

ESTUDOS EM

LEGÍSTICA



FABIANA DE MENEZES SOARES
CRISTIANE SILVA KAITEL
ESTHER KÜLKAMP EYNG PRETE
(Organizadoras)

FABIANA DE MENEZES SOARES
CRISTIANE SILVA KAITEL
ESTHER KÜLKAMP EYNG PRETE
(Organizadoras)

ESTUDOS EM LEGÍSTICA



Florianópolis
2019

ESTUDOS EM LEGÍSTICA

Projeto Gráfico, Diagramação e Capa

Rita Motta – Ed. Tribo da Ilha

1ª Edição 2019

ISBN (DIGITAL): 978-65-80478-10-1



EDITORA TRIBO DA ILHA

Rod. Virgílio Várzea, 1991 – S. Grande

Florianópolis-SC – CEP 88032-001

Fones: (48) 3238 1262 / 9-9122-3860

editoratribodailha@gmail.com

SUMÁRIO

PREFÁCIO	6
INTRODUÇÃO	9
PORQUE SURTIU A LEGÍSTICA? antecedentes históricos de seu surgimento <i>Esther Külkamp Eyng Prete</i>	15
BASES TEÓRICAS DA LEGÍSTICA: a Legisprudência <i>Cristiane Silva Kaitel</i> <i>Esther Külkamp Eyng Prete</i>	58
SOBRE A (IR)RACIONALIDADE DECISÓRIA: reflexões críticas para uma revalorização do legislar <i>Hugo Henry Martins de Assis Soares</i>	93
ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO: conteúdo e desafios metodológicos <i>Paula Carolina de Oliveira Azevedo da Mata</i> <i>Renê Morais da Costa Braga</i>	121
PODER DE DECRETO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: delegação ou abdicação da função legislativa? <i>Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel</i>	143
NOTAS SOBRE A POLÍTICA BRASILEIRA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO: em defesa de uma elaboração legislativa de qualidade <i>Linara Oeiras Assunção</i>	169

DIRETRIZES, DESAFIOS E POTENCIALIDADES PARA UMA CULTURA LEGÍSTICA: o que podemos aprender com os guias da França e da Suíça?	191
<i>Marcus Vinícius de Freitas Teixeira Leite</i>	
<i>REGTECHS</i> : ferramentas de <i>compliance</i> e da Legística para otimização da atividade regulatória do estado	213
<i>Felipe Lélis Moreira</i>	
A INCORPORAÇÃO DO DISSENSO NO PROCESSO LEGISLATIVO E SEU PAPEL NA JUSTIFICAÇÃO DA LEI: condições para a <i>advocacy</i> parlamentar	238
<i>Fabiana de Menezes Soares</i> <i>Flávia Pessoa Santos</i>	

PREFÁCIO

A excessiva atividade regulatória dos Estados Modernos criou o problema da hiper-regulamentação e de seus efeitos negativos crônicos sobre a sociedade, economia e até sobre o próprio Estado. A seara de estudos voltada para esse fenômeno e sua eventual solução – Ciência da Legislação (e suas dimensões) – é ainda um campo novo e relativamente desconhecido no Brasil.

É graças, todavia, ao trabalho pioneiro do Observatório para Qualidade da Lei desde 2006, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais que esse novo campo de estudos jurídicos tem ganhado espaço e influenciado cada vez mais estudiosos, legisladores e técnicos incrementados pela cooperação internacional que envolveu a então EAL – *European Association of Legislation* e trouxe a vivência dos jurilinguistas da União Europeia, bem como o valioso aprendizado da circulação de modelos jurídicos de cunho legislativo típicos do bijuridismo e bilinguismo canadenses.

Em 2007, na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais por meio da sua Escola do Legislativo associada à UFMG tem lugar o Congresso Internacional de Legística – Qualidade da Lei e Desenvolvimento inspirado nos estudos e experiências internacionais que sinalizavam o papel da elaboração legislativa na prosperidade das nações. Em 2010 os resultados da vivência no Ministério da Justiça, em Berna apontaram para os benfazejos resultados da governança legislativo-regulatória. A observação do modelo da gestão pública de forte caráter societal na qual os instrumentos da Legística confirmaram a importância da formação dos gestores e o reconhecimento de que o ensino jurídico necessita de maior espaço para a elaboração legislativa, seja sob a perspectiva da regulação, seja dos processos legislativos nacional, estadual, municipal.

Os projetos de pesquisa desenvolvidos pelo Observatório para Qualidade da Lei, acumularam ao longo de uma década uma vasta documentação de métodos e contribuições para um cenário de valorização do Parlamento como instância onde a polifonia de atores sociais, governamentais, de mercado pode ser

vocalizada posto que a cada ciclo normativo é densificado (e testado) o projeto de nação consagrado pela Constituição.

O processo de formação da legalidade pode e deve ser objeto de reflexão, também, dos juristas, todavia, mais acostumados com os juízos de aplicação dos processos judiciais do que com o ambiente da legislação, onde a escolha do conteúdo da lei inclui os apetites e não somente a dinâmica do impacto de novos atos normativos sobre o sistema das fontes do direito. Contudo, os desafios à legislação no Brasil, a despeito da literatura de referência, dos programas instrumentalizados em práticas, guias, sistemas, manuais fazem sentido no projeto cultural de cada país: é preciso pensar numa agenda brasileira de melhoria da qualidade da gestão da elaboração legislativo-regulatória que considere o cenário caracterizado por forte ativismo judicial, omissões legislativas, problemas na dimensão da executoriedade, ausência de harmonização com políticas públicas.

Normas sobre produção de normas ou indutoras/conformadoras de ações legislativo/governamentais, sobretudo a Lei Complementar 95/98, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Acesso a Informação integram um sistema que recepciona princípios compatíveis com uma elaboração legislativa preconizada tanto pela Legística (Metodologia), Legisprudência (Epistemologia) que por sua vez redesenham a Teoria da Legislação e apontam para uma hermenêutica própria dos processos de formação dos atos normativos

Mais recentemente, observa-se no cenário brasileiro uma embrionária, mas crescente adesão a algumas das principais metodologias da Legística na produção legislativa brasileira, como a expressa menção na Lei 13874/19 à necessidade de estudo de impacto regulatório para certas regulações na seara econômica que considera leituras e marcos regulatórios “aparentemente” antagônicos, pois essa diversidade cultivada no modelo de atividade pesquisa desenvolvida pelo Observatório encontra o seu sentido inspirado na amplitude do contraditório típica do processo legislativo parlamentar.

As discussões sobre o tema dos limites e possibilidades de uma elaboração legislativa apta a agregar etapas que se articulassem tanto na melhoria da comunicação dos atos normativos (inclusive, com instrumentos garantidores da participação dos afetados) quanto na reconstrução do cenário de incidência

normativa de modo a potencializar a sua implementação e executoriedade norteiam a metodologia da Legística.

Sob o ponto de vista epistemológico, o aporte da Legisprudência aponta para uma elaboração legislativa “responsiva” que reconhece as limitações à liberdade próprias da legislação que nem sempre é a melhor escolha para satisfazer as demandas sociais e/ou incrementar a efetividade de direitos. Desse contexto, emerge o compromisso com a justificação do impulso para legislar. O desafio da elaboração de atos normativos se faz em ambiente no qual concorrem (e disputam) Parlamento e Executivo e suas assimetrias processuais, com tensões em sede de transparência, circuito de informações, níveis de hierarquia em sistema multinível, proliferação legislativa, ausência de uma política de boa legislação.

A presente obra apresenta uma coletânea de estudos da área da Legística da autoria de integrantes do Observatório para a Qualidade da Lei, formado por pesquisadoras e pesquisadores da área, sob nossa orientação. Trata-se da primeira coletânea, em português, da matéria, conjugando tanto a apresentação de alguns dos fundamentos teóricos da matéria, quanto estudos voltados para a específica realidade brasileira.

Belo Horizonte, Primavera de 2019

Fabiana de Menezes Soares

INTRODUÇÃO

Segundo a concepção tradicional da ciência jurídica, o papel dos juristas consiste essencialmente em interpretar e aplicar as leis, conseqüentemente, este tema ocupa um papel marginal na formação dos juristas.

A criação das leis tradicionalmente é considerada um processo de cunho exclusivamente político, separado, portanto, do campo de investigação da Teoria do Direito. Paradoxalmente os juristas são chamados a ocuparem cargos e funções ligadas à produção normativa, seja no Estado, em entidades da Administração Pública Indireta ou mesmo em associações da sociedade civil, mas o fazem desprovidos de conhecimento e metodologias específicas para exercer tal atividade.

O grande poder de coação do qual o Estado reveste a lei garante-lhe grande penetração no seio social; todavia, seu poder contrasta com a relativa estreiteza do horizonte de consciência daqueles que a criam, independentemente da eventual boa-fé.

Isso ocorre porque a realidade concreta – especialmente na contemporaneidade – é sempre mais rica e complexa que o recorte abstrativo da limitada consciência do legislador/gestor público.

Por isso, os efeitos idealizados na norma diferem dos seus efeitos concretos – entendido aqui “concreto” em seu sentido etimológico mais puro: do latim *concretus*, que por sua vez corresponde ao particípio de *concrecere* “crescer junto”. No momento da aplicação da norma na realidade, toda a densidade e variáveis da realidade não levadas em conta no momento da concepção puramente mentada da norma entram em ação e “crescem junto” com aquelas visadas, modificando-as, intensificando-as, anulando-as ou confirmando-as.

Por tudo isso e pela abrangência do Ordenamento jurídico – pela quase total regulamentação da vida social por normas estatais – impõe-se a necessidade de que a produção legislativa receba uma abordagem prudente e enriquecida pela reflexão dos efeitos até aqui observáveis colhidos por tal sistema de

normação social. “Teoria da Legislação”¹, Legística ou Legisprudência são todos termos usados para designar a disciplina que visa estudar o fenômeno legislativo e a lei “*em todas as suas dimensões*” (ALMEIDA, 2009, pp. 84,85), inclusive seus efeitos concretos observáveis socialmente, advindo daí sua eminente transdisciplinariedade.

A Legística propõe uma *metodologia* (um conjunto de técnicas e procedimentos) desenvolvida a partir de teorias filosófico-teoréticas, para, no contexto do processo legislativo (mas não apenas) imprimir inteligibilidade, racionalidade e adequabilidade prática (ou seja, a razão prática aristotélica) e linguística às normas de forma a conjuntamente atingirem um patamar de *qualidade*.

Qualidade, que, por sua vez, é aferida empiricamente; portanto, diz-se também que a Legística seja uma *teoria da legislação aplicada, almejando oferecer recomendações cientificamente fundamentadas para a legislação*. Em suma, ela é fruto do deslocamento do enfoque da ciência jurídica da *lei posta (de lege lata)* e de sua eventual validade perante um determinado Ordenamento Jurídico, para o processo de formação da lei nascente (de lege ferenda), tendo em vista sua *legitimidade, efetividade e eficiência*.

“Antes de redigir a lei, é preciso pensá-la.” (DELLEY, 2004, p. 101). Para tanto, a Legística tem como principal objeto de estudo o fenômeno legislativo, tendo em conta, para atingir aqueles fins, a compreensão das condições e técnicas adequadas à produção de leis boas. (CAUPERS, 2003, p. 7)

Mader (2009) ao dividir os campos de interesse da Legística separa-os em Legística material e formal. A Legística material trata do teor normativo da legislação ou, mais especificamente, propõe uma forma metódica de se elaborar o seu teor normativo. Também procura desenvolver ferramentas de uso prático, que venham a facilitar as diferentes etapas analíticas, a sequência de passos inerentes à abordagem metodológica. A Legística formal, por sua vez, trata dos aspectos legais: os diferentes tipos de atos normativos, as instituições jurídicas, a estrutura formal dos atos normativos e a forma por meio da qual novas leis são introduzidas ou integradas no arcabouço normativo preexistente.

¹ Cf. HASSEMER, W., KAUFMANN, A. 2015, pp. 160 e ss.

Morand consolida o termo “Legística” nas línguas de raiz latina para designar a disciplina que se ocupa do estudo do fenômeno legislativo como um todo, tendo em vista a produção normativa de maior qualidade.

Mesmo hoje consolidada, a Legística, enquanto campo de estudos sistematizados, constitui ainda uma disciplina crescente cujos limites não foram plenamente estabelecidos, ainda que muitos consensos teóricos já possam ser colhidos (CAUPERS, 2003). Seu surgimento responde mais a uma necessidade ditada pelas premências da realidade concreta do que pela subdivisão de disciplinas teóricas derivadas da expansão lógica interna das mesmas. Portanto, olhando-se para as problemáticas derivadas da má qualidade da legislação é que se compreenderá mais claramente a unidade dos fins da disciplina, pois é em torno desses sintomas concretos que se enfeixam tanto as diversas vertentes do plano teórico quanto metodológico da Legística.

