1998).*

Poder-se-ia supor, ainda tomando como exemplo a edição de crédito extraordinário por medida provisória, que sua edição se faz necessária em razão das dificuldades do

Executivo de aprovação pelo Congresso Nacional de projetos de lei solicitando a abertura de crédito suplementar ou especial. Mas essa não é a realidade. No exercício financeiro de 2003, foram enviados 51 desses projetos de lei e todos foram aprovados. Em 2004, dos 108 projetos encaminhados, 98 foram aprovados e 10 retirados pelo próprio Executivo. A situação se repetiu em 2005, quando foram enviados 70 projetos de lei de crédito especial ou suplementar e, à exceção de 7 (2 arquivados e 5 retirados pelo próprio autor), os demais foram todos aprovados. Os fatos se repetiram em 2006 e, mesmo com a aprovação dos projetos, o Executivo não deixou de editar medidas provisórias. Ao contrário, neste ano de 2007, quando nenhum projeto de lei solicitando a abertura de crédito suplementar ou especial ainda havia sido enviado, quatro medidas provisórias já foram editadas (CAPILLÉ, 2007).

Assim, na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de setembro de 2001 a fevereiro de 2007, não se observa rigor para adoção e apreciação das medidas provisórias. O Poder Executivo considerou urgente e relevante as mais diversas situações, editando 355 medidas provisórias. O Congresso Nacional, por sua vez, desde a fixação das normas para apreciação dessas medidas (Resolução nº 1, de 2002), jamais conseguiu aprovar sequer um parecer no âmbito da comissão mista. Apenas na apreciação das Medidas Provisórias nºs 182, de 2004 (dispôs sobre o aumento do salário mínimo), 207, de 2004, (concedeu ao presidente do Banco Central do Brasil o *status* de ministro de Estado), e 232, de 2005 (alteração da legislação tributária), foi possível a instalação e realização de reunião (por uma ou duas vezes) da respectiva comissão mista. Portanto, conforme afirmado anteriormente, por entender como sendo essencial o debate aprofundado no âmbito das comissões do Parlamento, os padrões de conduta que têm sido adotados pelos Poderes constituídos, além de violar a Constituição Federal (artigo 62, §§ 5º e 9º), comprometem o próprio processo democrático.

### **A Proposta de Emenda à Constituição nº 511/2006**

Em meio à enxurrada de medidas provisórias e ausência das reuniões das comissões mistas destinadas à sua apreciação, chegou à Câmara dos Deputados, em 9 de fevereiro de 2006, nova proposta de emenda à Constituição (PEC), já aprovada pelo Senado Federal, para alteração do texto. De iniciativa do senador Antônio Carlos Magalhães (PFL/BA) e aguardando parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, a proposição estabelece de forma surpreendente que, editada uma medida provisória, somente terá força de lei depois de aprovada a sua admissibilidade pelo Congresso Nacional, sendo o início da apreciação alternado entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Novamente o texto descreve com detalhes prazo para deliberação sobre admissibilidade da comissão mista, prazo de recurso contra decisão da comissão, prazo para decisão do Plenário, prazo para tramitação na Câmara, prazo para tramitação no Senado, prazo para entrar em regime de urgência e sobrestar a pauta, prazo para perda de eficácia, prazo para edição do decreto legislativo. Prazos, prazos e mais prazos que se pretendem incluir não mais em resolução do Congresso, mas no próprio texto da Constituição Federal.

A proposta ainda sugere para a redação constitucional que cada medida provisória trate de um único objeto e não contenha matéria estranha a ele não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão. Neste ponto, é oportuno destacar que esse tipo de limite já está positivado no artigo 7º da Lei Complementar 98, de 1998, e mesmo assim não impediu os abusos do Poder Executivo. Sobre os limites materiais, a proposição pretende incluir a vedação para edição de medidas provisórias sobre tributos de forma geral, permitindo apenas sua edição para os casos de extinção ou redução. Ademais, a PEC propõe que somente as medidas provisórias editadas após a mudança pretendida sejam regidas pelo novo texto, permitindo que medida provisória anterior seja regida pela Emenda 32 ou pelo texto originário, conforme a data de sua edição. Dispõe ainda que, durante os recessos do Congresso

Nacional, a admissibilidade da medida ficará a cargo da comissão representativa referida no § 4º do artigo 58 da Constituição vigente.

Em que pesem os esforços na construção da PEC, a proposta é bastante discutível. Primeiro, porque revela novamente a crença de que a simples alteração de texto constitucional será suficiente para mudar a conduta do Executivo e do Legislativo. Segundo, por mais racional que possa ser considerada por seus defensores, a proposta de inclusão de um novo regramento no mundo jurídico não pode desprezar os fatos e as prováveis conseqüências. Não pode ser esquecido que, em 1988, o texto originário da Lei Fundamental determinou, de forma sintética, que a medida provisória deveria ser editada apenas nos casos de relevância e urgência e apreciada em 30 dias pelo Congresso Nacional. Mesmo assim, o Executivo abusou na adoção das medidas, o Parlamento não analisou os pressupostos constitucionais com rigor, nem obedeceu ao prazo de apreciação. Aliás, ainda hoje estão em tramitação mais de 50 medidas “provisórias”, algumas delas com seis anos de edição, como a MP nº 2.156-5, de 24 de agosto de 2001.

Em 2001, independentemente da significativa mudança do texto constitucional, as medidas provisórias continuaram a interferir de forma ainda mais contundente no funcionamento do Parlamento e a provocar insegurança jurídica. Houve detalhamento das vedações materiais para edição, determinação de parecer prévio proferido por uma comissão mista, dilatação de prazos de vigência e penalidade de sobrestamento da pauta, além de determinação de apreciação da matéria em sessões separadas pelas casas do Congresso Nacional. Novamente o Executivo abusou das prerrogativas, os parlamentares não analisaram com rigor os pressupostos constitucionais de urgência, relevância e previsibilidade, não observaram os prazos, ignoraram a determinação de discussão pela comissão mista, não editaram os decretos legislativos necessários. Agora, de forma ainda mais pormenorizada, pretende-se inscrever na Constituição Federal os prazos e procedimentos

que devam nortear a conduta dos parlamentares na deliberação da matéria, assim como se procede com um regulamento. Mas prazos e procedimentos para apreciação das medidas provisórias já não estão escritos em leis como a Resolução nº 1, de 2002, e a Resolução nº 1, de 1989? Não é paradoxal admitir a permanência da medida provisória, mas retirar-lhe a eficácia imediata? Será que tudo se resume a uma questão de texto constitucional ou texto infraconstitucional? Texto para prazos, texto para sobrestamentos, texto para vigência solucionam o problema?

Não, o problema não é textual. Decerto, em razão das complexas sociedades atuais, por vezes a Constituição necessita de mudanças – especialmente constituições detalhistas. Mas neste caso, conforme se observa pela história do instituto, a resposta aos problemas advindos das medidas provisórias está mais bem fundamentada no respeito aos princípios constitucionais e democráticos, como o devido processo legislativo e a soberania popular, que implicam não uma mudança de texto, mas de condutas. Mudança que deve ocorrer no Legislativo, atuando de forma comprometida e efetiva na análise das matérias; no Executivo, respeitando concretamente as determinações constitucionais para sua participação no processo legislativo; e no Judiciário, na interpretação da Constituição como norma obrigatória a ser respeitada também nas questões internas do Parlamento. Afinal, os requisitos formais do processo legislativo, o exercício do mandato representativo e o princípio da separação de Poderes só podem ser compreendidos, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, como questões voltadas à própria cidadania, e não à funcionalidade da atividade parlamentar ou a interesses de governos.

Sobre os riscos de nova alteração casuística do texto constitucional, vale relembrar Friedrich Muller: “Afinal de contas, não se estatuem impunemente textos de normas e textos constitucionais, que foram concebidos com pré-compreensão insincera. Os textos podem revidar (zurückschlagen)”.

### Referências bibliográficas

ABREU Junior, Diogo Alves de. *Medidas Provisórias: o poder quase absoluto*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

CAPILLÉ, Ricardo Azevedo. *Orçamento impositivo: abrangência e implicações*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

CARVALHO, Kátia de. *Medidas provisórias no âmbito do direito comparado*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/publicacoes>>.

CARVALHONETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: Notícia do direito brasileiro. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Centro de Informática – CENIN, Serviço de Informação Legislativa – SILEG, Banco de Dados*. Acesso em: mar. 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Secretaria-Geral da Mesa – Núcleo de Assessoramento Técnico – NATEC, Estatística dos Trabalhos da Câmara dos Deputados, sessões legislativas 2003/2006*.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2000.

DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a lei*. Introdução a um procedimento metódico. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno12/delley.pdf>>.

DIÁRIO da Assembléia Nacional Constituinte nº 209, 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/publicacoes>>.

MEDIDAS PROVISÓRIAS. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: mar. 2007.

MEDIDAS provisórias. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf>>. Acesso em: mar. 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A Questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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

VALLE, Juliana Carla de Freitas do. *A tramitação das medidas provisórias e suas comissões mistas*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. Monografia apresentada como parte dos requisitos de conclusão de curso de especialização *lato sensu*.

VALLE, Juliana Carla de Freitas do. *Medidas Provisórias: O procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos*. Brasília: FDK, 2004. (Série Jurídica).



# LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

LUZIUS MADER\*



legislação é uma das tarefas mais importantes dos organismos estatais. A Constituição Federal suíça lembra isso de forma explícita em no mínimo dois trechos, no artigo 164, no que concerne às competências do Parlamento, e no artigo 182, no que se refere às competências do governo<sup>1</sup> Mas o que é preciso exatamente se entender por legislação? Quais são suas formas e funções? Como os organismos estatais cumprem suas tarefas legislativas? A legislação responde às expectativas e exigências, em particular às exigências de qualidade dos seus destinatários? Será possível e necessário aprimorar a qualidade da legislação? E, se a resposta for positiva, como poderíamos aprimorá-la? São essas algumas das questões que interessam à jurisprudência<sup>2</sup> e eu gostaria de abordá-las rapidamente neste trabalho. Trata-

• Jurista, professor da Faculdade de Direito de Berna, professor do Instituto de Altos Estudos em Administração Pública da Suíça e vice-diretor da Fundação Federal do Ministério da Justiça da Suíça.

<sup>1</sup> Na medida em que os desdobramentos que se seguem têm a ver com o Direito Positivo ou com o dogmatismo jurídico, referem-se ao Direito suíço, mais precisamente ao Direito federal suíço.

<sup>2</sup> Segundo o meu entendimento, o termo *légisprudence* foi utili-

zadopela primeira vez nesse contexto por Luc Wintgens: ver L. Wintgens, *Création d'une banque de données en légisprudence légisprudence*. In: "Legislação atual" (LeGes), 1992/3, p.91.

• NT: Em português, usaremos "legisprudência" como tradução literal do neologismo empregado pelo autor.

<sup>3</sup> Ver sua obra de pioneiro: P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973 (há possibilidade de uma tradução francesa desta obra vir a ser publicada brevemente). Para uma rápida descrição da gênese dessa disciplina, ver L. Mader, "L' é v a l u a t i o n législative", 1985, p. 11 e seguintes.

<sup>4</sup> Ver a definição do artigo 22, alínea "4", da "Lei do Parlamento" (RS 171.10).

se, portanto, de refletir sobre alguns aspectos específicos do tema objeto de uma disciplina científica que está surgindo e que deve sua emergência principalmente ao incentivo dado por Peter Noll<sup>3</sup>.

### 1 – A legislação – uma forma importante de expressão da vontade do Estado

As decisões do Estado podem se revestir de formas diversas: na forma da legislação, da decisão, do contrato, do tratado internacional, da diretiva interna da administração ou do ato material, etc. Dentre essas formas, a legislação é talvez a mais importante, porque é ela que, sobretudo, é utilizada para expressar as decisões políticas.

Tomada na sua acepção estática, a legislação abrange o conjunto dos atos unilaterais criadores das regras de direito. Por "regras de direito", entendemos as normas que têm um caráter geral e abstrato, ou seja, aquelas que concernem a um número indeterminado de pessoas e situações e que geram obrigações, conferem direitos ou atribuem competências<sup>4</sup>. Em outros termos, trata-se de normas que regulamentam os direitos e as obrigações dos indivíduos, ou que instituem as autoridades, definindo suas tarefas e competências e precisando os seus procedimentos.

O nível normativo das regras de direito pode variar: nível da Constituição, da lei ou do decreto. Em função da posição das regras na hierarquia normativa, distingue-se entre legislação formal e legislação material. A primeira inclui as regras de direito que figuram em uma determinada lei, quer dizer, em um ato sujeito a referendo; a segunda inclui os decretos editados pelo Parlamento, pelo governo ou pela Administração Pública.

Do ponto de vista quantitativo, a legislação material tem preponderância indiscutível sobre a legislação formal, mas, do ponto de vista qualitativo, esta última é bem mais importante porque, segundo o artigo 164, alínea "1", da Constituição Federal, todas as regras de direito importantes e fundamentais devem em princípio ser editadas sob a forma de lei. Esse princípio é, no

entanto, suavizado pelo fato de que o legislador (parlamento e povo) pode delegar a competência para editar normas de direito ao Parlamento, ao governo, ou à administração, e até mesmo a organismos ou pessoas externas à administração.