O primeiro capítulo, intitulado “PORQUE SURTIU A LEGÍSTICA? Antecedentes históricos de seu surgimento”, fará uma análise sobre as causas e os efeitos da era da inflação legislativa, para depois tratar da relação entre a crise do Estado Social com a crise da Lei, os limites desta própria Lei e a questão da Liberdade. Em seguida, analisa os limites da Ciência Jurídica positivista e termina apresentando um histórico e como a disciplina da Legística se consolidou no mundo e no Brasil.

O segundo capítulo, intitulado “Bases teóricas da Legística: A Legisprudência”, apresenta uma das bases teóricas mais importantes na Legística, a Legisprudência de Luc J. Wintgens, que introduziu a racionalidade em seus princípios e nas obrigações decorrentes, fundamentada na liberdade. Inicialmente expõe-se uma análise crítica dos fundamentos do exercício da legitimidade do Estado e do seu poder criador de normas (fundamentos do legalismo, exercício da racionalidade jurídica clássica, reflexos no indivíduo e sua liberdade, – a teoria da soberania tal como construída leva a absorção total da liberdade do indivíduo – da racionalidade), e posteriormente apresenta-se a teoria da Legisprudência – que trata de como resolver esta questão – recolocar a liberdade como princípio legitimador da ação do Estado, seguindo princípios e deveres que devem ser observados pelo Estado.

O terceiro capítulo, intitulado “Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para uma revalorização do legislar”, propõe, a fim de melhor compreender o atual cenário jurídico-político brasileiro, uma reflexão sobre a (ir)racionalidade nas decisões dos agentes públicos, especialmente quanto às (des)conexões entre Legislativo e Judiciário. A construção se inicia ao repensar o próprio direito, para então revisitar o papel dos sujeitos no processo, com enfoque nas funções dos legisladores, cujo intuito é propor a sua revalorização, em conjunto com a reconsideração sobre as atribuições do Judiciário. Para tanto, atentar-se-á mais precisamente à avaliação legislativa, com a exposição de substratos teóricos e elementos fáticos a fim de (tentar) clarificar a atual dinâmica dos poderes mencionados.

O quarto capítulo, intitulado “Análise de Impacto Legislativo: conteúdo e desafios metodológicos”, trata do impacto gerado pela atividade regulatória. A constatação deste impacto é direta e não causa muito espanto. Para aqueles que não militam na área da Legística o que pode causar espanto é a constatação de que, muitas vezes, a atividade regulatória do estado não é precedida de estudos que avaliem qual a intensidade e natureza desses impactos. É justamente essa a função da Análise de Impacto Regulatório, ferramenta que serve de parâmetro e referência na atividade regulatória e que é objeto de estudo desse capítulo.

O quinto capítulo, intitulado “Poder de decreto do Presidente da República: delegação ou abdicação da função legislativa?”, tem como objetivo analisar brevemente o fundamento teórico, a memória histórica e as controvérsias por detrás da outorga de poder de decreto ao Presidente da República, que no Brasil pós-Constituição de 1988 se traduz na figura da medida provisória. Foram ainda levantados dados estatísticos do uso desse instrumento nos governos de 1988 a 2019, para constatar a frequência na sua emissão pelos Presidentes brasileiros. Ao final, apresenta se, na prática, esse instrumento funciona como uma forma de delegação ou de abdicação dos poderes legislativos do Congresso Nacional.

O sexto capítulo, intitulado “Notas sobre a Política Brasileira de Ciência, Tecnologia e Inovação: em defesa de uma elaboração legislativa de qualidade”, discute a visível dificuldade de fazer as leis relacionadas ao setor de CT&I operarem simultânea e coordenadamente, uma vez que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro em diferentes contextos e segundo racionalidades distintas. Para tanto, aborda a necessidade de reconstrução do arranjo institucional da política

de CT&I e de organização de seus marcos legais, demonstrando os benefícios oriundos da aplicação de elementos da teoria da legislação como a Legística e a Legisprudência. Ao final, justifica que leis coerentes para esta área geram segurança, criam ambientes propícios aos investimentos, fomentam a inovação, induzem o desenvolvimento econômico e social e, assim, garantem a fruição de direitos fundamentais.

O sétimo capítulo, intitulado “Diretrizes, desafios e potencialidades para uma cultura legística: o que podemos aprender com os Guias da França e da Suíça?”, apresenta, por meio de um breve estudo dos guias de Legística da França e da Suíça, uma análise sobre alguns desafios enfrentados na implementação de práticas de Legística, bem como sobre as diretrizes que podem ser adotadas e as potencialidades possíveis para o contexto brasileiro. A importância dessa análise consiste na necessidade de se refletir sobre alguns elementos práticos no intuito de contribuir para a construção de um caminho para a implementação efetiva de meios para melhoria da qualidade da lei. Assim, a análise de experiências internacionais, embora limitada pelas diferenças contextuais, é uma das formas de compreender como essa implementação pode acontecer.

O oitavo capítulo, intitulado “*RegTechs*: ferramentas de *compliance* e da Legística para otimização da atividade regulatória do Estado”, aborda o impacto das novas tecnologias de mineração de dados legislativos abertos para o acompanhamento da atividade legiferante do Poder Público. Tendo como cenário o ambiente altamente regulado do setor financeiro e a repercussão da inflação normativa no mercado de serviços de *compliance* e *lobbying*, a abordagem é feita sob a ótica da Legística Formal, destacando-se o importante papel da tecnologia para a otimização do círculo de comunicação legislativa entre o Estado regulador e a sociedade.

Por fim, o nono capítulo, intitulado “A incorporação do dissenso no processo legislativo e seu papel na justificação da lei: Condições para *Advocacy* Parlamentar”, coloca-nos que a ideia de “crise do Estado Democrático de Direito” alimenta a expectativa de que mudanças prementes venham resgatar valores, promessas e utopias que a democracia contemporânea, sob o manto exclusivo do liberalismo, não tem logrado cumprir. A crescente insatisfação dos cidadãos quanto à condução pelo Estado dos interesses da sociedade leva à consolidação de um *ethos* participativo fortemente presente no ideário democrático, como

modo de suprir os defeitos – ou o fracasso – da democracia representativa. A hipótese é de que a incorporação institucional do conflito no processo legislativo, muito mais que a busca sistemática pela formação do consenso, pode contribuir para que o processo criador do Direito positivo assuma contornos que o tornem efetivamente deliberativo, aproximando-se da materialização dos ideais da soberania popular. Essa reflexão está fundada na Legística e na Legisprudência, trabalhando com a premissa de que o processo de positivação do Direito deve estar fundamentado em um discurso de justificação resultante de um processo deliberativo de formação de vontade fundamentado na soberania popular.

PORQUE SURTIU A LEGÍSTICA? antecedentes históricos de seu surgimento

Esther Kulkamp Eyng Prete¹

*“a inflação do direito traz em si
a sua própria morte”*

Nicolas Hitsch

1 A ERA DA INFLAÇÃO LEGISLATIVA E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS

Vivemos a era da inflação dos ordenamentos legais. Todas as áreas da vida humana têm sido absorvidas em um ritmo cada vez mais acelerado pela lógica organizacional do Estado²: nas esferas política, social, familiar, laboral, econômica, ambiental, entre tantas. A liberdade de escolha e de ação dos indivíduos encolhe-se para se encaixar nos espaços cada vez menores deixados pela crescente hiper-regulamentação. Os costumes tradicionais cedem frente ao poder absorvente do Estado, desaparecem deixando toda uma sociedade órfã do

¹ Mestre em Direito pela UFMG na área de Ciência da Legislação com a dissertação intitulada “Efetividade dos Direitos Sociais e sua Dimensão Econômica: Relação entre lei, Inclusão e Prosperidade”. Atualmente doutoranda pela mesma instituição. *E-mail*: esther.eke@gmail.com

² TEUBNER, baseando-se em HABERMAS, explica a dinâmica da destruição das estruturas da vida social: “Social modernization at the expense of subjection to the logic of the system and the destruction of intact social structures is the essence of this idea.” (HABERMAS *apud* TEUBNER, 1987, pp. 3 e 4).

antigo sentimento de solidariedade comunal que era mantido por tais costumes e valores tradicionais.

Todavia, mesmo sofrendo esses efeitos, acostumamo-nos ao presente estado de coisas, naturalizamos o fato de grandes áreas de nossa vida serem reguladas a partir de um centro de poder opaco e pouco controlável, como o é a máquina estatal. Desconhecendo a experiência social das gerações anteriores, as novas gerações sentem-se até mesmo inseguras sem a existência de uma lei clara para cada aspecto das relações sociais. A ideia positivista-legalista do poder da lei tomou mentes e corações de forma tão profunda e esotérica que, diante de qualquer desafio social, a primeira reação, tanto de leigos quanto de juristas, é a de requerer a edição de uma “lei”, na ilusão de que a força do Estado, por si só, seja capaz de solucionar a questão. A onipresente menção à lei como forma de organização social no debate público revela o quase desaparecimento da consciência dos indivíduos de todo um repertório de opções de regulação social outrem à *heteronormatividade*: a autorregulação social e a capacidade de iniciativa da própria sociedade em solucionar seus problemas desapareceram como opções de ação coletiva da consciência social.

A fé no poder do Estado de organizar a contento todas as dimensões da vida social pode ser apontada como uma das causas do crescimento do conjunto de normas. Todavia, a ela se soma a própria organização do Estado moderno e as peculiaridades da organização política nacional, as quais induzem a esse cenário. Temos um Poder Legislativo, cuja atividade precípua é a atividade legiferante e em ritmo contínuo; e, no Brasil, tal poder é exercido de forma bastante ativa por todos os entes políticos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Esta organização, por si só, já induziria a uma intensa produção normativa. Soma-se ainda a peculiar situação brasileira de contar com um Executivo tão ou até mais legiferante que o próprio Legislativo.³

A combinação destes e outros fatores nos trouxe à uma situação de crônica inflação normativa. Para se compreender a gravidade, de 1988 para cá, segundo

³ Para maiores informações sobre estes dados vide o capítulo 7 deste livro: “Poder de decreto do Presidente da República: delegação ou abdicação da função legislativa?”

estudo⁴ realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, foram publicadas 4.785.194 normas, entre leis complementares e ordinárias, decretos, medidas provisórias, emendas constitucionais e outras, ou seja, uma média de 784 normas a cada dia. Diante deste cenário, o antiquíssimo princípio de obrigatoriedade do conhecimento das normas, insculpido em nosso Ordenamento no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” – perde grandemente sua factibilidade.

Um sistema normativo tão cronicamente inchado traz graves problemas, nomeadamente: (a) à sociedade em geral, (b) à economia, (c) à operacionalidade das tarefas do Estado em geral e (d) ao sistema Judiciário em particular. Tais problemas, a serem aqui expostos, podem se apresentar sob duas dimensões: no plano do Ordenamento Jurídico (ou *formal*) ou no plano das interações sociais pautadas por normas inadequadas (ou *material*). O primeiro aspecto agrupa problemas referentes à **inteligibilidade do sistema normativo** e o segundo as dificuldades de **efetividade e eficiência social das normas**.

A inteligibilidade do sistema normativo refere-se à *qualidade* de seus aspectos formais considerado do ponto de vista intrassistêmico, os quais determinam a possibilidade dos cidadãos (e mesmo dos operadores do Direito) de *conhecerem* as normas que regem suas vidas, suas obrigações e direitos. Entre tais aspectos formais podemos citar: (a) a qualidade puramente formal da norma (a clareza, compreensibilidade e precisão de sua redação), (b) a coesão e coerência da norma considerando seu encaixe no sistema normativo (validade formal e coerência sistemática), (c) a clareza sobre quais são as normas e as expressa ou tacitamente revogadas, (d) a quantidade de normas em si mesma considerada, tendo em vista a possibilidade factível do indivíduo comum conhecer todo o conjunto de normas pertinentes à sua vida quotidiana.

Atualmente, constitui fato notório as dificuldades de conhecimento do Direito até mesmo para os iniciados na matéria – que dirá então para a população

⁴ Os dados estão no estudo “Normas Editadas no Brasil: 25 anos da Constituição Federal de 1988”, do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, que considerou normas publicadas até 30 de setembro de 2013.

leiga! A enorme profusão de normas já constituiria um obstáculo ao acesso ao Direito por si; todavia, ela ainda vem combinada com dificuldades na determinação de quais são as normas efetivamente vigentes – por conta da ausência da consolidação da legislação vigente – e com a má qualidade da redação das normas, a qual obscurece o sentido das mesmas para a população leiga e dá origem a infundáveis discussões entre operadores do Direito sobre a sua “correta” interpretação e aplicação.

Os aspectos formais referem-se também à publicidade dada à norma, ou seja, aos meios físicos e digitais utilizados para dar ciência à população da entrada em vigor de uma nova lei e dos meios utilizados para acessar seu conteúdo. Lembremos que a publicação da lei constitui um dos requisitos para sua vigência⁵), logo, para sua *imperatividade*. Tal obrigação repousa na necessidade de que todos tenham a oportunidade de conhecer a lei como condição para que esta possa invadir a esfera da liberdade do indivíduo. Atualmente, as leis federais podem ser facilmente acessadas mediante a rede de internet, todavia, não ocorre o mesmo com uma parcela considerável das leis estaduais e municipais. Muito mais dificultoso ainda é o processo de conhecer as normas infra-legais; estas que, na prática, são as que efetivamente regem a relação entre a Administração Pública e os cidadãos.

Saindo dos aspectos formais, a outra vertente de problemas oriundos da inflação legislativa se manifesta como dificuldades concretas de obediência à prescrição das normas, e, quando obedecidas, aos danos que tais comandos inadequados causam à vida corriqueira das pessoas, famílias, empresas e mesmo aos agentes do Estado.

O excesso de normas gera *antinomias reais, não sanáveis pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade* (SOARES, 2007, p. 127), ou seja, não sanáveis no plano do Ordenamento Jurídico. Tal ocorre quando duas ou mais leis regem a mesma situação de *fato*, mas se contradizendo no plano prático, exigindo condutas diversas dos cidadãos. As contradições entre normas tornam-se

⁵ Art. 1 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42)

uma nova fonte de risco para as atividades e relações humanas por conta da grande insegurança jurídica que inserem na vida social, o que também alimenta artificialmente uma maior procura pelo Judiciário, dificultando o trabalho deste último em dar o direito em tempo oportuno para as demais lides.

Além disso, o excesso de normas, quando não paralisa as relações sociais pela presença de antinomias reais, engessam-nas grandemente pela *burocratização* e *homogeneização* da vida social e econômica. Algumas das atividades mais essenciais da vida humana sofrem com tais empecilhos, levando a menor produtividade e inventividade⁶, o que redundará, no médio e longo prazo, em baixo desenvolvimento econômico-social.

O uso excessivo das normas para regulamentar as atividades econômica, social e administrativa – cujo processo se inicia após o *crash* econômico de 1929 e atinge seu ápice nos anos da década de 1970 – causa inúmeras distorções que dificultam a entrada de novos entrantes no mercado, além de distorções na estrutura de preços, inflação, estagnação econômica, entre outros.⁷

Discussões sobre a influência que a qualidade da lei desempenha sobre a economia, produtividade e distribuição de renda, ou seja, sobre o desenvolvimento econômico-social, já produziram uma grande quantidade de estudos, como as recomendações da OCDE – *Improving the Quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques* (OCDE/Sigma, 1994), dos estudos protagonizados pela União Europeia hoje consolidados nos documentos: *Mandelkern Report* (2001), programa *Better Regulation* (2001) e *Better Lawmaking* (2002); (SOARES, 2007, p. 139) **relação entre expansão da legislação e concentração econômica⁸, e a relação entre pobreza econômica**

⁶ Insegurança jurídica e burocracia constituem grandes entraves para o desenvolvimento da Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil. (SOARES; PRETE, 2018).

⁷ Por exemplo, cite-se um estudo que apontava que em 1978 cerca de 29% do produto interno bruto canadense era direcionado somente para conformidade regulamentar (HOULE, 2012, p. 38).

⁸ “Os efeitos econômicos que a Legislação causa nas demais estruturas econômicas também afetam a questão da pobreza, pois interferem no crescimento econômico como um todo, além de afetar o suprimento de bens e serviços, e geração de emprego. Somado a isso, coloca-se a questão do impacto *desigual* da estrutura burocrática sobre as estruturas econômicas de

persistente sistemas normativos burocratizantes e excludentes⁹.

menor porte, o que afeta a concorrência, reverberando de forma sistêmica e incremental no desenvolvimento econômico e no processo de concentração de renda. A homogeneização de condutas constitui a metodologia intrínseca ao Legalismo positivista. Todavia, a *excessiva* homogeneização derivada dos processos de hiper-normatividade da sociedade passa a gerar efeitos perversos, como o enfraquecimento ou até mesmo a destruição dos processos autor-regulatórios locais: como é impossível uma regulação que preveja todas as especificidades da vida concreta, dos diferentes grupos sociais e consiga dar espaço para que suas dinâmicas internas subsistam, o resultado da hiper-normatividade é a substituição dessas micro-estruturas pelas macro-estruturas impostas pelo Estado. O processo de inflação normativa causa impactos também na esfera econômica, podendo prejudicar a economia como um todo, mas seus impactos são absorvidos de forma heterogênea pelos agentes econômicos. *Quanto menor a estrutura empresarial, maior será o impacto negativo de uma regulação hipertrofiante.* Regulamentos ambientais, trabalhistas, tributários, administrativos, se inadequados, causam um impacto econômico discriminatório frente as micro e pequenas empresas diante de grandes corporações. A situação torna-se mais delicada para as pequenas estruturas empresariais por conta das características da inflação normativa, como a tendência à rigidez – quando a vantagem competitiva das pequenas empresas é justamente a flexibilidade – e o fato de as normas em geral se espelharem e terem em conta as necessidades de grandes estruturas empresariais, levando a um forçado enrijecimento interno nas pequenas empresas, levando a efeitos discriminatórios, como tem sido observado reiteradamente pela OCDE.” PRETE, 2016, pp. 222-223. Cf: OCDE, *Recommendation Of The Council Of The OECD On Improving The Quality Of Government Regulation*, Paris: General Distributions, 1995, pg. 17; OCDE, *Regulatory Reform For Smaller Firms*, 1999, disponível em: <https://www.oecd.org/cfe/smes/12090708.pdf>; *Small Business, Job Creation and Growth, Facts, Obstacles and Best Practices*, OECD, Paris, 1997.

⁹ Uma revisão de alguns estudos sobre o tema pode ser encontrada no capítulo 5 da citada dissertação de mestrado *Efetividade dos Direitos Sociais e sua dimensão econômica: relação entre lei, inclusão e prosperidade*, idem nota 20. Nessa seara, destaca-se a fundamental obra *O Mistério do Capital*, de Hernando de Soto; deve-se fazer referência à vertente econômica que põe em evidência a influência que exercem as normas que regulam uma sociedade sobre seu desenvolvimento – *Nova Economia Institucional*. Após grandes pesquisas empíricas sobre o fenômeno e sua relação com a pobreza persistente (ver COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making The Law Work for Everyone*. vols I e II, Nações Unidas, 2008, disponível on line em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf) a ONU declarou que “empoderamento legal” “é essencial para a efetiva erradicação da pobreza e da fome” mediante a Resolução A/C.2/64/L.4 – *Legal empowerment of the poor and eradication of poverty*.

A importância da qualidade da lei para o desenvolvimento econômico cresce tendo em vista mudanças na base da economia internacional. Além da tradicional questão do aperfeiçoamento dos meios de produção de forma a gerar maior produtividade, hoje destaca-se a grande importância do papel do desenvolvimento científico e tecnológico, ou seja, da *inovação* – esta apontada por alguns como fator preponderante para explicar o crescimento econômico verificado após a Segunda Guerra Mundial (SOLOW, 1956; *apud*: HOULE, 2012, pp. 48-49) – de forma a gerar ganhos de rentabilidade e abertura de novos nichos de mercado. Ocorre que a inovação exige uma tomada de iniciativa por parte de indivíduos e empresas, implicando uma reavaliação do papel da liberdade para o desenvolvimento, logo, do modelo homogeneizador e exauriente do nosso sistema normativo. Além disso, a questão da burocratização é apontada como um dos grandes entraves ao desenvolvimento científico no Brasil por parte de pesquisadores¹⁰ e fator de desestímulo à inovação empresarial¹¹.

Por fim, o próprio Estado acaba sendo “vítima” do excesso de normas que produziu, pois estas, além de burocratizarem e engessarem a atividade da Administração Pública, confundem a ação de seus agentes. A desordenada proliferação legislativa dá origem a uma conflituosa sobreposição de microsistemas normativos e administrativos, os quais, por sua vez, levam à sobreposição de responsabilidades entre distintos órgãos da administração pública, confundindo até mesmo os representantes da Administração Pública, gerando desperdício de recursos humanos e financeiros. Some-se a este quadro a falta da atualização da legislação, e veremos como a aplicação das regulamentações desviam-se facilmente do objeto precípuo de tal regramento. É o cumprimento da burocracia pela burocracia.

¹⁰ Ver nota 14.

¹¹ “Direct costs of this magnitude are clearly significant for economic growth and job creation, but other kinds of indirect costs may be as or more important. A number of studies have suggested that some kinds of regulations reduce productivity and innovation, and slow the speed of structural adjustment to world markets. Small businesses, often the largest generators of new jobs, are likely to be especially harmed. Many regulations directly or indirectly reduce competition, and increase hidden inefficiencies in the economy. In the longer-term, such negative impacts may affect competitiveness.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), 1994, p. 11.

Essa situação de caos normativo e institucional transborda para a interface com o usuário dos serviços da Administração Pública. As dificuldades burocráticas marcadas por vários processos e órgãos com responsabilidades sobrepostas criam o ambiente propício para a naturalização da corrupção, que, por sua vez, pode facilmente dar lugar ao surgimento de máfias que vivem da extorsão. A corrupção que permeia a interação da população com o Poder Público nas repartições públicas afeta o comportamento da mesma população, levando-a a evitar a interação com o setor Público. Por exemplo, já foi demonstrado que este seria um dos fatores a desestimularem micro-empresendedores trabalhando na informalidade a procederem à formalização de suas atividades econômicas.¹² Um estudo realizado em 69 países demonstrou aumento na procura pela formalização após o combate concentrado às práticas de corrupção. (DE SOTO apud COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, 2008, vol II, p. 226).

Como vemos, o problema da inflação legislativa e a consequente baixa qualidade do sistema normativo geram prejuízos que perpassam praticamente todas as dimensões da vida social. Ora, não poderia ser diferente: toda ação que realizamos em nosso dia-a-dia é regida direta ou indiretamente por normas promulgadas pelo Estado. Logo, a *qualidade*, a *inteligibilidade* das mesmas e a sua *pertinência à realidade da vida social* podem determinar o desenvolvimento ou a estagnação de uma sociedade. O cenário descrito até aqui apresenta situações que demonstram a perda da *efetividade das leis*, levando, por consequência, à *deslegitimação do poder legiferante do Estado* perante a sociedade.

Por outro lado, se o poder de fragmentação social da lei é enorme por conta de sua penetração, também o é o de promoção econômico-social, quando ela é adequada à sociedade. A melhoria da produção legislativa possui um impacto de dupla dimensão no desenvolvimento econômico-social. Do ponto de vista do Estado, aperfeiçoa a sua dinâmica institucional, contribuindo para a economia de gastos governamentais, enquanto que no meio social facilita a fluidez das

¹² Em uma pesquisa realizada na Ucrânia, 82% dos negociantes afirmavam precisar pagar propinas para poderem continuar com seus negócios funcionando. COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, 2008, vol, II, p 226.

relações sociais, aumentando a interação frutífera entre os indivíduos, auxiliando no desenvolvimento econômico, o que por sua vez participa na concretização de direitos fundamentais sociais, em especial na criação de empregos (PRETE, 2016) e na emancipação econômica de indivíduos e famílias:

“A qualidade das leis e regulações, e até a efetividade geral do novo Sistema regulatório, é preocupação imediata tanto do desenvolvimento econômico quanto democrático. Regulações que são demasiadamente onerosas, complexas, ou não práticas podem prejudicar mais que melhorar o bem-estar público através da desaceleração do crescimento econômico, reduzindo a cooperação pública e aumentando os custos administrativos. Regras pobremente concebidas podem ter efeitos inesperados e desastrosos na competitividade, investimento, ou criação de empregos.”¹³

Foi justamente visando à recuperação da *inteligibilidade e efetividade* do sistema normativo que surgiu a Legística.