Às vezes, o termo “legislação” é utilizado numa acepção mais ampla e inclui atos que não contêm regras de direito. É o caso, por um lado, dos decretos federais instituídos pelo Parlamento e, por outro, dos decretos administrativos ou diretivas, editados pelo governo ou pela administração<sup>5</sup>. Segundo o artigo 163, *alínea* “2”, da Constituição Federal, os atos instituídos pelo Parlamento e que não contêm normas de direito tomam a forma de decreto federal; são qualificados como decreto federal simples se não estão sujeitos a referendo. No que concerne aos decretos administrativos e diretivas internas, esses podem certamente ter um caráter geral e abstrato, mas não são diretamente aplicáveis; na verdade, trata-se de injunções dirigidas à administração e que não produzem efeitos diretos sobre os indivíduos. Por essa razão, eles não são considerados como regras de direito; em consequência disso, não estão incluídos na noção de legislação<sup>6</sup>. Se, do ponto de vista jurídico ou dogmático, essa solução é perfeitamente lógica e sensata, do ponto de vista da jurisprudência, existem boas razões para se utilizar a noção de legislação em um sentido mais amplo e incluir nela também os decretos federais e os decretos administrativos ou as diretivas internas<sup>7</sup>. Pelo menos em parte, sua elaboração e aplicação comportam os mesmos problemas que os das regras de direito.

## 2 – A legislação – processo de decisão do Estado

Na sua acepção estática, a legislação é produto de um processo de decisão originária do Estado, mas a noção de legislação é igualmente utilizada em uma acepção dinâmica e designa, nesse sentido, a atividade legislativa ou o processo legislativo, mais precisamente o processo de decisão que conduz à adoção de atos legislativos. Esse processo se desenvolve essencialmente no interior dos organismos estatais, que assumem também responsabilidade por ele. No entanto, os

<sup>5</sup> Deste modo, as diretivas da confederação sobre técnica legislativa instituídas pela *Chancellerie de la Confédération Suisse*, em colaboração com o *Office Fédéral de Justice*, e o guia da legislação editado por este último cobrem também os aspectos “legísticos” em correlação com essas ações ou atos. Ademais, a lei sobre as relações entre os conselhos, de 23 de março de 1962, anulada e substituída pela lei sobre o Parlamento em 2003, incluía, nos “atos legislativos”, não apenas as leis federais e os decretos federais de âmbito geral, mas também os decretos federais simples, que não contêm regras de direito.

<sup>6</sup> Segundo o artigo 22, *alínea* “4”, da lei sobre o parlamento, apenas consideram-

se instituidoras de regras de direito as disposições gerais e abstratas que têm uma aplicação direta.

<sup>7</sup> Em alemão, emprega-se a palavra *Erlasse* para designar o conjunto dos atos cobertos pela noção ampla de legislação: ver em especial as diretivas sobre a técnica legislativa, mencionadas acima. O equivalente francês dessa palavra (“atos” ou “ações”) é mais ambíguo; em especial, ele não se distingue muito da noção de ato administrativo ou decisão (*Verfügung*).

atores exteriores a esses órgãos, pessoas ou órgãos representando a sociedade civil, podem estar associados a esse processo, por exemplo, na qualidade de especialistas ou no contexto da consulta aos segmentos sociais interessados.

O processo de decisão em matéria legislativa rege-se por normas relativamente precisas, de grau institucional, legal e infralegal (decretos-lei e diretivas internas). Pode se mencionar, por exemplo, as normas que tratam do referendo, do funcionamento do bicameralismo, do procedimento de consulta externa, do preparo das decisões de governo (procedimento correlato no nível dos departamentos) e dos mecanismos de coordenação no âmbito dos órgãos federais (procedimento de consulta aos órgãos).

As regras distinguem as diferentes fases ou etapas do processo legislativo: fase preliminar ou pré-parlamentar, fase parlamentar, fase de referendo, etc. e determinam assim, em grande parte, o desenrolar do processo legislativo. As normas fixam as diretrizes para a gestão de projetos legislativos e contribuem para moldar o conteúdo – e, em particular, a qualidade material e formal do resultado, ou seja, da legislação.

### 3 – A legislação – instrumento da ação do Estado

A legislação preenche diversas funções essenciais na sociedade. Podemos distinguir quatro funções diversas: a função de ordem, a função de direção ou comando, a função de legitimação e a função decisória<sup>8</sup>. As duas primeiras funções estão mais relacionadas com o conteúdo – e portanto com a acepção estática da legislação, ao passo que as duas últimas estão mais estreitamente ligadas à acepção dinâmica, à legislação como processo de decisão.

Vamos tratar em princípio da função de ordem: tanto os atores privados (particulares e empresas) quanto as autoridades do Estado têm necessidade de diretrizes relativamente estáveis e precisas que lhes permitam conhecer e antecipar, com um grau razoável de certeza, os comportamentos dos outros atores sociais ou ligados ao Estado. As regras de direito podem preencher essa função, já que garantem a previsibilidade

<sup>8</sup> Ver, em particular, G. Muller, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 2006, p. 11 e seguintes; ver também L. Mader em colaboração com B. Rüttsche “Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2004/II, p. 32 e seguintes.

e estabilidade necessárias para as relações sociais. Essa função de ordem é a função predominante do Direito Privado, que rege as relações entre as pessoas, bem como entre as pessoas e as coisas, e que freqüentemente, apenas reflete a evolução da sociedade. No entanto, o mesmo sucede com determinadas normas de direito pertencentes a outras esferas legislativas, notadamente ao Direito Penal, ao direito orgânico das instituições do Estado e ao Direito Processual.

Em muitos casos, é uma outra função da legislação, a saber, sua função de direcionamento ou orientação dos comportamentos que predomina: a legislação é utilizada para influenciar, de maneira discreta, os comportamentos individuais dos atores sociais e dos agentes do Estado, bem como para conduzir os processos sociais numa determinada direção. É o caso, em particular, das normas de Direito Público, com base nas quais estão fundadas as políticas públicas nos diferentes domínios da atividade do Estado (política social, política da saúde, política ambiental, política dos transportes, política agrícola, etc. ) e que têm a ambição de contribuir para a mudança das realidades sociais nesses domínios. Tais regras têm então um caráter essencialmente instrumental: a legislação é um instrumento de ação do Estado, uma forma que deve adotar a maior parte das ações do Estado no âmbito das políticas públicas. Com efeito, em um Estado regido pelo direito, sua atividade deve ter um fundamento legal e estar em conformidade com o direito (princípio de legalidade), de maneira que quase todos os instrumentos de ação do Estado necessitem de escolhas legislativas.

Em terceiro lugar, a legislação, e mais particularmente a legislação no sentido formal, tem uma função de legitimação. As decisões ou regras provenientes do Estado que tomam a forma de lei e que resultam, portanto, de um procedimento que necessita da participação direta ou pelo menos indireta dos cidadãos gozam de uma forte legitimidade. Essa legitimidade garante que essas decisões ou normas serão bem aceitas pelas pessoas a que se destinam e que elas serão seguidas ou aplicadas em conformidade com a vontade das autoridades que as editaram.

Enfim, a legislação tem também uma função que se poderia qualificar como “decisória”: por um lado, como procedimento que estrutura o processo de decisão emanada do Estado, ela define quais órgãos podem, em qual momento e com quais competências, participar desse processo; e, por outro lado, como forma, ela serve para expressar o resultado do processo. Essa função “decisória” é importante mesmo nas situações em que não se trata de intervir de maneira normativa, definindo as regras do jogo da vida em sociedade (função de ordem) ou intervindo para realizar uma política pública (função de direcionamento ou orientação). Ela diz respeito, portanto, também às situações em que o processo de decisão emanada do Estado e o resultado que esse processo atinge têm um caráter simbólico.

Na verdade, essas poucas considerações nada mais fazem do que evocar certas funções que parecem fundamentais. Outros aspectos mereceriam igualmente ser postos em evidência. Penso, por exemplo, no fato de que a legislação – pelas normas gerais e abstratas que ela contém – contribui também para assegurar a igualdade de tratamento, a previsibilidade da ação advinda do Estado e a racionalização das atividades administrativas.

#### 4 – A legisprudência – abordagem global da legislação

<sup>9</sup> Este é um neologismo que prefiro às expressões legística ou “ciência da legislação”. O termo *légistique* (*Legistik*) é utilizado com frequência em um sentido mais estrito; ver nesta página abaixo; a expressão *ciência da legislação* (*Gesetzgebungswissenschaft*) não é de

A legisprudência<sup>9</sup> é uma disciplina relativamente nova que se desenvolve, há cerca de quatro décadas, nas fronteiras do direito e de diversas outras disciplinas científicas, principalmente as ciências sociais (ciências políticas e administrativas, sociologia, ciências econômicas, etc.) e a lingüística. Utilizando teorias, conceitos e métodos ou técnicas provenientes de várias disciplinas, ela tem pretensão de ser necessariamente interdisciplinar e visa a uma abordagem global do seu objeto<sup>10</sup>. A legisprudência não é de forma alguma um domínio reservado aos juristas, ainda que se admita que os juristas – tanto os publicistas quanto os privatistas e os penalistas – tenham dado os impulsos necessários à sua gênese e continuem a contribuir de maneira decisiva para o seu desenvolvimento.

Esta abordagem global da legislação compreende muitas e variadas áreas de interesse. Quais são elas? Limite-me aqui a mencionar as principais:

- a Legística material (ou metodologia legislativa): interessa-se pelo conteúdo da legislação, pela substância ou matéria normativa e procura desenvolver um procedimento metódico para a elaboração dos atos legislativos, a sua aplicação e avaliação;

- a Legística formal (técnica legislativa ou legística no sentido estrito): interessa-se pelos aspectos formais da legislação, em especial pela forma dos atos, por sua estrutura e sistemática;

- a redação e a comunicação legislativas: interessam-se pelos aspectos lingüísticos da legislação, principalmente pela sua inteligibilidade e pela questão de saber como a legislação pode ser levada ao conhecimento dos seus destinatários (publicação, etc.);

- o processo legislativo: sob esse ângulo, a jurisprudência se interessa pelas regras institucionais, organizacionais e processuais que regem o processo legislativo e que determinam, em certa medida, seu resultado. Na prática, encontram-se soluções bem diferentes com relação a isso. Por exemplo, existem países em que a legislação é redigida por um serviço especializado. É o caso, em particular, dos países anglo-saxões (*drafting service*). Além disso, o trabalho da Legística cabe aos serviços que são igualmente responsáveis pela fundamentação;

- a gestão de projetos legislativos: em razão da natureza política do processo de decisão e das regras que o regem, a gestão de projetos legislativos apresenta especificidades com relação à gestão de outros projetos, mas, sob muitos aspectos, os conceitos gerais e as técnicas de gestão de projetos são suscetíveis de serem aplicados no processo de elaboração das leis. A jurisprudência também se dedica a aplicar esses conceitos e técnicas e a adaptá-los ao contexto específico. Assim fazendo, ela deve levar em conta o fato de que as considerações táticas podem desempenhar um papel importante no processo legislativo e constituem assim um elemento não negligenciável da gestão de projetos;

modo algum adequada para englobar também as orientações essencialmente práticas ou pragmáticas desta abordagem global da legislação. O termo “*égisprudence*” corresponde bem à expressão alemã “*Gesetzgebungslehre*” e a analogia subjacente, à palavra *jurisprudence* (jurisprudência) está bem adequada ao objeto, métodos e áreas de interesse da disciplina.

<sup>10</sup> A propósito do caráter interdisciplinar da *légisprudence*, ver, em especial, P. Richli, (*Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtssetzung*, 2000).

<sup>11</sup> Na prática legislativa suíça, muitas dessas pessoas têm, sem dúvida, uma formação jurídica, mas não se pode deduzir que, pelo menos no que concerne aos aspectos práticos, a preparação da legislação seja um domínio privilegiado, ou seja, uma exclusividade dos juristas. A Legística material, em particular, recorre a conhecimentos e capacidades ou saber consolidado que a formação jurídica não fornece.

• a sociologia legislativa: a legisprudência não se interessa apenas pelos aspectos práticos da atividade legislativa, mas, especialmente, pelo preparo da legislação por especialistas em legislação, isto é, pessoas especializadas encarregadas dos trabalhos preparatórios<sup>11</sup> e os representantes dos órgãos legislativos. Ela examina também os fatores, especialmente as forças políticas que influenciam o processo legislativo, bem como a aplicação e os efeitos da legislação. O estudo dos processos decisórios, da aplicação e dos efeitos empíricos da legislação constitui uma área de interesse importante dessa disciplina, área de interesse que ela partilha, evidentemente, com outras disciplinas, em particular com as ciências políticas e administrativas;

• a teoria da legislação: uma abordagem global do fenômeno legislativo não pode limitar-se aos aspectos práticos e aos estudos empíricos. Também a legisprudência deve comportar uma análise crítica da atividade legislativa e uma reflexão teórica focada principalmente nas funções da legislação (e do Estado) na sociedade, sobre a sua importância relativa e sobre as transformações por elas sofridas.

Evidentemente, essas diferentes áreas de interesse não podem e não devem ser consideradas de maneira isolada. Elas se cruzam e se completam. Desenvolvimentos e progressos substanciais no domínio da legisprudência são possíveis apenas se as orientações práticas, empíricas e teóricas estiverem articuladas de forma otimizada e puderem se enriquecer mutuamente.

A seguir, ressaltarei alguns aspectos que me parecem importantes, sobretudo do ponto de vista da prática legislativa.

### **5 – A Legística material – um esforço para um procedimento metódico em matéria legislativa**

A legislação é uma ferramenta utilizável e utilizada para influenciar os atores sociais (indivíduos, empresas) e os agentes do Estado, seja para fazê-los mudar de comportamento, seja, ao contrário, para evitar que eles mudem de comportamento. Nesse sentido, ela tem um caráter instrumental. Essa concepção instrumental é subjacente ao procedimento metódi-

co preconizado no âmbito da Legística material. Com efeito, o procedimento metódico parte da idéia de que a atividade legislativa não é uma arte pela arte ou a conclusão simples da ação conjunta de uma série de obrigações, mas é uma ação finalizada, voluntarista, destinada à resolução de um problema.

O procedimento metódico tem como objetivo essencial definir a substância ou a matéria normativa que constituirá o essencial da legislação e assegurar a aplicação, bem como a avaliação dos efeitos da legislação. Ela se apóia na segmentação do processo legislativo em diversas seqüências analíticas<sup>12</sup>. Essa segmentação distingue as seqüências seguintes:

- a definição do problema baseada na análise da situação existente e a definição dos objetivos;
- a procura de instrumentos suscetíveis de contribuir para a solução do problema;
- a avaliação desses instrumentos, à luz especialmente das exigências que devem ser preenchidas (por exemplo, a exequibilidade ou praticabilidade) e limitações a respeitar (jurídicas ou outras, tais como o tempo necessário para a realização e os custos que ela implica);
- a escolha da solução (nesse contexto: adoção da legislação);
- a aplicação;
- a avaliação dos efeitos;
- e, se necessário, a adaptação da legislação.

Uma análise aprofundada dos fatos (“ser”) e uma clarificação suficiente dos objetivos (o dever-ser) são primordiais nesse contexto. Sem eles, não há verdadeira definição do problema, porque este consiste precisamente na diferença que existe entre esses dois elementos. Importa sob esse aspecto manter uma certa distância com relação aos problemas articulados pelos atores políticos e estar consciente do fato de que todos os problemas não justificam uma ação de Estado, uma intervenção do legislador. Na medida em que cabe

<sup>12</sup> Ver J.-D. Delley, *Penser la loi-introduction à une démarche méthodique*. In: Ch.-A. Morand (edição), "Legística formal e material", 1999, p. 81 e seguintes.

**Nota do editor:** Artigo traduzido e publicado nos Cadernos da Escola do Legislativo. Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, jan./jun. 2004.

efetivamente ao Estado resolver o problema, é importante também usar a imaginação na pesquisa dos instrumentos de ação e visualizar as alternativas possíveis. Enfim, para evitar uma limitação inadequada das alternativas, é importante analisar bem as exigências e distinguir claramente as que são absolutas daquelas que não são. Essa análise não deverá intervir num estágio prematuro do processo decisório. Somente após ter cumprido os passos preliminares do procedimento metódico, é que o conteúdo essencial do ato legislativo a ser elaborado estará suficientemente claro para que se possa empreender a elaboração de um projeto de texto normativo. Ora, uma falha importante da prática legislativa está precisamente no fato de que, ainda muito freqüentemente, os legistas põem-se a formular disposições legais ou regimentais antes mesmo de ter idéias precisas sobre o conteúdo normativo. Evidentemente, a contribuição da Legística material não pode se limitar a recomendar esse procedimento metódico em sete passos. Ela deve se desenvolver e pôr à disposição dos legistas ferramentas auxiliares, técnicas que lhes facilitem o cumprimento desses passos.

### **6 – A Legística formal – ou a difícil passagem do fundo à forma**

Uma das etapas mais difíceis na prática legislativa é a passagem do conteúdo normativo ou da matéria normativa à forma, isto é, ao ato legislativo. É uma fase particularmente criativa do trabalho legístico na qual se pode igualmente seguir um procedimento em diversas etapas. Em todo caso, o princípio elementar a ser respeitado nesse contexto, e que não seria demais lembrar na prática, é o de estar a par do conteúdo antes de conceber o ato legislativo e de estruturar esse conteúdo antes de redigir as disposições particulares. A hipótese de partida é então a de que o conteúdo essencial do ato legislativo a ser elaborado deve ser bem conhecido neste estágio do trabalho legislativo.

Quais são as etapas? Quais são os elementos ou os aspectos sobre os quais é preciso refletir no momento da concepção e estruturação de um ato legislativo? Poder-se distinguir principalmente os elementos ou os passos seguintes<sup>13</sup>:

<sup>13</sup> Ver a esse respeito G. Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2006 em particular p. 58 e seguintes; ver também T. Fleiner-Gerster, *Wie soll man Gesetze schreiben?*, 1985.

- a definição clara da matéria normativa: essa matéria decorre em particular da mesma definição da noção da norma de direito; nesse estágio, é de bom alvitre resumir os elementos-chave da matéria normativa sob a forma de textos (*Kernsätze* ou *Leitsätze*);

- a reflexão sobre o contexto legislativo, atentando para que haja uma inserção ideal nesse contexto: deve-se levar em conta as dimensões horizontal (atos legislativos de mesmo nível normativo), vertical (atos legislativos de nível superior ou inferior) e temporal (evolução) do contexto legislativo preexistente;

- a reflexão no nível normativo apropriado: essa reflexão, que deve se basear no artigo 164 da Constituição Federal, distinguirá principalmente os conteúdos normativos que devem figurar no nível de uma lei no sentido formal daquelas que podem figurar em um decreto; o mecanismo da delegação legislativa terá evidentemente uma importância particular nesse contexto;

- a reflexão sobre a forma apropriada do ato: levar em consideração as normas pertinentes da Constituição Federal (artigo 163) e da lei sobre o Parlamento (artigos 22 e 29);

- a reflexão sobre a densidade normativa adequada: caráter detalhado ou aberto das normas, utilização de noções jurídicas indeterminadas e de definições legais, enumerações exaustivas ou exemplificativas, etc.;

- a estruturação da matéria normativa: esboço de um plano geral ou de um conceito de ato em função de critérios lógicos (do geral ao particular; em princípio a norma, depois as exceções), cronológicos ou materiais (destinatários, objetivos, instrumentos, etc.);

- a fixação da sistemática do ato: respeito igual às normas publicadas nas diretivas sobre a técnica legislativa.

É evidente que essas etapas a serem cumpridas tanto na concepção como na estruturação de um ato legislativo superpõem-se em parte e estão estreitamente ligadas de maneira que o procedimento será necessariamente reiterativo.

A ordem na qual elas são mencionadas aqui não é de resto estritamente cronológica e imperativa; determinadas etapas poderiam, sem dúvida, ser invertidas (por exemplo, a reflexão sobre o nível normativo, sobre a forma e sobre a densidade normativa). O que importa, ao contrário, é que a reflexão dos que elaboram a legislação possa levar em consideração o conjunto dos elementos mencionados.

### **7 – A comunicação legislativa – uma comunicação de natureza particular**

Os textos legais devem ser claros, concisos e coerentes. Trata-se de postulados ou de exigências fáceis de estabelecer, mas sua utilidade prática é muito limitada se não se define com precisão aquilo que se entende por claro, conciso e coerente, e, sobretudo, se não se esclarece como os legisladores podem chegar a textos que respondam a essas exigências. Por essa razão, a jurisprudência tem necessidade de um forte apoio da lingüística, e a redação dos textos legais deve levar em conta as especificidades da comunicação legislativa<sup>14</sup>.

Com efeito, a comunicação legislativa não é uma comunicação ordinária. Ela apresenta especificidades que precisam ser levadas em conta na redação dos textos legais. Quais são essas especificidades? Limito-me aqui a mencionar alguns aspectos:

- o caráter unilateral da comunicação: a legislação não é um diálogo entre o legislador e os destinatários das normas; não é possível portanto esclarecer, completar ou até corrigir a mensagem que abrange e transporta todo texto legal se os destinatários não a compreendem ou a interpretam em um sentido que não corresponde às intenções do legislador;

- o caráter hierarquizado da comunicação: o autor da mensagem e os destinatários não estão em pé de igualdade; entre o legislador e os destinatários existe uma distância hierárquica;

- o caráter anônimo e despersonalizado da comunicação: tanto do lado do legislador quanto do lado dos destinatários não é possível identificar as pessoas envolvidas na comunicação legislativa; o legislador é um órgão estatal abstrato, e os indivíduos que formam o círculo dos destinatários são, por

<sup>14</sup> Ver Ch.-A. Morand, *Vers une méthodologie de la communication législative*, *Leges* (Legislação atual) 1994/2, p. 11 e seguinte.

definição, indeterminados; acrescenta-se o fato de que a comunicação emana de um único ator, mas se endereça sempre a uma multidão de destinatários e deve, em consequência, levar em conta a diversidade do lado dos destinatários;

- o caráter normativo da comunicação: os textos legais não são de natureza descritiva, explicativa ou justificativa; eles não contêm análises; a comunicação legislativa é uma comunicação prescritiva;

- o caráter especializado da linguagem utilizada: na Suíça, o legislador se esforça para utilizar uma linguagem tão próxima quanto possível da linguagem ordinária; isto é particularmente verdadeiro no caso das leis cuja promulgação necessita de uma aprovação pelo menos tácita dos cidadãos; no entanto, na maioria dos casos, a utilização de uma linguagem especializada, jurídica ou técnica, é inevitável e pode comprometer a inteligibilidade dos textos legais;

- o caráter padronizado da linguagem utilizada: a linguagem utilizada nos textos legais não é somente especializada, ela é também em grande parte padronizada ou “normatizada”, pois é preciso atentar para se levarem em conta os usos lingüísticos e, em particular, as escolhas terminológicas adotadas no passado em outros atos legislativos – por exemplo, evitando-se a utilização de sinônimos; às vezes, essa necessidade de harmonização facilita a compreensão dos textos, mas pode torná-la mais onerosa.

Em relação à redação de textos legais, os legistas devem observar essas especificidades da comunicação legislativa. Não basta respeitar as regras gramaticais, em especial a sintaxe e o estilo.

## 8 – A jurisprudência – garantia de qualidade da legislação?

A jurisprudência não tem uma orientação exclusivamente prática, mas sua ambição primordial é, sem dúvida alguma, a de contribuir para a qualidade da legislação<sup>15</sup>. Essa ambição é realista?

<sup>15</sup> Ver quanto a esse assunto por exemplo G. F. Schuppert, *Gute Gesetzgebung – Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre*, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2003 (caderno especial).

A legislação é uma atividade eminentemente política. Seu conteúdo reflete – e deve refletir – os compromissos, as ambigüidades, as incoerências e até as contradições inerentes ao processo de decisão política. A natureza política do processo legislativo não deve, no entanto, servir de desculpa para a má qualidade de determinados atos legislativos. Ela deve, ao contrário, ser considerada como um desafio.

Sem usurpar o papel do legislador, os elaboradores de legislação podem contribuir – e contribuem, sem dúvida – sensivelmente para a qualidade, tanto material quanto formal da legislação. De resto, sua responsabilidade não se limita aos aspectos jurídicos, legísticos no sentido estrito (técnica legislativa), lingüísticos e comunicacionais; eles devem se interessar pelo conteúdo, coerência e adequação materiais e fornecer as bases de que o legislador tem necessidade para poder decidir com conhecimento de causa. Cabe à legisprudência disponibilizar as ferramentas práticas para isso, bem como assegurar os mecanismos para a sua própria sistematização enquanto saber.



# REFLEXÕES SOBRE O ESTADO E OS JUÍZES

ROBERTO ROMANO•

• Filósofo e professor titular do Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas

**E**m uma sociedade onde impera a exclusão, como a brasileira, tribunais não ajudam a corrigir os processos econômicos e sociais que jogam seres humanos, aos milhões, na periferia da existência. Se o âmbito definido como Justiça opera assim, todos os indivíduos perdem a segurança vital, motivo maior do Estado. A ruína da ordem pública começa, portanto, nos umbrais do Foro. Quando juízes deixam de ser pessoas de carne e osso e assumem o seu mister de maneira automatizada, desaparecem os anseios de liberdade, somem as esperanças de justiça, começa a selvagem corrida pela sobrevivência, sem maiores preocupações com os semelhantes. O pânico vivido no Brasil, com o aumento da criminalidade geral, implicando quadrilhas comuns e as de colarinho branco, como a denunciada recentemente pelo procurador-geral da República, exige que se reflita sobre os mecanismos que asseguram obediência às leis. Nas páginas seguintes, serão expostas algumas teses filosóficas relevantes para o entendimento da compreensão jurídica, atualmente em profunda crise.

<sup>1</sup> WEBER, M. *Wirtschaft und gesellschaft: grundniss der verstehenden soziologie. Fünfte Revidierte Auflage.* Tübingen: J.C. B. Mohr, 1972. p. 835. Cf. a tradução inglesa: *Economy and society, an outline of interpretative sociology.* Ed. Guenther Roth e C. Wittich. Berkeley: Un. of California Press, 1978, p. 1402.

<sup>2</sup> Cf. ROMANO, R. Soberania, segredo, Estado democrático. *Revista Política Externa*, v. 13, n. 1, p. 15-28, jun. /ago. 2004. Do autor, cf. Reflexões sobre impostos e *raison d'Etat*. *Revista Economia Mackenzie*, v. 2, n. 2, p. 76 et seq. Disponível em: <<http://www.mackenzie.com.br/editoramackenzie/revistas/economia/eco2n2.htm>>.

<sup>3</sup> WEBER, M. *Wirtschaft und gesellschaft*, p. 573. Cf. WEBER, M. *Economia y sociedad, esbozo de sociologia comprensiva.* Ed. J. Winkelmann e J. M. Echavarría. Mexico: FCE, 1969. t. 2, p. 745.

É conhecido o diagnóstico de Max Weber, próximo do pensamento romântico, segundo o qual, nos tempos modernos, a política, a economia e a religião perdem o encanto. O sagrado desaparecido tem como sucessores mecanismos que arrancam dos indivíduos liberdade, força volitiva, pensamento autônomo. A burocracia,

*“máquina sem vida, é espírito coagulado. E só porque é isso, ela tem o poder de forçar os indivíduos a servi-la e determinar o curso cotidiano de seu trabalho vital [...] Como espírito coagulado, aquela máquina viva representa um organismo burocrático com sua especialização do trabalho profissional aprendido, sua delimitação das competências, seus regulamentos e relações de obediência hierarquicamente graduados. Unida à máquina morta, a viva trabalha para forçar a jaula (Gehäuse) daquela servidão futura a que talvez os homens se vejam obrigados a submeter-se, impotentes, como os felás do antigo Egito<sup>1</sup>.*

Se as pessoas comuns são dominadas pelas formas burocráticas, também os legisladores e governantes tombam naquelas malhas. O segredo é renitente prerrogativa da *raison d'État*.<sup>2</sup> Os justificadores da burocracia defendem especialmente o “segredo do cargo”. Se a burocracia enfrenta um parlamento, luta com instinto seguro contra os ensaios ali realizados para abolir o segredo do cargo com meios próprios e conhecimentos especiais.