2 AS CAUSAS DA INFLAÇÃO LEGISLATIVA

Tendo em conta todo o cenário exposto, estaríamos vivendo uma “crise da lei”, ou “crise do paradigma legalista”. Duas são as correntes mais significativas que tratam sobre a problemática da lei no plano teórico. Para alguns autores, a “crise do paradigma legalista” é resultado da crise de legitimidade do próprio Estado: “os diferentes actores sociais questionando a legitimidade do Estado não se *reconhecem* na legislação aprovada pelo Legislativo e pelo Executivo”¹⁴,

¹³ Tradução livre. No original: “The quality of the laws and regulations, and indeed the general effectiveness of the new regulatory systems, is of immediate concern for both economic and democratic development. Regulations that are overly burdensome, complex, or impractical may worsen rather than improve public welfare by slowing economic growth, reducing public cooperation and increasing administrative costs. Poorly-conceived rules can have unexpected and disastrous effects on competitiveness, investment, or job creation”. OCDE, 1994, p 7.

¹⁴ ALMEIDA, 2009 p. 83. IN: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS, 2009. Obra resultante do evento: Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento Belo Horizonte, ocorrido de 10 à 13 de setembro de 2007.

levando a um questionamento mais profundo e amplo de toda a ideia do pacto social (WINTGENS, 2012), logo, tal corrente se ocupa de raízes mais profundas e antigas, debruçando-se sobre a análise crítica da filosofia do início da Modernidade. Na mesma linha, mas indo além, há autores que denunciam o problema epistemológico da lei na Modernidade, que a interpreta apenas sob sua dimensão como *comando*, descolando-a de toda a raiz das relações sociais concretas e dos costumes historicamente construídos, ou seja, *de toda dimensão ontológica que a sustentaria*.

Já para a segunda corrente, a “crise da lei” origina-se e tem por referência a problemática da falência ou das dificuldades do Estado Social (logo, debruçando-se sobre causas historicamente mais próximas a nós) o que conduziu a um excesso de regulação, a um aumento do Estado, criando um fosso entre as instâncias reguladoras e a sociedade, incluindo o distanciamento entre o legislador e os destinatários da lei (ALMEIDA, 2009, pp. 83-102). Vejamos primeiramente no que se baseia esta última tese.

2.1 A relação da crise do Estado Social com a crise da Lei

A inflação legislativa – como temos chamado o fenômeno de hiper-regulamentação da vida contemporânea ao ponto da própria quantidade de normas passar a constituir fonte de desordem e caos social – não constitui um privilégio do Brasil. Na verdade, tal problema tem sido experimentado por praticamente todas as democracias contemporâneas, algumas mais dramaticamente enquanto outras já vêm procurando tratar de tal situação, justamente pela utilização das ferramentas da Legística. O Brasil possui, efetivamente, peculiaridades culturais, políticas e históricas que incentivam a excessiva produção normativa; todavia, estas são causas tangenciais que apenas tornaram mais intensa uma consequência cujo nexos de causalidade principal advém de uma causa comum e mais profunda, sendo esta o crescimento do Estado por conta da adesão ao modelo do Estado Social.

Desde o início do século passado, mais especialmente após a crise financeira de 1929, a tese da necessidade da maior presença do Estado na economia

ganhou força, com forte prestígio acadêmico¹⁵, passando a ser adotada pelas forças políticas. Também por conta da influência da ideologia socialista as democracias ocidentais, em maior ou menor medida, adotaram o Estado de bem estar-social como paradigma de organização social e das relações entre o Estado e os cidadãos¹⁶. Dava-se, assim, progressivamente, a passagem do Estado Liberal, que atingiu seu auge no séc. XIX, para o Estado Social, que dominou o decorrer do sec. XX. Enquanto que o paradigma do Estado Liberal é caracterizado pela ideia estruturante de garantia dos direitos individuais e da proteção dos indivíduos do arbítrio estatal, o do Estado Social tem por premissa a assunção por parte do Estado do bem-estar da sociedade de forma abrangente¹⁷.

Esse novo paradigma implica dois grandes efeitos: primeiramente, as liberdades e direitos individuais passam a ser flexibilizados, submetidos à interpretação que fosse dada à abstrata ideia de “bem-estar social”. Em segundo lugar, a ideia de que o bem-estar social deva ser garantido pelo Estado e não mais pela própria iniciativa da sociedade e pela rede protetiva que até então existia – redes de assistência comunal, familiares e principalmente, das instituições religiosas – isso implica a absorção de praticamente todas as searas da vida social pelo Estado, levando ao seu contínuo crescimento e ressignificação das experiências sociais.

Ocorre que para que qualquer ação estatal se efetive, o Estado necessita aglutinar e organizar recursos materiais e humanos. Por exemplo, para impor

¹⁵ A descrição desse fenômeno – que concerne a abordagem do grupo dos intelectuais quanto grupo social, com suas normas e crenças internas – pode ser encontrada na clássica obra do sociólogo Raymond Aron, *O ópio dos Intelectuais*, publicada originalmente em 1955, a qual retrata as quase hegemonia das ideias de cunho socialista nos meios acadêmicos. ARON, 2016.

¹⁶ Efetivamente, o século XX apresenta como uma de suas grandes características ter testemunhado o auge do culto ao Estado, culto que atingiu as formas mais extremas no fascismo e no socialismo. PENNA, 2017.

¹⁷ Esta diferença de ênfases entre o Estado Liberal e o Social advém de uma diferença mais profunda, que consiste no fato de que para a sociedade liberal os indivíduos são os agentes que concretizam o bem comum. Já para o paradigma do Estado *Social*, coloca-se o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país, em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes de acordo com o país em questão.

o cumprimento de uma norma são requeridos recursos que garantam desde o ato fiscalizatório até a aplicação efetiva da sanção no caso de descumprimento. No caso em tela, com o deslocamento da responsabilidade do bem-estar social da própria sociedade para o Estado a tarefa torna-se mais complexa e demandante. A concentração de tão vastas e diversas tarefas no Estado obriga à construção de um gigantesco aparato governamental, levando ao crescimento exponencial da Administração Pública no decorrer do sec. XX. A construção dessa complexa estrutura já colocaria, por sua própria existência, um desafio para a efetividade das normas por conta das limitações das capacidades institucionais¹⁸ frente os fins almejados pelo Estado Social nas mais diversas áreas.

Contudo, o que deve ficar claro é a dinâmica instalada entre o paradigma político adotado no sec. XX e a sua relação com a lei: o aumento do Estado mostrou-se como a causa principal e mais imediata da explosão legislativa¹⁹ pois *a exteriorização do poder estatal dá-se mediante leis e normas*. Apenas mediante leis o Estado poderá regular as relações de consumo, por exemplo, também é mediante leis e normas infralegais que se autoriza a criação, delegam-se poderes e munem-se de recursos as novas estruturas da Administração Pública que cumprirão com as tarefas necessárias para satisfazer os fins do Estado Social. O crescimento do Ordenamento revelou-se um desdobramento talvez *imprevisito*²⁰, mas *incontornável* para a construção desse aparato estatal.

¹⁸ Uma análise das limitações institucionais sob a perspectiva *cognitiva*, ou seja, da apreensão da realidade onde irão operar, é dada por Adrian Vermeule. “The methodological thesis is that institutional analysis is indispensable to any account of legal interpretation. The question in law is never “How should this text be interpreted?”. The question is always “what decision-procedures should particular institutions, with their particular capacities, use to interpret this text”? Put negatively, legal theory cannot reach any operational conclusions about how judges, legislators, or administrative agencies should interpret texts unless it takes account, empirically, of the capacities, of interpreters and of systemic effects of interpretive approaches.” (2006, p. 2).

¹⁹ “O desenvolvimento contemporâneo da Legística acompanha o do Estado intervencionista.” Tendo por objetivo “uma abordagem racional da ação pública”. DELLEY; FLÜCKIGER, 2007, p. 37.

²⁰ Deve-se esclarecer que essa imprevisão diz respeito apenas aos pensadores e políticos da Modernidade e da atualidade. Na Antiguidade (A República, Platão) e na Idade Média

Além dessas causas originárias, o tamanho dos Estados e a profundidade das interferências na sociedade originaram demandas de segunda ordem, como novos desdobramentos que passaram a exigir ainda maior interferência legislativa: dado que muitas interferências são contraditórias entre si ou contraditórias com a evolução da sociedade, criou-se um círculo vicioso que se auto-alimenta do caos gerado por seu próprio funcionamento. Vejamos:

A estrutura do Estado burocrático não acompanhou a da sociedade contemporânea. A combinação de uma sociedade cada vez mais diferenciada, complexa e interconectada e de um Estado que se colocou a desempenhar tarefas múltiplas e algumas até contraditórias mediante ferramentas do Estado do tipo burocrático, levou a criação de tensões entre sociedade e Estado que desaguaram no sistema normativo. Essa intrincada pluralidade de pretensões do Estado Social geraram, como explica FARIA, “*um potencial ilimitado de crescimento legislativo*”.²¹ O ordenamento herdado do séc. XX demonstra essa história, pela sobreposição da racionalidade sistêmica residual dos Códigos e da colcha de retalhos de “leis extraordinárias” e “microssistemas” normativos, além da franca atividade legiferante do Executivo.

Passou-se a criar normas antagônicas – as antinomias reais, já comentadas – e essas passaram a criar efeitos na realidade não previstos pelos legisladores e gestores públicos. Por exemplo, podemos ver isso claramente na área econômica: a excessiva burocratização como um dos maiores entraves ao desenvolvimento econômico, como já aludimos. Houle descreve como que, na trilha da tentativa de se regulamentar as áreas econômica, social e administrativa, a expansão contínua criou o fenômeno da “regulamentação patogênica” com efeitos perversos já mencionados (limitação de entrada de novos concorrentes no mercado,

(Agostinho, de libero arbítrio, Tomás de Aquino, Suma Teológica) já se tinha clareza sobre a limitação das capacidades da lei humana em impor de forma plena o bem comum, e a tentativa de impor tal objetivo geraria mais males que de então. As leis devem visar ao bem comum, mas já se sabendo de antemão a impossibilidade de atingí-lo em plenitude, ainda que seja evidente que existam comunidades e sociedades onde os indivíduos participem em maior grau do bem comum que em outras.

²¹ FARIA, [s/d] p. 258, disponível *on line* em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67297/69907>.

distorção na estrutura de preços e limitação excessiva do livre-arbítrio dos indivíduos) (HOULE, 2012). Constatou-se, assim, uma “*corrélacion negative nette entre la coissance de l’État et la coissance économique.*”²²

O Estado Social não consegue cumprir a contento as tarefas que justificavam seu crescimento e invasão na vida social. Em certas áreas, ele passa até a ser produtor de *novos* danos à sociedade. Essa situação de desordem acaba por se alimentar de si mesma, pelo enfraquecimento das relações sociais originais, passando a requerer uma ação estatal para uma precária estabilização substitutiva, levando a um círculo vicioso.

O Estado contemporâneo passa, portanto, a agir de modo paradoxal, contraditório aos seus próprios fins, por conta da corrosiva inflação jurídica. Num sistema jurídico que vai sendo “inflacionado” por um sem número de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidades” condicionadas por conjunturas políticas, econômicas e sociais bastante específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade na produção de novas normas constitucionais e de leis ordinárias acabam levando o “Estado-Providência” a perder a dimensão exata do valor tanto das regras que edita quanto dos próprios atos que disciplina, gerando caos social sistêmico e crônico que, se não anulam, enfraquecem o poder de ação do Estado-Providência. (FARIA, [s/d] p. 258)

“No limite, esse processo pode levar à própria anulação do sistema jurídico, uma vez que, **quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações**; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os deveres, formando um círculo vicioso, cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas deveres, todos sem direito algum.” (FARIA, [s/d] p. 258)

Assim, em face das variadas respostas pragmáticas que o legislador é obrigado a dar a essas pretensões materiais contraditórias e excludentes, a tendência inevitável é a do esvaziamento da própria função das leis, concomitantemente com o estrangulamento da autonomia e da autorregulação social. Desta forma, nem os princípios da legalidade e do primado da lei (típicos do Estado liberal)

²² E. MACKAAAY et. S. ROUSSEAU, 2008, p. 614, *apud* HOULE, 2012, p. 39.

e nem o da eficiência das políticas públicas nos campos social²³ e econômico (objetivos do Estado-Providência) concretizam-se plenamente. A lei cai em descrédito perante os cidadãos, elas são consideradas complexas ou deslocadas de suas necessidades reais e, com ela, a própria legitimidade do Estado em legislar passa a ser questionada.

Por tal razão, Teubner afirma que a lei como instrumento de controle que o Estado de bem-estar Social (*welfare state*) teve à sua disposição é pautada num tipo de racionalidade e de organização que não se mostraram totalmente apropriadas para as estruturas sociais reais (*life-world*) das áreas às quais a lei se impôs (TEUBNER, 1987, pp. 3e 4). A inadequação entre as promessas e pretensões do Estado Social, vestidas sob a manta da “racionalidade tecnocrática” do estado burocrático assumiu o caráter de uma crise global do modelo do Estado Moderno; ao sobrecarregar sua estrutura e fundamentos criaram-se rachaduras profundas, originando metamorfoses para a adaptação do mesmo à nova realidade.

2.1.1 Os limites do alcance da lei

Provavelmente, o Estado-Social tenha nos apresentado os limites práticos da utilização da lei como instrumento de organização social. Nesse sentido pode ser compreendida uma das mais balizadas teorias que descrevem como se revelam tais limites: o *trilema regulatório* de Gunther Teubner.

²³ “Diante desse quadro, de incoerência e explosão do sistema normativo, a *eficácia* dos direitos sociais mantém-se aquém do idealizado, por conta do engessamento das normas que lhes deveriam dar proteção. No primeiro caso, essas tensões são exponenciadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas reconhecidas como direitos subjetivos e convertidas em obrigações do Estado, tais conquistas formalmente consagradas em textos legais encontram-se, na verdade, esvaziadas por um sistema jurídico pesado, ineficaz e impotente, além dos efeitos secundários não previstos, como estrangulação das relações e atividades econômico-sociais, constituindo um dos principais fatores responsáveis pelo agravamento das tensões entre grupos sociais. Ainda, ao provocar a desvalorização do instrumento que os governos têm ao seu dispor, menos o Estado parece capaz de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para efetivamente cumprir suas tarefas essenciais (como segurança, acesso ao Judiciário, acesso a serviços sociais essenciais como saúde e educação), agravando as condições sociais justamente dos mais vulneráveis.” PRETE, 2016.

Ao lado da inadequação das normas, restou evidenciado na atualidade também o limite fático da possibilidade do crescimento do ordenamento jurídico. A observável inefetividade evidenciaria que a lei ultrapassou sua possibilidade de alcance, pois as estruturas próprias da área da realidade ou impedem que a lei a acesse, ou, se acessando, sejam estranguladas pela imposição legal. *Ou seja, a efetividade da lei, sob o signo intervencionista do Estado-social, é o sacrifício das estruturas sociais tradicionais* (HABERMAS, 1981, apud TEUBNER, 1987, pp. 3 e 4). A norma não estaria meramente intermediando conflitos, mas efetivamente procurando substituir a estrutura social, causando um dos dois efeitos identificados por Teubner em sua teoria do “trilema regulatório”: “cada intervenção regulatória que vai além desses limites é ou irrelevante ou produz efeitos desintegradores na área social da vida ou ainda efeitos desintegradores sobre a própria lei regulatória”²⁴.

Atienza, reforçando essa questão, descreve em melhores palavras a dinâmica do “trilema regulatório”:

“O se produce una indiferencia recíproca entre Derecho y sociedad, o se desintegra la sociedad por parte del Derecho, o se desintegra el Derecho por parte de la sociedad. La solución para escapar de este trilema no puede venir, según TEUBNER, ni de las teorías de la implementación, ni de las propuestas de desregulación (HAYEK), sino a través de lo que él llama el control de la autorregulación, esto es, la regulación jurídica de la autorregulación social, la inserción dentro del Derecho de momentos reflexivos”. (1997, p. 50)

Meramente advogar pela “desregulamentação” mostra-se uma abordagem “ingênua”, entende Teubner, pois não expressa nem a *profundidade* e nem a *amplitude* do fenômeno. Na verdade, limita epistemologicamente a abordagem à lei *posta*, novamente, reproduzindo o mesmo movimento circular e auto-referencial da ciência jurídica tradicional. Um primeiro passo seria ampliar o enfoque da

²⁴ Tradução livre. No original: “Every regulatory intervention which goes beyond these limits is either irrelevant or produces disintegrating effects on the social area of life or else disintegrating effects on regulatory law itself.” TEUBNER, 1987, p. 21.

mera “quantidade” de normas para a verificação da sua qualidade, a qual se faz mediante a inserção de “momentos reflexivos”²⁵.

No presente momento histórico quando, diante da profunda crise do Estado Social e da lei, alguns jusfilósofos se questionam sobre as bases do projeto da lei na Modernidade, chega a ser irônico constatar que nossos predecessores já previam os resultados do que vivemos atualmente. Santo Tomás de Aquino, há mais de 800 anos, citando Santo Agostinho – do séc IV! – já alertava em seu *Tratado da Lei* sobre a ambição de instaurar uma ordem social perfeita na base da imposição legal:

“(…) porque, como diz Agostinho, a lei humana não pode punir ou proibir todas as maldades. Pois, se quisesse eliminar todos os males, haveria conseqüentemente de impedir muitos bens, impedindo assim a utilidade do bem comum, necessário ao comércio [das relações] humano.”

Com essa citação podemos então passar a apontar um dos mais graves efeitos da explosão legislativa: o estrangulamento da liberdade individual e sua relação com a perda da noção de realidade concreta na moldura epistemológica da lei moderna.

2.2 A moldura epistemológica na lei na Modernidade: a Liberdade cada vez mais estreitada

“¿Acaso puede el derecho invadir todos los rincones de la vida ? ¿Es que no hay nada que le sea ajeno? Debemos resignarnos a quedar atrapados em la jaula de hierro de una omnipresente e invasiva dimensión jurídica? Em uma law-saturated society, ¿ hasta donde puede llegar el derecho em nuestras vidas? (MAÑAS, 2010)

²⁵ “Yet it still seems too narrow approach to concentrate on the expansion of legal material, on the extension and intensification of law. The current criticism of juridification processes under the general heading “flood of norms” scarcely seems an appropriate starting point because it limits the discussion in several respects. The terms “flood of norms” merely stresses the quantitative aspect of the increase in legal material – a problem which could certainly be combatted by technical improvements in legislation. In fact, qualitative aspects are more important: what changes in the content of legal structures has the (alleged?) crisis of juridification brought about?”. (TEUBNER, 1987, p. 7).

Um dos mais preocupantes efeitos gerados pela expansão legislativa consiste na perda contínua da iniciativa individual verdadeiramente livre, obscurecida pela crescente pressão exercida pela regulamentação heteronormativa de todos os espaços da vida social.

Legislar envolve determinar, usando da força estatal, que as pessoas ajam ou deixem de agir conforme determinada maneira. Conseqüentemente, todo um espectro de possibilidades de ação humana originalmente possíveis diante daquela situação torna-se obstaculizado. Desta forma, nossas opções de ação tornam-se cada vez mais homogêneas por imposição estatal, como consequência inescapável da expansão legislativa.

Ironicamente, a diminuição da liberdade de ação poderia ser atribuída ao desenrolar prático-histórico de teorias que haviam sido concebidas justamente para proteger a liberdade dos cidadãos frente o poder político: primeiramente, a ideia de Contrato Social, e a segunda, que tem a primeira como fundamento implícito, a ideia de Estado Democrático de Direito, onde apenas as normas que tivessem sido promulgadas pelos representantes democraticamente escolhidos e que tivessem sido submetidas ao processo legislativo poderiam ser impostas à sociedade.

Todavia, tais teorias contêm pontos cegos que apenas o desenrolar histórico as tornou evidentes. Da forma atual, é como se o Estado estivesse em posse de uma “procuração em branco” outorgada no Contrato Social, a qual não impõe limites *substantivos*²⁶ ao poder legiferante, apenas um requisito formal-procesual (submissão ao rito legislativo). O critério, portanto, de limite à criação de normas é *imane*nte ao próprio Ordenamento e não à realidade concreta. Como afirma a Constituição Brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei*.” (art. 5º, II). Pressupunha-se que o processo legislativo tal como concebido originalmente seria o meio suficiente e adequado para veicular a vontade popular através da representação parlamentar e, assim, cristalizar a vontade popular na própria lei, logo, seria o veículo legítimo a

²⁶ Cf. Luc L. Wintgens em *Legisprudence*. A análise de Wintgens é exposta com mais detalhes no capítulo dedicado à sua teoria “Legisprudência.”

invadir a liberdade. Todavia, se não há limites *transcendentes* ao Ordenamento para a criação legislativa, tal previsão perde no decorrer do tempo o poder de proteção da esfera de ação do indivíduo. Basta que o Estado continue a produzir normas que relativizem cada vez mais as liberdades e direitos individuais, esvaziando-os de seu original alcance e força. O resultado desse processo no tempo é notório: cada vez menos os cidadãos identificam-se com o conteúdo legal, conduzindo-os à alienação do sistema normativo. A sensação difusa de excessiva invasão da norma sobre a vida das pessoas perpassa todas as áreas e classes sociais.

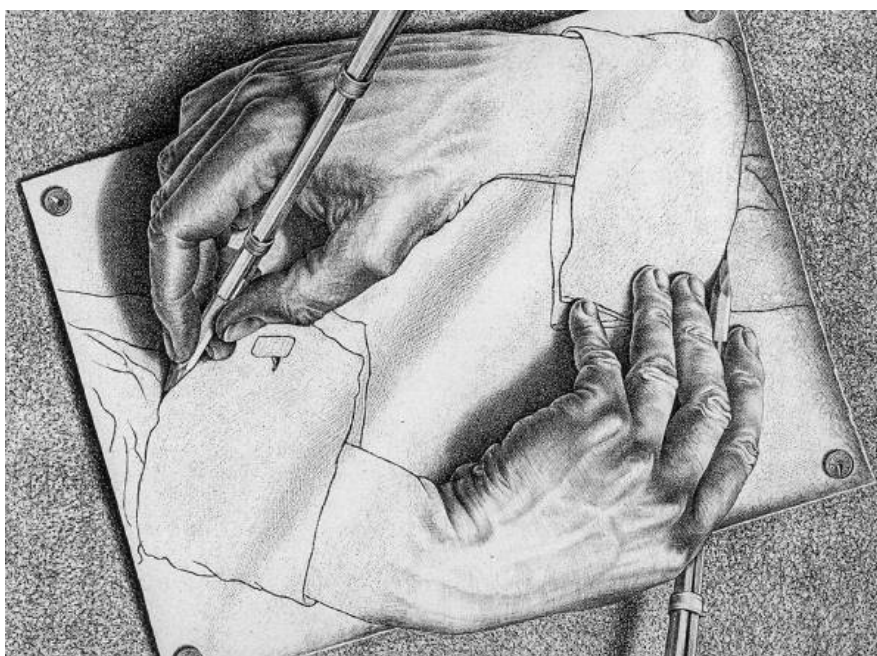
Um dos autores que melhor perceberam a relação entre as doutrinas que fundamentaram a soberania do Estado Moderno e a falta de limites concretos para o crescimento dos Ordenamentos e da proteção da liberdade individual foi Luc. J. Wintgens expondo tal análise em seu *Legisprudence*. Nesta obra, o autor reavalia os pressupostos filosóficos do contrato social – logo, os pressupostos que justificaram a soberania do Estado e de sua invasão na liberdade individual – demonstrando seu artificialismo e a inescapável consequência de excessiva relativização da liberdade na interação humana. Como será apresentado em capítulo próprio²⁷, as teorias do contrato social redundam na transferência total da liberdade do indivíduo para o soberano (Estado), baseada na justificativa hobbesiana *de que é obedecendo ao Estado que se é livre dos perigos do estado natural*. Apenas sob a proteção do Estado o indivíduo poderia exercer sua liberdade, *criando uma coincidência entre liberdade humana e lei*. Por conta desse amálgama o sistema jurídico não possui outra base de legitimidade que si mesmo, além de justificar teoricamente a obrigação incondicional por parte dos cidadãos de obediência às normas oriundas de um processo formal de legitimação, dando origem ao legalismo formalista.