*Um parlamento mal-informado e, portanto, sem poder, é naturalmente mais bem acolhido pela burocracia [...] Inclusive o monarca absoluto, e de certo modo ele justamente, percebe a si mesmo quase sempre impotente diante do superior conhecimento burocrático especializado<sup>3</sup>.*

Aquela rede controla governantes e legisladores. E muitos juízes caem em suas teias.

*Só a burocratização do Estado e do direito reconhece em geral a definitiva possibilidade de uma rigorosa*

*distinção conceitual entre uma ordem jurídica "objetiva" e direitos "subjetivos" dos indivíduos garantidos por ele, bem como a separação entre o direito 'público', ligado às relações entre autoridades e 'súditos', e o direito 'privado', que regula as relações dos indivíduos dominados entre si. A burocratização pressupõe a separação abstrata entre o 'Estado', como sustento abstrato dos direitos de mando e criador das "normas jurídicas" e de todas as "atribuições" pessoais dos indivíduos<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> Weber, M. *Economia y sociedad*, op. cit., t. 2, p. 749.

Nas formas burocráticas oficiais, existe a perpetuidade do cargo. O que não significa a sua posse. Quando no campo judicial garantias são dadas aos juízes e demais funcionários da Justiça, contra a destituição ou remoção arbitrárias, tais medidas têm por finalidade oferecer

*“segurança com vistas ao cumprimento rigorosamente objetivo e isento de toda consideração pessoal, do dever específico imposto pelo cargo correspondente. A proporção da "independência" outorgada por aquela garantia jurídica na burocracia não causa o incremento da estima "convencional" – estamental – do funcionário assim garantido [...] O funcionário administrativo pode ser despedido com maior facilidade do que o juiz "independente”.*

A independência dos juízes, na hierarquia burocrática, resulta na despersonalização de sua individualidade. Os sistemas burocráticos de poder, mesmo no campo legal, não operam segundo as particularidades subjetivas dos integrantes, das partes à defesa, desta à promotoria, chegando ao juiz. “O juiz moderno”, adianta Weber, “é similar à máquina que distribui refrigerantes, na qual os processos são inseridos com a taxa e vomita o julgamento com razões mecânicamente derivadas do Código”.

A independência em face dos antigos poderes garante, paradoxalmente, a mecanização do juiz. Esse não mais depende de um soberano, indivíduo ou coletivo; seja ele rei, papa,

aristocracia ou povo. A independência diante de pessoas de carne e osso é paga pela inserção na máquina de controle geral. Não espanta que o inimigo da burocracia moderna, Carl Schmitt, assim descreva as operações dos juízes no regime nazista: nele, “legislação, administração e justiça funcionavam graças a novas simplificações e acelerações do processo, com obstáculos sempre menores, como aparelhos de comando”. A aplicação da lei pelos juízes, portanto, é tema que exige cautela. Quando se trata de diminuir o autoritarismo de governantes e legisladores, a plena autonomia do juiz pode ser vista como incremento de liberdade em proveito do coletivo. Mas, se, ao deixar a dependência anterior, o juiz entra em uma rede formal que o controla externa e internamente, sua pretensa independência traz graves injustiças na distribuição do direito.

Em países como os EUA e o Brasil de hoje, os juízes dizem a última palavra na exegese da lei e da Constituição. Desconhecemos apelo para algum tribunal acima do Supremo. O mesmo não ocorre na Inglaterra. Neste país, apesar de assegurada ampla independência dos juízes, suas decisões determinam-se sob a supervisão do Poder Legislativo.<sup>5</sup> Os dois sistemas possuem fundamentos comuns, apesar das diferenças, pois a sua base filosófica enuncia que as pessoas têm direitos anteriores ao Estado; o poder político é instituído para proteger tais direitos. Como as garantias institucionais são frágeis,<sup>6</sup> não existe árbitro para resolver as disputas e nenhum poder para limitar os atentados mútuos à liberdade individual; o necessário governo é posto pelos indivíduos particulares, unidos para proteger seu corpo e alma.

O modelo inglês enfatiza o governo soberano unitário. A sua tese enuncia que, para proteção dos indivíduos, o poder deve ser forte, pois grupos privados podem conspirar para extrair a vida e a liberdade alheias. A divisão do Estado incentiva uma parcela social a resistir ao esforços das outras quando se trata de garantir os alvos da coletividade política. Assim, os juízes não podem ter a palavra final nos assuntos da lei. Quando não agem em harmonia com o todo estatal ou social, apelo deve ser feito ao poder soberano, antes o rei, hoje

<sup>5</sup> Cf. FORTIER, J. C. *Lions under the throne Francis Bacon's understanding of a modern judicial power.* Boston College, Department of Political Science, 2000. Disponível no site Digital Dissertations: < h t t p : / / www.lib.umi.com/dissertation>.

<sup>6</sup> Este desenvolvimento é feito com base no texto de Fortier, J. C., *op. cit.*

o Parlamento. O Judiciário é eminente, mas subordinado na ordem estatal, ele “responde ao poder encarregado, em último grau, de garantir os direitos”, sendo o Legislativo o mais próximo da vontade popular. A supremacia cabe ao Parlamento, não ao Judiciário.

No lado que defende a supremacia do Judiciário, busca-se impedir que a maioria tire a minoria. E surge a Constituição escrita unida à separação dos Poderes impedindo que partes do Estado assumam forças desproporcionais às outras. O sistema inglês, embora privilegie o Legislativo, garante independência dos juizes na decisão dos casos, pelo menos até o apelo final, e permite que eles apliquem leis antigas, mesmo as que não mais são vigentes. A responsabilidade derradeira pela proteção dos direitos pertence ao Parlamento, que faz as leis e subordina os juizes. No sistema oposto, a autoridade é dividida e concede aos juizes papel especial na imposição de limites às instituições governamentais.

Vejam como tal sistema foi gerado nos campos filosófico e político. Francis Bacon subordina os juizes ao poder soberano, embora lhes atribua importante papel. Os indivíduos possuem alvos privados, e o governo deve proteger tanto o seu corpo quanto os seus alvos. Sem o soberano, eles caem na violência. As barreiras para as ambições particulares são produzidas artificialmente pelo Estado. Segundo Bacon, o poder estatal deve ser forte, uno, soberano. Um estado dividido não pode ser responsável, em caso de fracasso, pela conciliação dos fins privados. Os juizes exercem sua autoridade, mas não de modo a enfraquecer a unidade do poder público. Eles devem ser como “leões sob o trono” (“Sobre a judicatura”). Se estão sob o trono, nem por isso deixam a essência leonina. Ao promover a certeza na aplicação da lei, agir como intermediários entre o poder soberano e os indivíduos privados, esclarecer antigas leis, eles exercem grande poder.

Os juizes, diz Bacon, devem recordar que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare*<sup>7</sup>. Interpretar a lei, não fazê-la. Eles

<sup>7</sup> Bacon, F. *Of judicature*. In: DEVEY, J. (Ed.). *The moral and historical works of Lord Bacon, including essays, etc.* London: George bell & Sons, 1874. p. 146-150.

devem ser mais ilustrados do que inteligentes, mais respeitáveis do que plausíveis e mais desconfiados do que confidentes. O dever maior do juiz é suprimir a *força e a fraude*, pois a primeira é mais nociva quando aberta e a segunda, quando disfarçada. Os magistrados devem evitar construções sistemáticas e inferências, pois não existe tortura pior do que a tortura das leis. Sobretudo no campo penal, eles devem ter muito cuidado. Paciência e gravidade nas audiências são necessárias. O juiz que fala em demasia é címbalo desajustado. São quatro as partes do juiz na audiência: dirigir tudo para obter evidências; moderar a extensão, a repetição, a impertinência da fala; recapitular, selecionar e citar os pontos materiais do que foi dito. E, por último, dar a sentença. Tudo o que estiver além disso é demasiado e procede da glória, do comichão de falar, da impaciência em ouvir, da memória curta ou desatenção.

Embora não tenham lugar sobre o trono, os juízes mantêm a soberania, segundo a *raison d'État*. Eles devem “recordar a conclusão das Doze Tábuas Romanas, o preceito de que *Salus populi suprema lex* e saber que leis, exceto quando voltadas para aquele fim, são capciosas, oráculos pouco inspiradores”. É bom para o Estado que os reis e estamentos consultem com frequência os juízes. E também que os juízes conversem com o rei e estamentos com a mesma frequência. A primeira ocasião, quando se trata de lei que interfira nos assuntos de Estado. E a segunda, quando há algum reparo a ser feito no Estado em matéria de lei. Muitas vezes, as coisas conduzidas a juízo ligam-se ao *meum e tuum* e as conseqüências podem interessar ao Estado.

*Não deixemos as pessoas imaginarem que as leis e a verdadeira política (policy) têm alguma antipatia entre si. Porque elas são como os espíritos e tendões, uma delas move-se com a outra. Os juízes recordam que o trono de Salomão era sustentado por leões. Deixemos que eles sejam leões, mas sob o trono, tendo certeza de que nada discutam ou oponham à soberania. [...]. Porque eles devem recordar o apóstolo quando disse de uma lei maior dos que as deles : "Nos scimus*

*quia lex bona est, modo quis ea utatur legitime" (sabemos que a lei é boa, desde que usada com legitimidade)*<sup>8</sup>.

Os juízes garantem a obediência às leis. Mas sua independência é limitada pelo soberano. E o que é a lei do soberano? A resposta mais direta à questão encontra-se em Hobbes, secretário de Bacon e tradutor para o latim dos *Ensaio*s redigidos pelo chanceler. “*Lex est mandatum ejus personae, sive hominis sive curiae, cujus praeceptum continet obedientiae rationem*”.<sup>9</sup> Desnecessário dizer a importância da tese hobbesiana para a missão do juiz. Enquanto

*a lei natural é imediata em nós, pois conhecemos o mandamento divino em nossa razão, a lei civil é mediada pelo conjunto de regras com as quais a comunidade, por escrito ou oralmente ou qualquer outro sinal adequado (signum idoneum) de sua vontade, comanda o uso da vontade para distinguir o certo do errado, o contrário à regra do que não é contrário*<sup>10</sup>.

Só a *Commonwealth* pode editar leis civis. O soberano é o único legislador não submetido às mesmas leis civis. Essa tese é de Bacon, para quem a lei depende do soberano, posição contrária à de Coke, para quem a *Common Law* é suprema. O mais longo tratamento da questão é feito por Bacon, em *De Dignitate et augmentis scientiarum*. No Livro VIII, ele escreve sobre a *raison d'État* com citações de Maquiavel e atilada análise da política exterior no comércio e demais segmentos estratégicos. No título I do terceiro capítulo do mesmo Livro VIII (“A certeza é a primeira dignidade das leis”), afirma-se: “a melhor lei é a que deixa pouco à disposição do juiz”. A incerteza da lei vem sobremodo de sua forma ambigua. Se a melhor lei é a que deixa pouco ao juiz, “o melhor juiz é o que menos deixa à sua própria vontade”. Importa deixar clara a gênese da lei. Em toda sociedade civil, há uma autoridade legislativa como “absoluto poder (*summa potestas*), que faz e revoga a lei”<sup>11</sup>.

Bacon ocupou cargos no Estado e na Justiça inglesa. Foi *solicitor general* (1607), *attorney general* (1613), *lord*

<sup>8</sup> Francis Bacon. Of judicature, op. cit., p. 146-150. A última citação é de Santo Agostinho nas *Confissões*. livro 12, cap. 18.

<sup>9</sup> “Lei é o mandamento da pessoa, homem ou assembleia, cujos preceitos exigem a obediência” (HOBBS, T. *De cive*, XIV, 1).

<sup>10</sup> HOBBS, T. *Leviatã*. Ed. C. B. Macpherson. New York: Penguin, 1977. p. 312.

<sup>11</sup> Bacon *apud* PELTONEN, M. *The Cambridge Companion to Bacon*. Cambridge: University Press, 1996. p. 22.

*keeper* (1617) e *lord chancellor* (1618). Seu alvo maior foi aproximar rei e Parlamento, “elementos e princípios deste Estado [...] que não se anulam, mas se fortalecem e mantêm um ao outro”. O rei possui prerrogativas “mediatamente, devido às leis, mas imediatamente de Deus” e não pode ser censurado por nenhum juiz, pois está além de toda jurisdição. Mas, como o seu ofício é preservar o público, espera-se que não desobedeça à lei. Embora “*legibus solutus*, seus atos e garantias são limitados pela lei”<sup>12</sup>. Bacon defendeu os comuns em 1593, o que lhe valeu perder a carreira sob Elizabeth II. O seu trato com o rei James foi mais balanceado, embora o soberano insistisse no absolutismo que o colocava como vice-Deus. Em 1614, os comuns decidiram que nenhum *attorney general* teria lugar na Casa das Leis, mas fizeram exceção para Bacon<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Cf. PELTONEN, M. Bacon’s political philosophy. In: *The Cambridge Companion to Bacon*, op. cit. p. 283 et seq.

<sup>13</sup> Cf. HILL, C. *Intellectual origins of the English Revolution*. London: Panther Books, 1972. p. 98.

<sup>14</sup> Esse ponto é tratado de maneira oposta por Spinoza. Sendo a força física um elemento do espaço e os juízos a modificação do pensamento e sendo ambos, pensamento e força física, modos da substância infinita (Deus ou natureza), cada indivíduo possui em si mesmo a força e o pensamento que seguem ao infinito. Não é possível arrancar deles a força e o juízo próprios. Algo só pode ser movido por algo que apresenta as mesmas determinações modais. Um corpo não pode ser movido ou forçado

Chegamos aos juízes com Hobbes. É essencial recordar que, para ele, a soberania exige o banimento na ordem pública *dos juízos com origem privada*. Não existe medida comum para o juízo sobre valores, pois ninguém concorda sobre o bem e o mal, certo ou errado, justo ou injusto. O juízo de cada um tende a se ampliar ao infinito, na mesma medida do desejo que desconhece limites (*pleonexia*). A guerra universal não é apenas física, mas também psicológica, porque inveja e ódio campeiam e cada pessoa julga-se mais esperta do que o outra. Paixões diversas e igualdade no poder mortífero levam à morte. É impossível arrancar a força física dos homens, mas é factível fazê-los abdicar da exteriorização de seu mundo privado. Todos devem renunciar ao “direito” de impor aos demais o juízo próprio. Visto que todos possuem um direito igual em termos naturais, cada um pode entrar no pacto. E todos submetem-se ao juízo de um árbitro. Só o soberano guarda o seu direito natural, o uso sem restrições da força física e do juízo próprio<sup>14</sup>.

O soberano concentra o poder de julgar em todas as matérias, nas leis, na administração, nos tribunais, na guerra ou paz, controla a religião, decide o bom e o ruim. Esse é o pressuposto para colocar limites sólidos contra os desejos infinitos dos cidadãos. Como todos abrem mão do juízo

privado, nada sobra para o direito de resistência. Entre o real como o vemos e como ele existe ocorrem diferenças por construirmos um mundo *pela imaginação* que, por sua vez, é movida pelos nossos nervos. O intelecto não possui perfeito conhecimento do mundo externo ou interno dos demais homens. O estratégico para os indivíduos “não é a verdade, mas a imagem que faz a paixão. E a tragédia afeta mesmo um assassino, quando bem desempenhada” (*The Elements of Law*). Paixão e imagem geram rebeliões. O uso correto dos nomes e palavras não consiste na verdade, mas serve para evitar ambigüidades nocivas. A distinção entre o nosso interior e o mundo externo acentua a ausência de medida comum de bem e mal. Os indivíduos são *incompetentes* para emitir tais juízos.

*Os homens, veementemente amorosos de suas próprias novas opiniões (as mais absurdas) e decididos com obstinação a mantê-las, deram às opiniões o reverenciado nome de consciência, como se julgassem ilegal mudá-las ou falar contra elas.*

Os homens também fundamentam seus atos em raciocínios, concebem “a conseqüência dos nomes de todas as partes para o nome da totalidade, ou dos nomes da totalidade e de uma parte para o nome da outra parte. [...] E os juristas somam leis e fatos para descobrir o certo e o errado na ação dos homens privados”. Todo homem pode errar no cálculo, o que não quer dizer que inexista o bom juízo.

*Ao surgirem controvérsias sobre um cálculo, as partes precisam, por mútuo acordo (by their own accord), recorrer à razão certa de um árbitro ou juiz, a cuja sentença se submetem. [...] Quando os que se julgam mais sábios do que todos os demais gritam e exigem uma razão certa para juiz, só procuram garantir que as coisas sejam asseguradas não pela razão dos outros homens, mas pela sua. É tão intolerável agir assim na sociedade dos homens como no jogo; escolhido o trunfo, usar como trunfo em todas as outras ocasiões a série de que se tem mais cartas na mão<sup>15</sup>.*

pelo pensamento. E um pensamento só pode ser modificado por outro pensamento. Usar a força para impor a soberania é um erro ontológico e epistemológico, violência que não garante o Estado, pois os indivíduos recebem o pensamento da substância infinita divina. Pode-se tentar controlar os pensamentos, mas ele não aceita os limites da força física e os limites da imaginação religiosa ou política. Esse é o sentido da frase spinozana quando o eleitor palatino o convidou para dar aulas sem “perturbar a religião oficialmente estabelecida”. Resposta: “Desconheço em quais limites minha liberdade filosófica deveria ser contida para que eu não parecesse desejar a perturbação da religião estabelecida.” (Carta a Fabritius, 30/3/1773). Cf. SPINOZA, B. *Oeuvres complètes*. Paris: Gallimard, 1954. Pléiade, p. 1284.

<sup>15</sup> Sainte-Beuve diz que, entre Hobbes e Pascal, há mais proximidade do que se imagina. A questão do jogo e do truque é analisada com a perspectiva do

poder e da justiça por Pascal, sendo continuado no século XVIII por filósofos como Condorcet (SAINTE-BEUVE, C. A. *Port-royal*. Paris).

Hobbes afasta a fraude no “jogo” da sociedade civil em favor do soberano. Os particulares não têm mais direito (pois assumiram o pacto) de viver segundo a fraude. O soberano, cuja função é salvar o povo, não sofre esse limite. O jogo opera com a inteligência e a imaginação dos indivíduos. Na sociedade civil, se todos jogarem sem regras, desaparece o jogo e nenhum jogador parte da igualdade das chances, porque o truque não se revela e nem se indica quem o usa (caso contrário, o jogo se transforma em guerra). O jogador sem regras usa o segredo, a simulação e a dissimulação. Ele finge seguir as regras, mas guarda para si mesmo o fato de que as desrespeita, simula aceitá-las, dissimula truques. O jogador comum opera com a imaginação e a discrição: ele deseja ganhar, imagina-se no instante em que vence (pode imaginar os frutos do ganho, como riquezas, amores, etc.) e, ao mesmo tempo, não pode revelar suas cartas. O soberano não segue regras (não é jogador) e usa a discrição, a imaginação, a simulação e a dissimulação. Ele opera em pleno direito natural.

A imaginação indiscreta não é a força. Quem usa o intelecto para o jogo exerce uma deliberada dissipação da mente (*mind*). Na ordem familiar, são permitidos jogos com os sons e as palavras equívocas pelos significados com a desregrada seqüência da imaginação (*Fancy*). Mas tal jogo é proibido em um sermão, discurso diante de pessoas desconhecidas ou às quais deve-se reverência. A discrição traz as regras do trato que determinam a loucura (brilhante, pouco importa) de uns e a lucidez de outros. É possível ser discreto e prudente, mas perverso.

*Caso à prudência se acrescente o uso de meios injustos ou desonestos, como os que os homens são levados pelo medo e pela necessidade, temos a perversa sapiência (Crooked Wisdome) a que se chama astúcia (Craft), um sinal de pusilanimidade. A magnanimidade é o desprezo dos expedientes injustos ou desonestos, enquanto a Versutia – astúcia, sutileza – consiste em afastar um perigo ou incômodo presente mediante um maior ainda, como roubar uma pessoa para pagar a outra, esperteza de vistas curtas.*

Como fazer todos os jogadores seguirem as regras, sem truques?

*As leis da natureza, justiça, eqüidade, modéstia, benevolência, (fazer aos outros o que gostaríamos que eles nos fizessem) sem o terror de algum poder para fazê-los observá-las são contrárias às nossas paixões naturais, que nos empurram para a parcialidade, o orgulho, a vingança e que tais. E pactos sem a espada são apenas palavras (Covenants, without Sword, are but Words) e não possuem nenhuma força (strength) para assegurar um homem.*

O terror dita as regras do jogo político e as impõe para todos e para cada um. A lei não é conselho, mas ordem dada pelo soberano, regra para uso e distinção do bem e do mal e do que é contrário ou não à regra (*rule*). As leis são interpretadas pelo soberano, e apenas por ele, ou pelos que ele designa para a tarefa de julgar. Elas não são julgadas pelos particulares. Quando o juízo privado pretende mudar as leis e o poder público, os que agem tendo em vista sua “consciência” assumem o papel de estraçalhadores da *Commonwealth*. No *De cive* (capítulo 12), lemos que

*muitos homens, mesmo sendo bem apegados à sociedade civil, fazem, por carência de saber (knowledge), inclinar a mente dos súditos à sedição quando ensinam aos jovens a doutrina conforme as suas opiniões nas escolas e ao povo todo nos seus púlpitos. Os que desejam levar aquela disposição aos atos colocam todo o seu esforço nisso: primeiro, eles juntam todos os doentamente afetados na facção e na conspiração; depois, eles mesmos buscam ter a maior força na facção. Eles os colocam na facção enquanto fazem de si mesmos os relatores e intérpretes dos conselhos e ações do homem individual e nomeiam as pessoas e lugares para reunião e para deliberar sobre as coisas nas quais o governo atual deve ser reformado, segundo deve parecer melhor aos seus interesses. O alvo é fazer deles mesmos os que governam a facção e a facção deve ser tolhida por uma outra facção; ou seja, eles devem ter suas reuniões*

*secretas em separado, apenas com poucas pessoas, reuniões nas quais eles podem ordenar o que devem a seguir propor em uma assembléia geral, e por quem, e sobre quais assuntos e em que ordem cada um deverá falar, e como eles atrairão os mais poderosos e populares dentre os homens para a facção de seu lado. E quando eles a conseguem grande o bastante, a qual podem dirigir (rule) pela sua eloqüência, eles a mobilizam para administrar os negócios. E, assim, às vezes eles oprimem a sociedade (Commonwealth) quando não existe outra facção maior para se opor a eles; mas, na maioria das vezes, eles conseguem fazer aquilo e começam uma guerra civil<sup>16</sup>.*

<sup>16</sup> HOBBS, T. *De cive*, 12. In: Gert, B. (Ed.). *Thomas Hobbes man and citizen*. Cambridge: Hackett, 1993, p. 254-255.

<sup>17</sup> Cf. HOBBS, T. *The elements of law natural and politic*. Electronic Text Center, University of Virginia Library.

“É preciso obedecer mais a Deus do que aos homens”<sup>17</sup> A questão é impertinente porque as leis não governam consciências, mas palavras e atos. A Bíblia ensina a obedecer ao soberano “em todas as coisas”. O dilema (obedecer a Deus ou obedecer ao soberano) é desconhecido entre os judeus, gregos, romanos e outros gentios. Nesses povos, as leis civis definiam o justo e o virtuoso e o culto externo a Deus. Quanto às ações, a paz só é conseguida quando elas são reguladas. Caso contrário, persiste a divisão no Estado devido à “liberdade” de consciência. Ser papista, luterano, calvinista, arminiano, como no passado paulistas, apolíneanos, cefasianos, não impede a obediência à ordem pública.

*Paulo mostra que as questões trazidas pelos raciocínios humanos (human ratiocination) são perigosas para a vida cristã. No mundo civil, quem resiste a um rei porque duvida de seu título ou porque é dominado pelas paixões merece punição.*

Sendo a consciência só “opinião”, ela não deve ser abolida, mas restrita ao espaço público, que não pode ser a soma heteróclita de opiniões, mas resultado de uma só “opinião” racional.

Segundo Pierre Bayle,

*o sumário do Leviatã diz que sem a paz não existe segurança no Estado; a paz não subsiste sem comando*

*e o comando, sem armas; as armas nada valem se não forem postas nas mãos de uma pessoa; o medo das armas não conduz à paz os impulsionados a combater por um mal ainda mais terrível do que a morte, isto é, pelas dissensões sobre as coisas necessárias à salvação eterna*<sup>18</sup>.

O Estado possui a potência que chega ao nível espiritual quando se trata da República. No pacto, o indivíduo aliena o direito de agredir os demais. O soberano, no entanto, choca-se com algumas barreiras para a sua soberania. Em termos lógicos: se todos abrem mão de seu direito natural para afastar a morte, não tem sentido o Estado exigir contra eles o direito de vida e morte. A segurança é inalienável.

A noção de poder, em Hobbes, não se desvincula da linguagem. Yves Charles Zarka chega a afirmar que a sua doutrina não se liga “tanto à física, mas à semiologia”<sup>19</sup>. Fala, gestos, escrita sujeitam-se à *ambigüidade* e ao *equívoco*. A lógica fornece princípios do correto emprego das denominações. A pacificação requer uma língua na qual os equívocos sejam atenuados. A língua, antes embebida nas paixões, com o estado de natureza, no Estado é a única forma passível de uso científico com a proposição, porque afirma e nega, possibilita o juízo sobre o falso e o verdadeiro.

*Quando um homem raciocina a partir de princípios indubitáveis por experiência, todos os engodos dos sentidos e equívocos de palavras evitados, a conclusão feita por ele concorda com a reta razão. Mas, na conclusão, ele pode, por bom raciocínio, derivar algo que contradiga qualquer verdade evidente, concluiu contra a razão e tal conclusão é absurda.*

Dos absurdos nascem os fanatismos religiosos e políticos. No trato comum, são usados nomes extraídos da ignorância coletiva e, na fala, então importa, para que eles sejam lembrados, a coerência de uma concepção para outra. Mas, se as palavras ajudam a memória, a comunicação e a vida em comum, elas podem transformar o convívio em um inferno. Pelas palavras e pelos raciocínios ultrapassamos as feras. Elas desconhecem o verdadeiro e o falso e não possuem

<sup>18</sup> Bayle, P. Hobbes. In: DICTIONNAIRE historique et critique. 4e éd. Local: Amsterdam et Leyde, 1730. t. 2, C-I.

<sup>19</sup> Cf. Zarka, Y. C. Langage et pouvoir. In: \_\_\_\_\_. *Hobbes et la pensée politique moderne*. Paris: PUF, 1995. p. 63.

juízo, não multiplicam uma não verdade por outra, como fazem os homens.