O Legalismo formalista, aponta WINTGENS, determina o *status ontológico da lei*, imantando o processo de formalização (processo legislativo) com a própria legitimidade, excluindo, portanto, da esfera da ciência do Direito os pressupostos de fato e valor que fundamentaram o surgimento da norma. Logo, o

²⁷ A análise de Wintgens é exposta com mais detalhes no capítulo 3: “Bases teóricas da Legística: a Legisprudência.”

sistema jurídico passa a retirar sua legitimidade de *si mesmo* mediante um mero processo formal de criação legislativa

O desenrolar desse processo fica evidente na descrição dada por Günther Teubner. Observando o funcionamento dos Ordenamentos modernos no decorrer do tempo, Teubner descreve o Direito atual como um “sistema autopoietico”²⁸, “auto-referenciado”. A “auto-referência” do Direito consiste num movimento circular, onde o Direito retira a *validade* de sua perpetuação de *si mesmo*. Ao subir-mos as escadas da hierarquia jurídica, atingido o cume, esse reenvia para o nível mais baixo, fazendo tal movimento lembrar um quadro de Escher.²⁹



Desenhando (1948). A mão tridimensional parece desenhar um pulso bidimensional que, por sua vez, transforma-se em uma mão tridimensional *é representação do processo da lei formal que a si mesma se cria.*

²⁸ “O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprio componentes sistémicos e à articulação desde num hiperciclo.” TEUBNER, 1983, p.53.

²⁹ Maurits Cornelis Escher (1898-1972) artista plástico holandês famoso por seus trabalhos com ilusão de óptica. Uma dos efeitos comuns de seus quadros era o de criar cenários onde objetos, construções ou animais eram ao mesmo tempo origem e fim de outros.

Ocorre que no desdobramento do movimento circular, a “previsibilidade” jurídica enfraquece-se³⁰. Uma vez que o Direito, tal como o entendemos, se encontra impedido de acessar a realidade (como nível transcendente de legitimação), sua perpetuação se dá pela *combinação e recombinação dos elementos já contidos em si*, cujos desdobramentos não são totalmente controláveis.

Tendo em vista estes patentes efeitos, é incontornável perguntar-se a razão do Direito ter-se fechado em si mesmo. Por quê ele retira sua validade de si mesmo e não de um nível transcendente de legitimação, especialmente, de uma esfera palpável, acessível a todos, qual seja, uma esfera onde o “justo” e “injusto” sejam o mais clara e facilmente evidentes à toda razão? A resposta é complexa, pois vai além de meramente descrever as afirmações do Positivismo ou a moldura da ciência do Direito, ou mesmo a do Contrato Social, mas nos exige compreender o que *fundamentou* essas construções teóricas. Compreender efetivamente esse aspecto do Direito atual exige, assim, retroceder alguns séculos a fim de resgatar a linha de desenvolvimento histórico da filosofia jurídica, o que nos revelará que ela sofreu profunda transformação na entrada da Modernidade, alterando a compreensão da natureza da Lei (BASTIT, 2010) que se tinha até então.

Não cabe aqui neste capítulo descrever cada uma das diversas etapas desta mudança³¹, o que importa ressaltar neste processo por ora é a substituição do *realismo* filosófico pelo *subjetivismo* – traço típico tanto da Modernidade quanto da contemporaneidade – que significou o abandono da compreensão cosmológica da realidade como imantada por uma ordem que pudesse ser conhecida e compreendida pela *razão* humana, para uma perspectiva crítica dessas duas premissas citadas. Não havendo uma ordem na realidade (Monismo) ou se a razão humana não se presta como meio de ascender à realidade das coisas (Kant), a realidade passa a ser identificada com o que a *mente* percebe e, concomitantemente,

³⁰ “O ideal da certeza e segurança jurídica, que repousa no postulado da previsibilidade da aplicação do direito aos casos concretos da vida, seria incompatível com essa sua característica de auto-referência – o mesmo sucedendo com o ideal científico da determinabilidade do direito, independentemente mesmo da questão de saber se tal determinabilidade seria obtida através de amplas análises de causalidade defendidas pela escola do realismo jurídico.” TEUBNER, 1983, p. 3.

³¹ Existem muitas análises que procuram descrever os passos desta transformação, como o de Michel Bastit, *Nascimento da Lei Moderna*.

a *vontade* vê-se livre de submissão à realidade e aos ditames da razão, elevando-se ao patamar de força organizadora da realidade, especialmente da realidade social.

A relação entre a ordem imanente das coisas e a inteligibilidade das leis constituía experiência comum do ser humano até a Modernidade. “Regra é algo que expõe concisamente as coisas como são”, afirma o Digesto Justiniano (*regula est, quae rem quae est breviter enarrater*)³². Santo Tomás de Aquino, em seu magistral “Tratado da Lei”, nos ensina que a “*lei não é mais que um ditame da razão prática, do chefe que governa uma comunidade perfeita*”. A lei é uma “medida” a regular as ações humanas para um fim ditada pela *razão prática*³³ tendo em vista o bem comum. Montesquieu inicia o Espírito das Leis apresentando qual era então a compreensão corrente da sua natureza ontológica:

“As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis.” (MONTESQUIEU, 2000, 1,1,1.)

A mudança epistemológica do estatuto ontológico da realidade alterou profundamente a compreensão da lei: ela (a lei) perde a dimensão de ser a expressão de um aspecto da realidade concreta apreensível pela razão passando a ser identificada exclusivamente com uma declaração de “*Vontade*” – seja do

³² Digesto, 50, 17,1, *De diversis regulis iuris antiquis*.

³³ “Como já dissemos, a lei é um ditame da razão prática. Ora, dá-se que o modo de proceder da razão prática é semelhante ao da especulativa, pois ambas procedem de certos princípios para certas conclusões, como antes ficou estabelecido. Por onde devemos concluir que, assim como a razão especulativa, de princípios indemonstráveis e evidentes tira as conclusões das diversas ciências, cujo conhecimento não existe em nós naturalmente, mas são descobertos por indústria da razão; assim também, dos preceitos da lei natural, como de princípios gerais e indemonstráveis, necessariamente a razão humana há de proceder a certas disposições mais particulares. E estas disposições particulares, descobertas pela razão humana, observadas a outras condições pertencentes à essência da lei chamam-se leis humanas como já dissemos. E por isso Túlio, na sua Retórica, diz que a origem do Direito está na natureza; daí, em razão da utilidade, nasceram certas disposições costumeiras; depois, o medo e a religião sancionaram essas disposições oriundas da natureza e aprovadas pelo costume.” AQUINO, 2016, questão 91, art. 3.

“soberano” ou do “povo”. Na perspectiva “antiga” a lei é *também* uma declaração da autoridade, mas ancorada na razão e na natureza das coisas, enquanto que na perspectiva moderna a lei é baseada na vontade livre do soberano e sem prestar contas à ordem das coisas. Não estando mais a lei submetida a uma ordem cosmológica e ao bem da comunidade ditado por essa ordem, o fim da lei passará a ser o que atribui a *Vontade* (não a Razão, até então utilizada para apreender a ordem intrínseca da natureza das coisas na realidade), vontade que, na criação do Estado Moderno, passará a ser a do legislador ou de quem detenha o poder estatal.

“Se o legislador recusa essa dependência [a da vontade ao intelecto e à razão], ele atribui a si mesmo seu fim [o da lei]. A lei se torna o que é desejado por ele. Já não é submetida a um fim externo. Extrai toda a sua virtude da vontade, fechada em si mesma, do legislador. Portanto, ela já não pode ser uma vontade regrada pela razão. Não conhece outro limite além de si mesma.” (BASTIT, 2010 pp. 40-41)

Não havendo limite para a lei além do seu processo imanente de funcionamento, não há também limites transcendentais ao seu crescimento e, consequentemente, à absorção de cada aspecto da vida social pela “lógica organizacional do Estado” (HABERMAS, 1981, apud TEUBNER, 1987, pp. 3 e 4). Concomitantemente, não existindo para o pensamento uma ordem na realidade, tal “ausência” torna-se incômoda e passa a exigir a criação de normas para cada aspecto da vida social a fim de restaurar a confiança social numa ordem e na segurança, ainda que tal efeito seja não raro mais psicológico que efetivo. O mito do poder organizador do Estado ergue-se sobre a crença no caos intrínseco da realidade e da natureza humana. Por essa ótica, compreendem-se as raízes metafísicas da teoria do contrato social hobbesiano, de como se chegou à conclusão de que sem o Estado “o homem é o lobo do próprio homem”, devendo assim este abrir mão de sua liberdade em lugar da segurança oferecida pelo estado civil.

3 LIMITAÇÕES DA CIÊNCIA JURÍDICA POSITIVISTA

É fácil perceber que as reflexões apresentadas até aqui tem por gatilho os negativos *efeitos* gerados pelas normas na realidade concreta, justamente o calcanhar de Aquiles da ciência jurídica tradicional. A produção da norma não in-

tegra o objeto da ciência jurídica – apenas marginalmente – e nem poderia sê-lo, dados os pressupostos fundantes da lei na Modernidade³⁴. “Interessando-se pouco pela gênese das normas jurídicas, a ciência jurídica também não tentou clarificar os efeitos que as normas produzem na realidade social.” (MADER, 1991, pp. 39-40). A Legística se coloca, portanto, como resposta para o vácuo deixado pela ciência jurídica.

A ciência do Direito, tal como a conhecemos, é uma disciplina epistemológica e normativa, ou seja, a ela foi incumbida a tarefa de nos informar no quê o Direito consiste e de nos dar guiamento para sua aplicação. No primeiro caso, a ciência jurídica conduziu a uma identificação entre “lei posta” e “Direito”; no segundo, partindo prioritariamente desse pressuposto, construiu a definição moderna dos conceitos jurídicos fundamentais – tais como relação jurídica, fonte jurídica, direito objetivo e subjetivo, norma jurídica e as relações hierárquicas entre essas. A ciência do Direito, por fim, ocupa-se da interpretação do sistema normativo, ou da metodologia a ser aplicada pelo juiz para “encontrar” o Direito à luz da norma dada, e nessa tarefa sucederam-se inúmeras escolas que se desenvolveram em torno de enfatizar um determinado aspecto do Direito (como a segurança jurídica, ou valores supra legais), cada uma elegendo uma chave de abóbada que daria a consistência interna ao sistema: desde a escola dos conceitos do sec. XIX até as contemporâneas teorias que priorizam a interpretação tópica e a argumentação³⁵.

A variedade das inúmeras escolas de pensamento de metodologias de aplicação e interpretação do Sistema Normativo encontráveis na história moderna pode camuflar ao estudioso a premissa fundamental que todas compartilham: todas constroem suas metodologias interpretativas tendo por pressuposto a *lei posta, o sistema normativo posto* para poderem encontrar o Direito justo, de forma que o juiz figura como o grande protagonista dessa tarefa. Neste sentido: “A metodologia jurídica até nossos dias só se ocupou do processo de obtenção de

³⁴ Cf. BASTIT, 2010 e WINTGENS, 2012.

³⁵ Uma descrição da evolução das escolas de ciência jurídica pode ser encontrada em LARENZ, 2014.

decisões jurídicas concretas a partir da lei. Sobre o método de chegar a leis corretas não se dizia, e não se diz, uma única palavra.” (KAUFMANN, s/d, p. 161).

Tal fato se dá porque a moldura fundamental dentro da qual a disciplina da ciência do Direito se desenvolve é a mesma que se formou no início da Modernidade. Tal moldura, que conforma todo desenvolvimento posterior da ciência do Direito, tem por primeiro fundamento a separação entre a função dos três Poderes – Judiciário, Legislativo e Executivo – cabendo ao Judiciário proclamar o Direito a partir das leis promulgadas pelo Legislativo. Tal separação delimita toda a Jurisprudência à aplicação da Lei posta, auxiliando, no desenrolar do tempo, à já mencionada identificação entre Lei e Direito.

O ápice desse processo é atingido com o Positivismo jurídico, cujo maior representante foi reconhecidamente Hans Kelsen com seu *Teoria Pura do Direito* (1934). A obra consubstancia as aspirações de rigidez científica nutridas por todo o século XIX; para tanto, valendo-se de um forte aparato lógico-analítico, Kelsen conceitua norma e ordenamento em termos formalistas, radicalizando o racionalismo deducionista já iniciado no modelo jusnaturalista, mas expurgando-o de toda a reminiscência valorativa. O ápice do positivismo jurídico marcou também o início de sua decadência.

O problema com a ciência do Direito descrita até aqui e sua relação com os problemas apontados de explosão legislativa repousa no fato de que para ela as “fontes do Direito” basicamente consubstanciam-se na lei – os costumes, por exemplo, são fontes secundárias – de forma que uma vez que a lei tenha entrado no Ordenamento, mesmo que mediante apenas um processo formal (via sua promulgação e publicação), ela passa a ser obrigatória. Tal mecanismo consiste em identificar a lei à declaração de vontade de uma autoridade, no caso, o Estado. Todavia, esse mecanismo impede que o trabalho do Legislador seja problematizado, que a *ordem dos fatos* e as reais aspirações dos afetados pela futura norma sejam efetivamente consideradas assim como os efeitos das leis. Em suma: a *efetividade* e a ordem dos valores sociais não integram a base da legitimidade das normas à luz de nosso sistema legal.