As paixões iniciam os movimentos voluntários e da fala. Querendo mostrar aos outros o saber, as opiniões, as concepções e os desejos; e para isso inventada a linguagem, os homens transferem todo o discurso mental às palavras. E a *ratio* torna-se *oratio*,

*porque, na maioria dos homens, o costume tem um poder tão grande que, se a mente sugere uma palavra inicial, o resto delas segue-se pelo hábito e a mente não as acompanha. É o que ocorre entre os mendigos quando rezam seu paternoster. Eles unem tais palavras e, de tal modo, como aprenderam com suas babás, companhias ou seus professores, e não têm imagens ou concepções na mente para responder às palavras que enunciam*<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> HOBBS, T. *The elements of law*, 1, 5. Of Names, reasoning, and discourse of the tongue. Electronic Text Center, University of Virginia Library. Disponível em: <<http://etext.lib.virginia.edu/toc/modeng/public/Hob2Ele.html>>.

<sup>21</sup> Citado por AQUIEN, M.; MOLINIÉ, G. *Dictionnaire de rhétorique et de poétique*. Paris: Librairie Générale Française, 1996. p.93.

As palavras, quando se trata de uma lei, precisam ser entendidas por todos os que a devem acolher. Como seguir uma ordem quando ela foi emitida em língua obscura, acessível apenas aos juristas? Não basta o juiz entender as partes: é preciso que ele jamais deixe de se fazer entender<sup>21</sup>. Para que o cidadão obedeça, é obrigatório que a lei seja promulgada em língua conhecida por ele. Urge que ele saiba as penalidades a que se submeterá e se defenda em língua acessível ao juiz e aos concidadãos. Se os últimos o compreendem, mesmo o juiz parcial terá trabalho para impor uma sentença errônea.

O juiz pode errar na interpretação da lei. Para isso, ele deve estudar a equidade.

*Por exemplo, é contra a lei da natureza punir o inocente; e inocente é o absolvido judicialmente, reconhecido inocente pelo juiz. Coloque agora o seguinte caso: um homem é acusado de crime capital em face do poder e da malícia de algum inimigo, da corrupção freqüente e da parcialidade dos juízes, fuge com medo; é pego e conduzido a um julgamento e, como não tinha culpa, é absolvido, mas condenado a perder seus bens; essa é uma condenação manifesta do*

*inocente. Não há lugar do mundo em que isso poderia ser uma interpretação da lei da natureza ou transformado em lei pelas sentenças dos juízes precedentes que fizeram o mesmo. Porque o primeiro que julgou, o fez injustamente; nenhuma injustiça pode ser modelo de juízo para os juízes subseqüentes. Uma lei escrita pode proibir os homens inocentes de voar e eles podem ser punidos por voar; mas que voar por medo de injúria seja tomado por presunção de culpa depois que alguém já foi absolvido judicialmente do crime é contrário à natureza da presunção, que não tem lugar depois que o juízo foi dado.*

Hobbes distingue o cavilador e o intérprete. Um comentário cavilador leva outros ao infinito. Mas deve existir um intérprete, o juiz ordinário, que também deve interpretar as leis não escritas. As sentenças desse juiz não podem obrigar outros juízes, “porque um juiz pode errar até na interpretação das leis escritas; mas nenhum erro de um juiz subordinado pode mudar a lei, a qual é a sentença geral do soberano”. Quais as condições para que o juiz seja intérprete das leis? Primeiro: entendimento reto da principal lei da natureza, a equidade, que não depende das leituras de outros homens, mas da bondade da razão natural própria. Segundo: desprezo de bens desnecessários e promoções. Terceiro: ser capaz de, em um julgamento, retirar de si todo medo, ira, ódio, amor e compaixão. E, finalmente, paciência para ouvir, atenção diligente na escuta, memória para reter as peças, aplicação ao que ele tiver ouvido. A razão, que chega à equidade, deve afastar ou controlar as paixões mais notórias do trato entre as pessoas. Hobbes acentua a ambição como algo que não deve integrar a alma do juiz. Tanto, ou mais do que as outras paixões, a fome de bens ou cargos tolda o juízo, torna a mente fechada para as evidências e para a fala das testemunhas, do réu, da outra parte.

No *Leviatã*, a mente apaixonada curva-se à fantasmagoria que ela própria gera, tendo como objeto os demais seres humanos. É o reino da mentira. O *Behemoth* traz a seguinte afirmação:

*Um Estado pode constranger à obediência, mas não convence ninguém de erro, nem altera as mentes dos que acreditam possuir a melhor razão. A supressão da doutrina não une, mas exaspera, aumentando a malícia e o poder dos que nela acreditam*<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> HOBBS, T. *Behemoth: or, the long parliament* (1682). Ed. F. Tönnies. London: Simpkin, Marshall, and Co., 1889. Reprinted.: Chicago: University of Chicago Press, 1990. p. 62.

“Por que as palavras não são isentas de jurisdição? Hobbes une as falas sediciosas à atividade rebelde, particularmente na análise da autoridade espiritual que tenta controlar a soberania civil.”<sup>23</sup> Tais falsos mestres são os agentes do “Reino das Trevas”, em contraste com a luz da verdadeira religião e do entendimento.

<sup>23</sup> HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. C. B. Macpherson. cap. 43, p. 609-661. Cf. KOW, S. Hobbes's critique of miltonian independency. In: ANIMUS, a philosophical journal for our time. Disponível em: <<http://www.swgc.mun.ca/animus/current/kow.htm>> Kow cita o *Leviatã*: “there have been in all times in the Church of Christ, false Teachers, that seek reputation with the people, by phantasticall and false doctrines; and by such reputation (as is the nature of *Ambition*), to govern them for their private benefit”.

*Em particular, os pregadores sediciosos do evangelho interpretam a escritura para provar, acima de tudo, que sua igreja é o reino de Deus. Conseqüentemente, as pessoas que eles enganam obedecem a tais mestres mais do que aos soberanos civis*<sup>24</sup>.

Se é preciso impedir a fraude, o truque, para conseguir a estrita obediência às leis, urge que o soberano impeça a difusão de mentiras na República, o refinamento na arte de escrever com duplicidade: essa é a política de Hobbes. O Estado deve banir, com os mentirosos habituais, os que trapaceiam no jogo político de maneira mais eficaz, pois modificam o sentido das palavras e das frases. Proibidas as armas físicas, é preciso cuidar das espirituais, começando com as exercidas na língua.

<sup>24</sup> Cf. WHITAKER, M. Hobbes's view of the reformation. *History of Political Thought*, 9, 1988. 49 p. 54-55; HOLMES, S. Political

A polissemia atropela a obediência, enquanto a mentira é truque insidioso que reintroduz o estado de natureza na República. Nos *Elements of Law*, os termos *sleight and strength* são usados para definir o estado de natureza no trato dos homens. A dupla de palavras apresenta grande interesse na análise hobbessiana da existência antes que a multidão se transformasse em Estado<sup>25</sup>. Os humanos, mesmo depois do pacto, enganam-se mutuamente com truques hábeis de linguagem, no mesmo instante em que desobedecem à lei e tentam usar a força física<sup>26</sup>. Como o pacto não é obedecido por todos os indivíduos, sendo motivo da queixa e dos atos ilegais

dos que, na República, são importantes e ricos, o soberano é impelido a agir de acordo com a simulação, a dissimulação e a mentira. O soberano, prestidigitador e mágico, deve ser mestre na arte de enganar, sobretudo pelo raciocínio. Aproximemos a lente do panorama inaugural do Estado. Se, na gênese do Leviatã, à multidão fosse permitida a licença de enganar por meio de truques, jamais haveria segurança pública. E se fosse permitido aos indivíduos o uso dos truques sofisticados no espaço coletivo, a insegurança permaneceria. Mas, se fosse proibido ao soberano o uso das simulações e dissimulações, zonas inteiras de poder seriam conhecidas pelos inimigos externos e utilizadas pelos cidadãos ambiciosos em vantagem própria, o que anularia as regras do pacto.

Surge o problema por excelência do pensamento filosófico e político: o acesso à razão e à vitória sobre os engodos de outros estados e dos particulares. Hobbes conhece os textos de Seneca. A fama conduz aos atos mais insensatos, pois exige a boca e os ouvidos da multidão indiscreta, que aceita mentiras e se deixa enganar pelos demagogos. Seria necessário buscar algum vínculo entre o pensamento hobbesiano e a prudência? Esta última é tema da filosofia anterior ao século XVII, de Aristóteles até o Renascimento<sup>27</sup>. Hobbes, no entanto, não segue a linha da prudência, a não ser nos escritos introdutórios da sua tradução de Tucídides e em obras menores. No *Leviatã* e no *De corpore*, a prudência recebe tratamento negativo. Por ser restrita à experiência, a prudente sabedoria não possibilita a generalização cognitiva, não produz a medida universalmente válida do justo e do injusto<sup>28</sup>. Nos *Elements of Law*, a prudência dá lugar à força que inibe as paixões desagregadoras dos particulares pelo soberano autorizado com o pacto<sup>29</sup>. A disciplina se apresenta como o eixo político no *De cive: ad societatem homo aptus non natura; sed disciplina* (I, 2). A prudência, no entanto, ligada à noção de razão de Estado, aparece aqui e ali no mesmo *De cive*. No livro, Hobbes diz que os governantes conservam a astúcia e a força (*sleight or force*). Vimos que nos *Element of law*, *sleight* é palavra usada como o vocábulo *strength*, para definir o estado de natureza. Quando afirma, no *De cive*, uma

psychology in Hobbes's Behemoth. In: DIETZ, M. G. (Ed.). *Thomas Hobbes and political theory*. Lawrence: University of Kansas Press, 1990. p. 128-130. Segundo Kow, *The Political turmoil for Hobbes was in part a result of the misuse of language and the consequent disjunction between things and their proper signification*.

<sup>25</sup> HOBBS, T. *Elements of law*, op. cit., I, XIX, 1-2.

<sup>26</sup> O *Cambridge Advanced Learner's Dictionary* apresenta as seguintes explicações para *sleight*: "*sleight of hand: speed and skill of the hand when performing tricks: Most of these conjuring tricks depend on sleight of hand*". E também "*skilful hiding of the truth in order to gain an advantage: By some statistical sleight of hand the government have produced figures showing that unemployment has recently fallen*". As definições entram na razão de Estado, jogo desonesto vencido por truques e por embustes.

<sup>27</sup> Numa bibliografia imensa, cito apenas o texto de Aubenque,

P. *La prudence chez Aristote*. Paris: PUF, 1963. Os interessados poderão pesquisar o tema com os especialistas em Aristóteles.

<sup>28</sup> Cf. BORRELLI, G. *Ragion di Stato e Leviatano: conservazione e scambio alle origini della modernità politica*. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 230 et seq.

<sup>29</sup> “Pois vendo que as vontades da maioria dos homens são governadas apenas pelo medo e que onde não existe poder coercitivo não existe medo; as vontades da maioria dos homens seguiriam suas paixões ambiciosas de prazer, avidez e semelhantes, para quebrar os seus pactos, quem desejasse guardá-las, seria posto em liberdade, sem outra lei senão a que sai dele mesmo”. *Of the requisites to the Constitution of a Commonwealth*. In: HOBBS, T. *Elements of law, op. cit.*, pt. 2, cap. 1.

<sup>30</sup> “Every sovereign ought to cause justice to be taught, which, consisting in taking from no man what is his, is as much as to say, to cause men to be taught not to deprive their neighbours, by violence or fraud, of anything which by the sovereign authority is

*Reason of City (civitas, no latim)*, Hobbes guarda o sentido renascentista dado à razão estatal, tendo como núcleo a prudência. Daí o apelo, notável no referido volume, ao segredo e aos espiões. Entre o segredo (a máxima obscuridade) e os espiões (encarregados de penetrar a obscuridade alheia) a prudência do soberano traz segurança para a *civitas*. Os soberanos que usam *sleight or force* permanecem no estado de natureza e podem usar a força, a fraude, a mentira, a espionagem e não precisam manter a palavra, porque não existe nenhum pacto que una os estados e, portanto, nenhum soberano que imponha uma lei obrigatória para todos.

Se no âmbito mundial opera a razão de Estado na guerra permanente, no plano interno a transferência do poder mortal não pode deixar ambigüidade na lei. Nas relações entre cidadãos, a mentira ou o engodo devem ser reprimidos. No *Leviatã*, quase desaparecem as antigas formas de pensamento prudencial, ou seja, da razão de Estado. Se esta última opera com *force and fraud*, o uso de semelhantes técnicas de dominação entre cidadãos conduziria à ruína da República<sup>30</sup>. Contra o uso da força e da fraude na República, o soberano deve providenciar para que o povo não seja ignorante

*ou pouco informado das bases e razões dos seus direitos essenciais; porque assim os homens são seduzidos facilmente e levados a resistir-lhe quando a República deve exigir seu uso e exercício*<sup>31</sup>.

Em qualquer Estado, generaliza Hobbes, sem a obediência, o povo é dissolvido por “homens poderosos que digerem com muita dificuldade tudo o que estabeleça um poder para controlar suas afecções”. Os “eruditos também resistem ao poder que descubra seus erros e diminua a sua autoridade (*Authority*)”. Enquanto os poderosos estão cheios de ambição de poder e os letrados mergulham na ambição de autoridade, porque suas mentes estão abarrotadas de doutrinas mentirosas e fraudulentas,

*as mentes do povo comum, enquanto não forem tingidas pela sua dependência diante dos poderosos, ou rabiscada pelas opiniões dos doutos, são como papel*

*limpo, apropriadas para receber tudo o que a Autoridade Pública nelas imprimir*<sup>32</sup>.