Toda a Teoria legal até então desenvolvida na modernidade, por conta da moldura da Separação dos Poderes, deu-se tendo por objeto a função do *juiz*.

Todavia, a Legística desafia esta perspectiva, ao apontar para o fato de que a tarefa do legislador, ainda que eminentemente política, também é jurídica, necessitando ser pautada em métodos e técnicas que auxiliem a obtenção do melhor *design* normativo. Além disso, em contraste com os deveres de justificação e respeito às leis que cabem ao juiz ao declarar o Direito sobre um caso concreto, o Legislador conta com ampla discricionariedade na escolha de legislar ou não, como legislar e sobre quê legislar, intensificando a necessidade por uma metodologia que garanta maior reflexão na formulação normativa.

4 LEGÍSTICA: HISTÓRICO E CONSOLIDAÇÃO DA DISCIPLINA

Até aqui expomos a problemática da explosão legislativa. Expomos seus efeitos mais imediatos e aparentes – antinomias reais, caos social, excessiva limitação da liberdade, perda da efetividade das leis com o consequente questionamento da legitimidade do Estado em legislar – e exploramos sucintamente as causas mais relacionadas com o tema, as quais derivam das ideias que remontam desde a formação do Estado Moderno, mas cujos frutos amadureceram sob o efeito catalisador do crescimento do Estado durante o século XX, esse, por sua vez, estimulado pelo paradigma político do Estado-Social. Por fim, analisando a seara específica do Direito, chamamos a atenção para o fato da ciência jurídica não trazer em seu bojo uma metodologia que oportunizasse o estudo sistemático dos *efeitos* da legislação, pois considerar tal perspectiva contradiria os pressupostos do legalismo-positivista. Essa exposição auxiliará o leitor a compreender o local ocupado pela Legística.

Para que o Estado Social possa cumprir com suas tarefas, é necessária uma mudança de perspectiva que passe a analisar criticamente o poder de organização social da lei. No lugar da crença de que a lei escorada pela imposição estatal seja suficiente para a concretização da situação idealizada na norma, entra em cena uma concepção dinâmica e *instrumental* do Direito, a considerar a lei como meio de canalizar as potencialidades já latentes na realidade – ou, controle da autorregulação social, na visão de Teubner – resultante da interação entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, devendo este estar atento e sensível às reais condições de aplicação das leis.

À medida que as dificuldades derivadas da explosão legislativa acumulam-se, cresce a percepção crítica de que a “atividade legislativa não é o simples produto da ação conjunta duma diversidade de imposições de natureza política ou a mera expressão de actos simbólicos que visam satisfazer a opinião pública” (MADER, 1991, pp. 40-41), antes, “uma atividade com uma finalidade, destinada a produzir resultados concretos e a contribuir para a solução de problemas efectivos” (MADER, 1991, pp. 40-41). Por conseguinte, o campo de estudo dos juristas e gestores públicos interseccionam-se ao debruçarem-se conjuntamente sobre os *efeitos* da legislação.

“Teoria da Legislação”³⁶, Legística ou Legisprudência são todos termos usados para designar uma disciplina que visa estudar o fenómeno legislativo e a lei “em todas as suas dimensões” (ALMEIDA, 2009, pp. 84,85), inclusive, seus efeitos concretos observáveis socialmente, advindo daí sua natureza *interdisciplinar*, socorrendo-se de conhecimentos das áreas de Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Ciência Política, Ciência da Administração, Economia, Sociologia, Sociologia Jurídica, Metodica Jurídica, Linguística, Estatística. Por se debruçar igualmente sobre o campo empírico a Legística é uma *teoria da legislação aplicada, almejando oferecer recomendações cientificamente fundamentadas para a legislação*. Em suma, ela é fruto do deslocamento do enfoque da ciência jurídica da lei posta para o processo da lei em formação (*lege ferenda*), tendo em vista sua *legitimidade, efetividade e eficiência*.

Tal preocupação sobre a qualidade das leis não constitui uma novidade na história do pensamento, por óbvio. O Digesto Justiniano – que consistiu na consolidação e revisão de mais de um milênio de prática do direito romano – nos informa que foi motivado, entre outros, pela necessidade de organizar o Direito a fim de torná-lo mais acessível, claro e organizado, de forma a garantir sua justiça³⁷. Encontramos referência ao tema em São Tomás de Aquino em seu já citado *Tratado da Lei* constante na *Suma Teológica* (AQUINO, 2016, Vol II, IaIIae). Nela, o Doutor Angélico já distinguia claramente problemas referentes

³⁶ Cf. HASSEMER, W., KAUFMANN, A., 2015, pp. 160 e ss.

³⁷ DIGESTO, *De Concepto Digestorum*.

à feitura da lei dos da aplicação da mesma. Baseando-se em Aristóteles, afirmava ser a lei um ditame da razão prática (AQUINO 2016, Ia, IIae, Tratado das Leis, questão 91, art. 3, solução. p. 550 do vol. II), e a *razão prática constitui uma das dimensões a serem reinseridas no processo legislativo pela Legística*. Desta forma, o Doutor Angélico já apontava que a lei derivava da aplicação da razão humana ao bem da comunidade sem perder de vista a natureza das coisas, as tensões e dilemas da situação concreta, aspecto que, como já mencionamos, se perdeu na Modernidade e apenas agora volta a ser resgatado.

Thomas Hobbes dedicou àquilo a que chamou as “*leis civis*” o Capítulo XXVI de seu *Leviatã*, onde menciona as dificuldades que a interpretação de uma redação legislativa deficiente pode gerar. (HOBBS DE MALMESBURY, 1983) John Locke também demonstrou preocupação com as leis escritas como se depreende do Capítulo XI do seu *The Second Treatise of civil Government*. Por fim, não se pode deixar de mencionar Montesquieu e seu famoso *L'esprit de la loi*, onde teceu interessantes observações de política legislativa.

Todavia, dois são os autores mencionados como precursores de uma abordagem mais sistematizada da atividade de elaboração legislativa: Jeremy Bentham (*Normography or the art of Inditing Laws 1838, An Introduction to the Principles of Moral and Legislation, 1789*) e Gaetano Fialingieri (*La Scienza della Legislazione, 1784*). Esta última foi a primeira obra que se reconhece como de Ciência da Legislação, onde no decorrer de seus vários volumes o autor demonstra preocupação com a qualidade das leis e já preconizava a avaliação legislativa (HOMEM, 1999).

Jeremy Bentham desempenha um papel de relevo como precursor da Legística ou Ciência da legislação. Filósofo e jurista, foi o fundador do utilitarismo como filosofia moral. Suas ideias partem de uma crítica ao jusnaturalismo e às normas em geral. Não encontrando uma fundamentação metafísica para o Direito, conclui que a análise deve partir da utilidade prática das mesmas aos indivíduos; tal utilidade, para Bentham, é mensurada pela “felicidade” que ela proporciona à vida social. Portanto, Bentham introduz a ideia da instrumentalidade do Direito. Tal instrumento, de acordo com ele, deveria ser manipulado segundo o princípio da utilidade, o qual tem em vista “o bem estar do maior número de pessoas.” Bentham também já apontava o problema da

incognoscibilidade do Direito e de como o desconhecimento das normas jurídicas pelos indivíduos as impediam de produzir os bons efeitos desejados, dado que o conhecimento da lei pelos destinatários constituiria condição imprescindível para a produção dos resultados calculados (BENTHAM, 1843, p. 269). Nesse sentido, debruçou-se ainda sobre questões pertinentes à linguagem do Direito, condenando o uso de fórmulas que tornavam o Direito obscuro, como o recurso abusivo a jargões, termos técnicos e mascaramento de proposições imperativas sob sentenças descritivas.

Todavia, a obra de Jeremy Bentham permaneceria praticamente esquecida pelos teóricos até pelo menos os anos setenta do século passado, por conta da homogênea adesão ao positivismo descritivo.

São os efeitos práticos observáveis na sociedade atual – mencionados no começo desse capítulo – que levaram ao reflorescimento dos estudos sobre legislação. Tal necessidade surge e cresce acoplada à maior presença do Estado na vida social, pela assunção estatal de inúmeras tarefas, com a consequente expansão do corpo normativo. Estimulada pelas problemáticas características da lei sob a sombra do crescimento do Estado Moderno é que se desenvolve a moderna Legística com vistas, principalmente, à *racionalização das políticas públicas*:

“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) [...] 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.” (DELLEY; FLÜCKIGER, 2007, p. 37)

Foi nos Estados Unidos durante os anos sessenta do século passado que surge formalmente o processo de avaliação legislativa no âmbito das ciências sociais aplicadas, e, em particular, no âmbito da análise política ou das políticas

públicas (MADER, 1991). Rapidamente, esse processo foi preconizado em vários países europeus, especialmente na Alemanha, onde é recebido de modo favorável, primeiro enquanto elemento da planificação política e depois como instrumento de uma política orçamentária mais responsável.

Contudo, os estudos acerca da elaboração normativa seguiriam escassos, até que, em 1973, o suíço Peter Noll lançou a obra *Gezetsgebungslehre* (Teoria da Legislação) onde sistematizou saberes e métodos que podem auxiliar na elaboração das leis (em sentido lato, incluindo a constituição, as emendas constitucionais, os diversos tipos de leis, os atos normativos infralegais e mesmo tratados internacionais). *A obra de Peter Noll constitui o marco contemporâneo da moderna ciência da Legislação.*

A nascente seara de estudos passou a despertar grande interesse. Isto em particular por duas razões: a primeira reside no renascimento da sociologia jurídica empírica, a segunda na gênese de uma metodologia legislativa que nasce sob o impulso de representantes dos principais ramos do direito – penalistas, privatistas, publicistas, filósofos do direito (MADER, 1991).

A Legística desenvolve-se, então, como ciência (SOARES, 2007, p. 124) de forma a sistematizar num todo coerente as problemáticas – e suas respectivas soluções – surgidas com a expansão desordenada dos ordenamentos jurídicos. A partir dos anos 70 do século passado iniciou-se em alguns países europeus uma reflexão sistemática e global sobre o procedimento legislativo, devido à consciência crítica das deficiências e fragilidades do enquadramento legislativo, desde a fase de criação das normas à sua execução, com o objetivo de assegurar a construção de leis mais eficientes, reordenação e simplificação do sistema já presente.

Almeida relata que tal área do conhecimento experimentou rápida expansão e progresso nos países europeus, tanto pela produção científica – com a profusão de estudos, revistas especializadas, seminários – como institucional – pela criação de centros de investigação e associações de especialistas -, comprovando a sua importância e repercussão crescentes (ALMEIDA, 2009, p. 84). Em suas palavras, é “como se estivesse em curso, nas sociedades contemporâneas, um processo de adaptação da técnica jurídica, bem como de reavaliação das suas

condições de utilização, destinado a devolver-lhe a sua plena eficácia” (CHEVALIER, 1992, p. 9).

Vejam os alguns exemplos do florescimento dos estudos em Legística.

Na Alemanha, um dos países onde a matéria mais floresceu, avultam nomes como de Werner Maihoffer (*Theorie und Methoden der Gesetzgebung e Gesetzgebungswissenschaft*), Theo Oehlinger (*Methodik der Gesetzgebung, Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*), Herman Hill (*Einführung in die Gesetzgebungslehre*), Hans SCHNEIDER (*Gesetzgebung. ein Lehrbuch*), e de Ulrich Karper, este último autor de múltiplos escritos referentes à área, entre os quais destacam-se *Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, und Rechtsprechungslehre; Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie; Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland*.³⁸

Na Suíça destacam-se, além do predecessor Peter Noll, os nomes de Luzius Mader (*L'évaluation légistique. Pour une analyse empirique des effets de la législation e A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito*), e de Charles-Albert Morand (*Légistique formelle et matérielle*) – esta obra, inclusive, consolida o termo “Legística” nas línguas de raiz latina para designar a disciplina que se ocupa do estudo do fenômeno legislativo como um todo, tendo em vista a produção normativa de maior qualidade – ; e, por fim, citamos Jean-Daniel Delley (*Penser la Loi. Introduction à une démarche méthodique*).