A crítica de Benjamin Constant a Hobbes, no tocante à soberania vem do termo “absoluto”:

*vê-se claramente que o caráter absoluto dado por Hobbes à soberania do povo é a base de todo seu sistema [...] a palavra "absoluto" desnatura toda a questão e nos arrasta para uma nova série de conseqüências; é o ponto em que o escritor deixa o caminho da verdade para seguir rumo ao sofisma, ao fim que ele havia proposto a si mesmo. [...] Com a palavra "absoluto", nem a liberdade [...] nem o repouso nem a felicidade são possíveis em nenhuma instituição. O governo popular é apenas uma tirania convulsiva, e o governo monárquico, apenas um despotismo concentrado.*

Em face da tese da soberania absoluta, pensa Constant, Rousseau foi tomado de terror diante daquele

*poder monstruoso e não encontrou preservativo contra o perigo inseparável de uma semelhante soberania, a não ser um expediente que tornava impossível o seu exercício. Ele declarou que a soberania não pode ser alienada, delegada, representada. Era declarar em outros termos que ela não pode ser exercida; era anular de fato o princípio proclamado.*

E criticando a idéia de “absoluto” na soberania, mesmo popular, diz Constant :

*O povo, segundo Rousseau, é soberano em um aspecto, súdito em outro. Mas, na prática, os dois aspectos se confundem. É fácil para a autoridade oprimir o povo como súdito, para forçá-lo a manifestar como soberano a vontade que ela lhe prescreve*<sup>33</sup>.

Após essa passagem pelas análises de Hobbes, fica bem clara a intenção de Benjamin Constant ao sugerir o Poder Moderador como preventivo do poder tirânico. De um lado, ele

*theirs*”. (HOBBS, T. *Leviatã*, op. cit., cap. 30: *Of the office of the sovereign representative*).

<sup>31</sup> O mesmo cap. 30, na edição Macpherson, op. cit., p. 377.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 379.

<sup>33</sup> CONSTANT, B. *Principes de politique...* ed. cit. (eu sublinho, RR).

<sup>34</sup> A teoria do Poder Moderador neutro tem sido estudada com bastante insistência, nos últimos anos, na França e demais países. Cf. JAUME, L. (Org.). *Coppet, creuset de l'esprit libéral*. Paris: Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000; GUEDES, T. D. Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824. In: \_\_\_\_\_. *Benjamin Constant en l'an 2000: nouveaux regards*. Actes du Colloque des 7 et 8 mai 1999, organisé à l'occasion du vingtième anniversaire de l'Institut et de l'Association Benjamin Constant.

<sup>35</sup> Seção do 3<sup>o</sup> Germinal, Ano III, citado por Patrice Rolland (professor da Universidade Paris XII), no artigo La garantie des droits. *Droits Fondamentaux*, n. 3, déc. 2003. p. 183.

<sup>36</sup> Referido por Rolland, P., *op. cit.*, p. 195.

<sup>37</sup> Citado por: BADIOU, A. Qu'est-ce qu'un thermi-

limitaria as formas soberanas ligadas ao povo, sobretudo o despotismo do Legislativo. De outro, ele limitaria as pretensões do Executivo, garantindo o Judiciário<sup>34</sup>. Evidentemente, as críticas aos abusos de poder descem nas noites dos tempos. No período absolutista, as denúncias contra tais abusos surgiram entre os puritanos e seus herdeiros, na América ou na França. No caso de Benjamin Constant, no entanto, existem antecedentes no instante em que a Revolução Francesa e a ditadura do Legislativo chegam à sua crise de morte. Como é o caso de Sieyès, para quem “os poderes ilimitados são um monstro em política [...] a soberania do povo não é ilimitada”<sup>35</sup>. No termodoriano por excelência, Boissy d’Anglas retoma a norma hobbesiana, levando o cidadão particular ao plano estritamente produtivo, econômico, afastando dele as tarefas de governo. Assim, não se pode arrancar à atividade econômica “homens que melhor serviriam seu país pela atividade assídua em vez de vãs declamações e debates superficiais”<sup>36</sup>. D’Anglas, na verdade, com o “Termidor”, seleciona “os melhores” para dirigir o Estado, os que “possuindo uma propriedade são apegados ao país que a contém, às leis que a protegem, à tranquilidade que a conserva”<sup>37</sup>.

Benjamin não foi um termodoriano ao modo de Boissy d’Anglas. Mas soube notar os excessos de poder de um setor do Estado e procurou definir o controle dos três Poderes por intermédio do Poder Moderador, indicado como tarefa do rei. “Para que não se abuse do poder, é preciso que pela disposição das coisas o poder detenha o poder”. O sistema das balanças, no seu pensamento, opera na estrutura do Estado. O Legislativo seria bicameral, incluindo uma Casa dos Pares. Posteriormente, ele divide o poder entre Legislativo e Judiciário, composto de juízes inamovíveis de ofício. Ideou, para corrigir a concentração do poder, o sistema de poderes e direitos departamentais e dos municípios. O rei, como “poder neutro”, segue nessa orientação geral.

No Brasil, a concepção do Poder Moderador seguiu para um rumo inesperado. Constant define aquele setor como neutro, o que significa que ele serve para coordenar os três Poderes sem neles interferir, “do alto”. A operação de

hierarquizar os quatro poderes foi seguida no Brasil com a Constituição de 1824. A tendência centralizadora do poder real já fora iniciada em Portugal no século XVIII, com as reformas pombalinas.

*As concepções de poder político, sociedade e Estado são assim formuladas em torno da noção de império civil, com fins de legitimar a monarquia portuguesa e consubstanciar projetos de atuação política*<sup>38</sup>.

Com as invasões napoleônicas de 1808 e a vinda da Casa Real para o Brasil, compõe-se uma Corte no Rio, na qual se integram a nobreza, burocratas de alto escalão, serviçais e negociantes. No projeto idealizado, continua a noção de Império português, com sede no Brasil. A cidadania foi entendida nos parâmetros da antiga metrópole: o “povo” era a aristocracia, os “homens bons” (ricos proprietários) sem sangue judeu. A representação “popular” faz-se por petições, dando-se o direito de voto sem que os cidadãos tivessem presença ativa na esfera pública. Outro projeto é mais radical, pois admite a presença cidadã na vida pública, definindo autonomia para o Brasil. Nos dois projetos, cidadão é título que não cabe aos escravos, evidentemente, nem aos homens livres e pobres (“gente ordinária de veste”).

O debate sobre a cidadania surge em 1821, na Assembléia do Rio de Janeiro, na eleição de representantes provinciais à Assembléia de Lisboa, para redigir a Constituição portuguesa. O debate conduziu ao inesperado questionamento da autoridade de João VI. Foi proposto um projeto de governo representativo, visto pelos governantes como ligado “à força incontrolável da multidão”, sobretudo em um reino em que a enorme quantidade de escravos era perene ameaça (a revolta do Haiti em 1810 era um presságio).

A imensa dimensão do território brasileiro, as revoltas que se esboçavam, o exemplo dos países vizinhos, de tamanho inferior ao do Brasil, que se tornaram repúblicas, a memória da Revolução Francesa, as doutrinas de Benjamin Constant, todo esse amálgama de idéias, medos, repressão definiu o

dorien?. In: Kintzler, Catherine e Rizk, Hadi (Ed.). *La République et la Terreur*. Paris: Kimé, 1995. p. 56.

<sup>38</sup> Cf. OLIVEIRA, E. R. A idéia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824). In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA, 17. *Anais...* ANPUH/SP/UNICAMP, 2004. CD-rom. Esta última parte segue as análises deste texto.

momento inaugural do Estado independente que assumiu a forma de Império. Os que desejam um poder representativo e constitucional conseguem em 1822 a convocação da Assembléia. Mas no País surgem dois projetos não sintonizados e conflitantes: o da monarquia soberana, de São Paulo, sob a liderança de José Bonifácio; e o de um governo constitucional, do Rio de Janeiro, liderado por José Clemente da Cunha. Quando Pedro I é aclamado, Bonifácio enfatiza a supremacia do imperador, enquanto José Clemente afirma o princípio da soberania popular.

Vence provisoriamente o primeiro projeto, sendo o império civil instituído por direito divino. Os defensores do segundo plano são perseguidos, mas não deixam de conseguir a consideração, nos trabalhos da Constituinte, de suas idéias. Desse modo, o novo governo admitiria a liberdade política, mas sob a égide do poder supremo, definido pela pessoa do imperador. Em 1823, José J. Carneiro de Campos, ao discutir a sanção do soberano, apresenta a idéia do Poder Moderador. Exclusivo, aquele poder permite ao imperador controlar os demais poderes. A Constituição de 1824 incorpora o quarto poder e o amplia, pois ele pode dissolver a Câmara de Deputados, afastar juízes suspeitos, etc. Tal poder foi alegado sempre que se tratava, no parecer dos governantes, da salvação do Estado. No mesmo plano, é restrita a autonomia do Judiciário. Desse modo, o Poder Moderador torna-se supremo no Estado, acima dos três outros Poderes.

A predominância do Poder Moderador sobre os demais manteve-se durante o Império, incluindo o tempo de Regência, quando o País passou por rebeliões sufocadas *manu militari* de norte a sul. Somadas as suspensões dos direitos e a permanente supremacia do imperador, tem-se como resultado uma difícil e quase improvável democratização do Estado. O permanente estado de rebelião e as necessidades do poder central definem o Império como excessivamente preso ao modelo de concentração de poderes – o que molesta ainda em nossos dias o País – com o tipo de federação na qual os estados possuem pouca autonomia, sobretudo em matéria fiscal<sup>39</sup>. Com o fim do Império, os positivistas tentaram acabar de vez com as forças

<sup>39</sup> Em *Homens livres na ordem escravocrata* (5. ed. São Paulo: Unesp Ed., 1997), Maria Sylvia Carvalho Franco analisa a gênese do Estado brasileiro e as suas conexões com a sociedade na qual imperam o favor e a violência face a face. A autora explora a passagem do público ao privado e a superconcentração dos impostos no poder central, o que leva municípios e estados à perene condição de inadimplentes junto ao núcleo do poder federativo e junto aos contribuintes. Cf. os capítulos “Patrimônio Estatal e Propriedade Privada” e “As peias do passado”. Analiso esses pontos no texto *Ademocracia e a Ética*. In: ROMANO, R. *O caldeirão de Medéia*. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 363 et seq.

liberais, com o conceito de ditadura, que acentua e mantém a preponderância do Executivo sobre o Legislativo, concentrando o poder diretor em uma única pessoa. Falar em Legislativo, nessa doutrina, é impreciso e mesmo errôneo, visto que a Assembléia teria função fiscal: aprovar o orçamento do Estado<sup>40</sup>. Em toda a República, as prerrogativas do Poder Moderador foram incorporadas silenciosamente à Presidência do País. Com elas, a permanente pretensão dos ocupantes daquele cargo a assumir, como imperadores temporários, a preeminência e a intervenção nos demais poderes. Esse ponto permite indicar que o Estado é regido por força de pressupostos autoritários que, inclusive, produziram em plano mundial algumas lições de moderno despotismo.

Não por acaso, Carl Schmitt refere-se ao Poder Moderador brasileiro em "O Protetor da Constituição". O jurista defende, como em outros trabalhos, que apenas o *Reichspräsident* pode defender a Constituição em tempo de crise. O tema gira em torno do artigo 48 da Constituição de Weimar<sup>41</sup>. Ao fazer seu apelo aos poderes do Protetor da Constituição, Schmitt nega que o Judiciário pode exercer aquele papel, porque ele é idêntico a normas e age *post factum*, sempre atrasado na correção dos desvios e fraturas institucionais. Para remediar aquelas situações, apenas o *Reichspräsident* poderia ser movido, legal e constitucionalmente. Como é habitual, Schmitt afasta o Judiciário e, ao mesmo tempo, o próprio Legislativo naqueles transes. Como diz Hans Kelsen, Schmitt reduz toda a Constituição de Weimar ao artigo 48<sup>42</sup>. Se, como diz Schmitt, "a independência é a necessidade primeira para um protetor da Constituição" e se os juízes ou deputados não podem cumprir aquele mister, segue-se que eles não são independentes ou independentes o bastante para garantir o Estado. Desse modo, ele retira dos demais poderes a possibilidade de controlar e limitar o Protetor em seu poder excepcional. O estudo desse caso, importante na história dos poderes soberanos e na conexão teórica entre o que se passou na Alemanha e no Estado brasileiro, pode resultar em esclarecimentos sobre o nosso centralismo excessivo, a nossa quase inexistente federação, os excessivos poderes da Presidência do Brasil<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Cf. LINS, I. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1964. p. 330. Cf. também ROMANO, R. *Brasil, Igreja contra Estado*. São Paulo: Kayrós, 1979.

<sup>41</sup> Recordemos o artigo: "Caso a segurança e a ordem públicas forem seriamente (*erheblich*) perturbadas ou feridas no *Reich* alemão, o presidente do *Reich* deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das forças armadas. Para esse fim, ele deve total ou parcialmente suspender os direitos fundamentais (*Grundrechte*) definidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153." Não por acaso disse Carl Schmitt que "nenhuma Constituição sobre a terra legalizou com tamanha facilidade um golpe de Estado quanto a Constituição de Weimar".

<sup>42</sup> KELSEN, H. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* *Die Justiz* 6, 1930-1931 *apud* MCCORMICK, J. P. *Carl Schmitt's cri-*

*tique of liberalism: against political technology.* Cambridge University Press, 1997. p. 144.

<sup>43</sup> Para os estudos feitos sobre Carl Schmitt no Brasil, cito apenas, dentre outros, MALISKA, M. A. acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. *Revista Crítica Jurídica*, 18, mar. 2001, separata de artigo. Um livro importante para a análise filosófica e que expõe o pensamento de Schmitt com muito rigor Cf. RONALDO JUNIOR, P. M. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Recordemos que o Poder Moderador antes da República era vitalício e hereditário. Uma presidência imperial, limitada por quatro anos, sofre necessariamente a tentação de pressionar o Legislativo para que este último faça ou aprove leis favoráveis ao programa e pretensões presidenciais. De modo idêntico, as pressões sobre o Judiciário para que reconheça a legitimidade das mesmas leis.

Difícilmente o nosso estado e a sociedade entrariam na qualificação de forma democrática. É preciso apurar hoje as noções de democracia, federalismo, sociedade civil, etc. se quisermos pensar o mundo brasileiro. O nosso modo de unir os estados tem pouco de “federalismo” e muito de Império. Constituintes, não totalmente independentes que, juntos, formam o sistema como um todo. Desde a Independência, o poder central brasileiro monopoliza todas as prerrogativas do Estado e não as partilha com os demais entes, supostamente unidos hoje por laços de federação. Se, em nosso caso, *foedus* significasse “pacto”, teríamos graus crescentes de autonomia, dos municípios ao poder central.

A partir de Brasília, regras uniformes determinam até os detalhes da ordem nacional, desconhecem deliberadamente as diferenças regionais, culturais, geográficas, etc. Do Oiapoque ao Chuí, há uma uniformização gigantesca que obriga cada uma das regiões a se pautar pelo tempo longo da enorme burocracia federal, perdendo tempo precioso para o experimento e modificações das políticas públicas em plano particularizado. Enquanto em outras federações, como a norte-americana (apesar do grande centralismo daquele país) vigoram leis diversas em termos penais, educacionais, tecnológicos, etc., no Brasil, a mão de ferro do Estado central controla, dirige, pune e premia os estados segundo sustentem os interesses dos ocupantes temporários da Presidência. Nesse controle, as oligarquias regionais surgem como operadoras de face dupla: servem para trazer os planos do poder central aos estados e para levar ao mesmo poder as aspirações de estados e municípios. O lugar onde as negociações entre os dois níveis (central e estadual) ocorrem, normalmente, é o Congresso. Ali, Presidência e ministérios buscam apoio aos seus planos,

inclusive e sobretudo, de leis. É impossível conseguir recursos orçamentários, por exemplo, sem as “negociações”, e nelas o *modus operandi* identifica-se ao conhecido “é dando que se recebe”. Assim, os planos federais de inclusão social e democratização societária patinam na enorme generalidade do “grande Brasil”, enquanto as unidades aguardam as “providências” de uma burocracia pesada, incapaz de entender os vários ritmos, formas de vida e pensamentos regionais.

Nos impostos, a concentração irracional de poderes deixa estados e municípios sempre à míngua de recursos. Verbas provenientes de impostos ou a eles ligadas, como no caso das exportações, não são repassadas às unidades ou não são repassadas em tempo certo, permanecendo nas mãos dos ministérios econômicos. Governadores e prefeitos são reduzidos à quase mendicância junto ao poder central. Não ignoro as dificuldades gigantescas se quisermos modificar essa forma de relacionamento federativo em nosso país. É praticamente impossível chegar à democratização da sociedade sem a efetiva federalização do Brasil.

Termino essas considerações citando o longo, mas relevante, texto de um jurista que muito se preocupa com a forma republicana do nosso país:

*Atualmente, o presidente da República não se limita a exercer um poder absoluto no ramo executivo do Estado: ele é também legislador, e dos mais prolíficos. O volume de medidas provisórias editadas e reeditadas, a maior parte delas sem a menor relevância ou urgência, já ultrapassa largamente o número de leis votadas pelo Congresso Nacional, desde a promulgação da Constituição. Para a convalidação espúria desse abuso, concorreu decisivamente a mais alta Corte de Justiça do País. Neste período crepuscular do Estado de Direito, o Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é “a guarda da Constituição” (artigo 102), tem transigido com todos os desvios, relevado todas as arbitrariedades, admitido todas as prevaricações. A pá de cal na indispensável independência do Supremo Tribunal*

*Federal para custodiar a inviolabilidade da Constituição foi lançada com a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, instituindo a “ação declaratória de constitucionalidade” (artigo 102 – I, a). O judicial control, sem sombra de dúvida a maior criação constitucional dos norte-americanos, surgiu como instrumento de defesa dos direitos individuais contra o mais nocivo dos abusos políticos, aquele que associa Legislativo e Executivo na comum infringência da Constituição. No sistema presidencial de governo, com efeito, a lei não é apenas o ato do Poder Legislativo: ela conta também, necessariamente, com a aprovação do Executivo, que tem o poder de vetá-la. Quando o presidente da República sanciona uma lei inconstitucional, ele se acumplicia com o legislador na violação da Carta Magna. Ora, a “ação declaratória de constitucionalidade” veio subverter inteiramente os termos dessa equação política. Ela não é uma defesa da cidadania contra o abuso governamental, mas, bem ao contrário, uma proteção antecipada do Governo contra as demandas que os cidadãos possam ajuizar para defesa de seus direitos. É uma espécie de “bill” de indenidade que o Judiciário outorga aos demais poderes, um “nihil obstat” legitimador da ação governamental, antes que os cidadãos tenham tempo de reclamar contra ela. Por isso mesmo, o processo dessa aberrante demanda é “sui generis”: não há contraditório, porque não há lide. Em se tratando de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o procurador-geral da República deve ser previamente ouvido, e o advogado-geral da União defende o ato ou o texto impugnado (artigo 103, §§ 1º e 3º). Mas, no processo da ação declaratória de constitucionalidade, os autores agem sem contraditório: o Governo tem as mãos livres para demandar, sem que ninguém defenda os interesses dos governados. Por força desse vicioso mecanismo, a nossa Corte Suprema deixa de ser um tribunal, para se tornar um órgão oficial de consulta. Troca a posição de guarda da Constituição pela de colaborador do Governo<sup>44</sup>.*

<sup>44</sup> COMPARATO, F. K. *Réquiem para uma Constituição*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato\\_requiem.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_requiem.html)>.

Para refletir sobre a obediência às leis e o papel dos juízes, acentuamos o começo do Estado moderno com as teorias absolutistas religiosas e laicas, as de James I e as de Hobbes. Ali, o juiz único é o soberano e os juízes são por ele controlados. Legislador, executor e juiz, o soberano não pode aceitar a independência dos tribunais inferiores. Esta diretiva foi questionada durante as revoluções do século XVII, na Inglaterra, e do século XVIII, na América do Norte e na França. A Revolução Francesa, ao desembocar na ditadura e no terror, permitiu o retorno do Absolutismo. Não é preciso recordar que nesses regimes o juiz não é independente, pelo contrário. No Brasil, com a tentativa de impedir aqui os “excessos” do liberalismo e, mesmo, da soberania popular, foi produzido um estado dirigido no cimo por um soberano que detinha a licença de intervir nos demais poderes, o que impedia a autonomia do Judiciário. Com a República, o centralismo e o papel eminente do chefe de Estado o conduz a exercer poderes imperiais, o que não raro atenua a autonomia dos demais poderes, incluindo o Judiciário. Como um juiz individual, como a categoria dos juízes pode julgar de modo independente, se o Estado brasileiro não pratica de fato a autonomia dos poderes e se o presidente consegue, nos tribunais elevados, decisões que atentam contra o magistrado comum?

Em interessante livro sobre Carl Schmitt, um autor recente pergunta, em capítulo estratégico para sua análise sobre o residente do Reich: “Guardião ou Usurpador da Constituição?”<sup>45</sup> Enquanto existirem no Executivo as pretensões de manter a Constituição sob sua tutela, não teremos Estado de direito garantido entre nós.

*O Estado de direito é bem traduzido pela réplica célebre do moleiro de Potsdam [...] Es gibt noch Richter in Berlin. Nem Frederico II conseguiu se opor ao direito de propriedade do moleiro, mesmo que o seu moinho fosse barulhento e incomodasse o soberano no castelo de Sans Souci. Isso é o Estado de direito. E nada mais*<sup>46</sup>.

Como impor a obediência à lei, ao cidadão, se os governantes são eximidos de seu cumprimento? No País do

<sup>45</sup>MACCORMICK, op. cit., p.141.

<sup>46</sup> MOUZON, A.-S. Parlamento da Região de Bruxelas-Capital. *Bulletin des Interpellations et des Questions Orales*. Reunião de 28 de abril de 2005.

foro privilegiado concedido aos políticos, a pior tarefa dos juízes é explicar aos contribuintes as causas da iniquidade geral. Sempre que um magistrado pune o crime das pessoas comuns, resta no horizonte a sombra da injustiça de Estado. E assim falece a fé pública, base dos tribunais e de todas as instituições democráticas de direito.

### Referências

AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. *Confissões*. Livro 12, cap. 18.

AQUIEN, Michèle; MOLINIÉ, Georges. *Dictionnaire de rhétorique et de poétique*. Paris: Librairie Générale Française, 1996.

AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. Paris: PUF, 1963.

BACON, Francis. Of judicature. In: DEVEY, J. (Ed.). *The moral and historical works of Lord Bacon, including essays, etc.* London: George Bell & Sons, 1874. p. 146-150.

BADIOU, Alain. Qu'est-ce qu'un thermidorien?. In: KINTZLER, Catherine; RIZK, Hadi (Ed.). *La République et la Terreur*. Paris: Kimé, 1995.

BAYLE, P. Hobbes. In: DICTIONNAIRE historique et critique. 4e éd. Amsterdam et Leyde, 1730. t. 2, C-I.

BORRELLI, Gianfranco. *Ragion di Stato e Leviatano: conservazione e scambio alle origini della modernità politica*. Bologna: Il Mulino, 1993.

CAMBRIDGE. Advanced Learner's Dictionary.

COMPARATO, Fábio Konder. *Réquiem para uma Constituição*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato\\_requiem.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_requiem.html)>.

CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique applicables a tous le gouvernements representatifs et particulierement a la constitution actuelle de la France (1814)*.

FORTIER, J. C. *Lions under the throne Francis Bacon's understanding of a modern judicial power*. Boston College,

Department of Political Science, 2000. Disponível no *site* Digital Dissertations: <<http://wwwlib.umi.com/dissertation>>

FRANCO, Maria Sylvia Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 5. ed. São Paulo: Unesp Ed., 1997.

GUEDES, T. D. Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824. In: \_\_\_\_\_. *Benjamin Constant en l'an 2000: nouveaux regards*. Actes du Colloque des 7 et 8 mai 1999, organisé à l'occasion du vingtième anniversaire de l'Institut et de l'Association Benjamin Constant.

HILL, Christopher. *Intellectual origins of the English Revolution*. London: Panther Books, 1972.

HOBBS, Thomas. *Behemoth; or, the long parliament* (1682). Ed. F. Tönnies. London: Simpkin, Marshall, and Co., 1889. Reprint ed.: Chicago: University of Chicago Press, 1990.

HOBBS, Thomas. De cive, 12. In: Gert, B. (Ed.). *Thomas Hobbes man and citizen*. Cambridge: Hackett, 1993.

HOBBS, Thomas. *De cive*. XIV, 1.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Crawford Brough Macpherson. New York: Penguin, 1977.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Ed. C. B. Macpherson. cap. 43.

HOBBS, Thomas. *The elements of law natural and politic*. Electronic Text Center, University of Virginia Library. Disponível em: <<http://etext.lib.virginia.edu/toc/modeng/public/Hob2Ele.html>>.

HOLMES, Stephen. Political psychology in Hobbes's Behemoth. In: DIETZ, Mary G. (Ed.). *Thomas Hobbes and political theory*. Lawrence: University of Kansas Press, 1990. p. 128-130.

JAUME, L. (Org.). *Coppet, creuset de l'esprit libéral*. Paris: Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

KOW, Simon. Hobbes's critique of Miltonian Independency. In: *Animus, a philosophical journal for our time*. Disponível em: <<http://www.swgc.mun.ca/animus/current/kow.htm>>.

LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1964.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. *Revista Critica Juridica*, 18, mar. 2001.

MCCORMICK, John. P. *Carl Schmitt's critique of liberalism: against politic as technology*. Cambridge University Press, 1997.

MOUZON, Anne-Sylvie. Parlamento da Região de Bruxelas-Capital. *Bulletin des Interpellations et des Questions Orales*. Reunião de 28 de abril de 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Romero de. A idéia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824). In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA, 17. *Anais...* ANPUH/SP/UNICAMP, 2004. CD-rom.

PELTONEN, Markku. *The Cambridge Companion to Baco*. Cambridge: University Press, 1996.

ROLLAND, Patrice. La garantie des droits. *Droits Fondamentaux*, n. 3, déc. 2003. p. 183.

ROMANO, Roberto. A democracia e a ética In: \_\_\_\_\_. *O caldeirão de Medéia*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

ROMANO, Roberto. *Brasil, Igreja contra Estado*. São Paulo: Kayrós, 1979.

ROMANO, Roberto. Reflexões sobre impostos e *raison d'Etat*?. *Revista Economia Mackenzie*, v. 2, n. 2, p. 76-. Disponível em: <<http://www.mackenzie.com.br/editoramackenzie/revistas/economia/eco2n2.htm>>.

ROMANO, Roberto. Soberania, segredo, Estado democrático. *Revista Política Externa*, v. 13, n. 1, p. 15-28, jun./ago. 2004.

RONALDO JUNIOR, Porto Macedo. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SAINTE-BEUVE, Charles Augustin. *Port-royal*. Paris: ?? La Connaissance ou Hachette, 1926-1928. Ou 1912 ou 1913

SPINOZA, Benedictus de. *Oeuvres complètes*. Paris: Gallimard, 1954. Pléiade, p. 1284.

WEBER, Max. *Economia y sociedad, esbozo de sociologia comprensiva*. Ed. J. Winckelmann; J. M. Echavarría. Mexico: FCE, 1969. t. 2.

WEBER, Max. *Economy and society, an outline of interpretative sociology*. Ed. Guenther Roth; C. Wittich. Berkeley: Un. of California Press, 1978.

WEBER, Max. *Wirtschaft und gesellschaft*. Fünfte Revidierte Auflage. Tübingen: J.C. B. Mohr, 1972.

WHITAKER, Mark. *Hobbes's view of the reformation*. (History of political thought, 9). 49 p. 1988.

ZARKA, Yves Charles. Langage et pouvoir. In: \_\_\_\_ . *Hobbes et la pensée politique moderne*. Paris: Presses Universitaire de France, 1995.