Da Bélgica temos o já mencionado Luc J. Wintgens (*Legisprudence. Practical Reason in Legislation*), cuja obra abre uma nova fronteira de investigação relevante não só para a Ciência da Legislação, mas para toda a filosofia jurídica, ao colocar em relevo as (esquecidas) correntes de pensamento que deram formato à compreensão moderna e contemporânea da soberania estatal frente o indivíduo. Na mesma linha, é incontornável também citar a obra *Nascimento da Lei Moderna* do filósofo francês Michel Bastit; o autor, movido também pela problemática da crise da lei, nos presenteia com um estudo que contrasta a ideia de lei na modernidade daquela que se tinha na Idade Média, destacando a perda do sentido de realidade na primeira, esvaziada que restou apenas à formalidade de seu processo de formação.

³⁸ Cf. CAUPERS, 2003, p. 18.

Em Portugal destaca-se o trabalho da Professora Marta Tavares, fundadora da revista científica especializada *Legislação*, a qual tem sido uma das principais fontes de divulgação da Legística em português.

No Brasil, em 2005, foi criada a disciplina de Legística na Faculdade de Direito da UFMG. Em 2006, ainda na UFMG, ocorreu o Seminário de Legística Comparada e em 2007 o Congresso Internacional de Legística na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais que originou a obra “Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento.” Sob a orientação do trabalho pioneiro da Profa. Fabiana de Menezes Soares, alunos de pós-graduação da UFMG têm produzido pesquisas na seara da Legística ou utilizando de suas ferramentas para iluminar diferentes aspectos de seus objetivos de estudos não albergados pela metodologia jurídica tradicional³⁹.

Por fim, devem ser citados os estudos realizados em fóruns e organizações internacionais sobre a relação entre qualidade das leis e desenvolvimento e as recomendações metodológicas para o aperfeiçoamento do Ordenamento. Por parte da OCDE destaca-se o já aludido *Improving the Quality of laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques* (OCDE/SIGMA, 1994), e por parte da União Europeia temos o *Mandelkern Report* (2001), programa *Better Regulation* (2001) e *Better Lawmaking* (2002).

Além dos estudos teóricos e metodológicos, a Legística tem influenciado a prática parlamentar de vários países. Como resultado do florescimento dos estudos e dos debates em torno da produção normativa, o processo de avaliação empírica das leis e de políticas públicas passou a ser pouco a pouco absorvido e desenvolvido pela prática legislativa em vários países. Podemos encontrar processos de avaliação legislativa na maior parte dos países europeus e da América do Norte, em certos casos, encontra-se mesmo já institucionalizado legalmente e mediante a imputação dessa tarefa a órgãos específicos.

Os estudos da Legística podem ser agrupados em duas grandes sub-áreas, sendo uma que dá ênfase ao aspecto *formal* e a outra ao aspecto *material* da Lei, respectivamente, *Legística formal* e *Legística material*. A primeira estuda os

³⁹ Veja alguns exemplos em <https://www.observalei.net.br/>

aspectos linguísticos e comunicacionais da norma, ou seja, a qualidade e clareza de sua redação e o acesso da população à mesma – meios de acesso físico e sua inteligibilidade. Já a Legística material tem por objeto a relação de eficiência e eficácia da norma no meio social; ela se ocupa, dentre outros, com a avaliação prospectiva e retrospectiva dos efeitos concretos da lei. A adoção dos saberes desenvolvidos nas diversas sub-áreas da Legística se dá de forma bastante heterogênea em cada país, sendo cristalizados em diferentes formatos e procedimentos na estrutura da atividade administrativa e parlamentar a depender das necessidades específicas de cada contexto.

Por exemplo, em países influenciados pela tradição legal Anglo-saxônica (*common law*), como Reino Unido e Canadá, encontramos na estrutura governamental funções especializadas na atividade da redação parlamentar – o *drafting*. Por conseguinte, a separação entre a atividade da confecção do conteúdo da norma e da sua redação propriamente dita é bastante evidente (MADER, 2006). Esse procedimento contrasta com aquele onde a tarefa entre a formulação do conteúdo da norma e a sua redação são indiferenciadas. Já em outros países podemos encontrar um procedimento híbrido, onde os ante-projetos são redigidos inicialmente pelo ministério ou parlamentar, mas, após, são revistos por um serviço especializado em seu aspecto linguístico⁴⁰.

A Suíça constitui um exemplo significativo da influência do desenvolvimento da Legística em seu processo parlamentar e governamental, contando com alguns dos seus princípios esboçados em sua legislação ordinária e até na Constituição, merecendo aqui uma exposição mais detalhada.

A Constituição Federal Suíça, aprovada em 1999, imputa ao Parlamento a responsabilidade de “[...] assegurar que a eficácia das medidas tomadas pela Confederação seja objeto de avaliação”⁴¹ (art. 170). Mediante tal artigo foi introduzida a responsabilidade por zelar pela **eficácia** das medidas públicas entre as funções de

⁴⁰ Como nos informa Mader, esse seria o caso da Suíça, onde “um comité redactor, incluindo representantes do Ministério da Justiça e da Chancelaria Federal revê todos os ante-projetos e, se necessário, apresenta propostas ao ministério responsável.” (MADER, 2006, p. 180).

⁴¹ Tradução livre de seu original em versão na língua italiana: “vigilare affinché l’efficacia delle misure adottate dalla Confederazione sia fatta oggetto di valutazione”

competência da Assembleia Legislativa suíça. Tal artigo constitucional, nomeado propriamente de “Avaliação de Eficácia”, constitui o ápice de um processo de institucionalização da prática de avaliação legislativa que tem se desenvolvido consistentemente nas últimas duas décadas no cenário helvético, tanto em sua modalidade prospectiva quanto retrospectiva, surgida originariamente na seara administrativa⁴².

O debate sobre o tema teve como marco o projeto de pesquisa de 1987 financiado pelo Fundo Nacional (Programa Nacional de Pesquisa nº 27), que contou com cientistas sociais de diversas áreas e funcionários do Estado, intitulada “Efeitos das medidas estatais” (*Effets des mesures étatiques*). Os resultados dessa pesquisa “contribuíram em modo determinante ao debate sobre a introdução da ‘avaliação’ entre as nove funções desempenhadas pela Assembleia”.⁴³ Ao chegar na Constituição, essa provisão deu azo para novas adaptações legais na estrutura estatal suíça.

Entre as alterações legais que se seguiram, encontra-se a lei sobre o funcionamento do Parlamento Federal, em vigor desde dezembro de 2003 (n. 171.10), cujo artigo 27 afirma (tradução livre):

“Os órgãos da Assembleia federal designados pela lei zelam para que seja avaliada a eficácia das políticas adotadas pela Confederação. Para tal fim podem: 1. Requerer que o Conselho federal faça desempenhar avaliações sobre a eficácia de sua políticas; 2. Examinar as avaliações efetuadas sob o mandato do Conselho Federal; 3. Serem os próprios [diretos] comissionários de avaliações”.⁴⁴

⁴² CAPIRe, 2007, acessado em 20.02.2017, disponível on line em: http://www.capire.org/capireinforma/note_per_capire/Nota122007.pdf

⁴³ CAPIRe, 2007, acessado em 20.02.2017, disponível on line em: http://www.capire.org/capireinforma/note_per_capire/Nota122007.pdf, p. 2.

⁴⁴ Tradução livre. No original em italiano: “Gli organi dell’Assemblea federale designati dalla legge provvedono affinché sia valutata l’efficacia delle politiche adottate della Confederazione. A tal fine essi possono: 1. chiedere che il Consiglio federale faccia svolgere valutazioni sull’efficacia delle politiche; 2. esaminare le valutazioni svolte su mandato del Consiglio federale; 3. essere committenti diretti di valutazioni”.

A avaliação é explicitamente declarada como uma das tarefas dos comitês parlamentares, o que engloba os comitês legislativos e os comitês de Finanças e Controle (arts. 26, 27, 44 § 1º e art. 54, § 4 da lei do Parlamento Federal). Destacadamente, o artigo 141 da mesma lei estabelece um verdadeiro roteiro de avaliação prospectiva da lei a ser criada (*lege ferenda*). Ele determina que quando o Governo submete ao Parlamento uma proposta legislativa, essa deve vir acompanhada por um relatório contendo informações previamente coletadas que tratem dos possíveis ou esperados efeitos sobre a sociedade e repercussões sobre o Ordenamento, ambos devendo ser tratados de forma ampla (efeitos sobre o orçamento público, efeitos sociais, econômicos, sobre os direitos fundamentais, entre outros).

Ainda, refletindo a preocupação com a verificação da eficiência das Políticas públicas, o artigo 5 da lei de Subsídios Federal determina a revisão de ajudas financeiras e outros subsídios periódicos a cada seis anos, pelo menos. Isso implica, explica Mader, que “os fundamentos legais de todos os subsídios têm de ser reexaminados periodicamente de modo a controlar, em particular, a relevância e a relação custo-eficácia dos subsídios.” (MADER, 2006, p. 187).

Muitas leis federais suíças adotadas recentemente contêm *cláusulas de avaliação* prevendo que os efeitos da lei sejam avaliados periodicamente, as quais impõem ao governo a obrigação de relatar os resultados ao Parlamento periodicamente.

Por fim, devemos mencionar o Art. 161, item 2, da Constituição Federal suíça, que obriga o parlamentar a publicizar sua relações com “grupos de interesse”, refletindo uma das preocupações da Legística que consiste nos estudos de política legislativa e de qualidade de participação democrática equânime nos processos legislativos.

5 PRÁTICA DA RESPONSABILIDADE NA PRODUÇÃO NORMATIVA NO BRASIL

Soares destaca que o dever de planejamento legislativo pode ser encontrado também em nosso Ordenamento Pátrio, de forma a sublinhar a responsabilidade do legislador e gestor público na devida e adequada elaboração normativa:

“O legislador brasileiro, ao densificar o comando constitucional do art. 59, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, especificou uma chave hermenêutica, “elaboração”, que em sede de produção de direito, nos remete a uma dimensão de desenvolvimento, planejamento, desenho, presentes nos sentidos que distinguem *redigir* de *elaborar*.” (SOARES, s/d, p. 250)

Segundo Soares, deve-se incluir a “dimensão avaliativa” (durante a elaboração normativa) na interpretação do sentido “elaborar” prescrito na LC 95/98” (SOARES, s/d, p. 262). Tal dever encontra guarida ainda nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – os quais vêm sendo aplicados pelo Supremo Tribunal Federal para o controle de Constitucionalidade das leis – assim como nos princípios constitucionais da eficiência e publicidade (art. 37, caput).

Informa ainda a Lei 9784/99:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

(...)Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

O Decreto 4176/2002 – o qual estabelece regras para a elaboração e redação de normas do Poder Executivo – densificou as regras e princípios da LC 95/98 ao introduzir ferramentas da Legística, quais sejam: instrumento de avaliação de impacto, uma *check list* bastante analítica – “em comparação com outras como a *list blu* alemã e do modelo canadense, por exemplo”, como explica Soares (s/d, p. 262) – visando informar a produção normativa de um diagnóstico mais apurado da situação-problema e um prognóstico em relação às variáveis de impacto.

Entretanto, tais disposições normativas ainda são escassas em relação com a enorme necessidade de aperfeiçoamento da produção normativa e de consolidação das normas vigentes. Além disso, como apontamos na introdução a essa obra, mesmo as disposições existentes padecem de efetiva aplicabilidade, tanto por conta da ausência de conhecimento do problema, ou de ferramentas para tratá-lo ou ainda de preparo por parte do corpo técnico:

“Todavia, a eficácia desta parte do dispositivo é toda uma outra história, ao lado do despreparo de quem for o responsável pela sua execução por desconhecer até mesmo o termo Legística, quanto mais as suas metodologias, a check list pode estar fadada a concretizar o oposto do almejado pela Legística, ou seja uma conduta não internalizada na Administração Pública. Trata-se de um instrumento detalhado e que então exigiria uma interação entre profissionais diversos, com uma rotina e sistema de recolhimento de informações, com prazos bem definidos para que a avaliação tivesse de fato condições de ser realizada.” (SOARES, 2007, p. 141)

Algumas iniciativas com vistas ao aperfeiçoamento normativo merecem menção: no ano de 2007 o Executivo Federal criou o Pro Reg (Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação) mediante o Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007. Em 2011 a Secretaria para Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça lançou editais para pesquisa em elaboração legislativa; ainda no mesmo ano foram promovidos debates sobre Qualidade Legislativa na Câmara dos Deputados. No Senado, tanto a Informática Legislativa quanto o Centro de Estudos da Consultoria do Senado vem publicando desde 2008 estudos referentes à utilização das novas ferramentas digitais na atividade de elaboração legislativa e modelos de avaliação do conteúdo de propostas legislativas.

No âmbito estadual, vale destacar o vanguardismo do estado de Minas Gerais na profissionalização do corpo de técnicos legislativos através da Escola do Legislativo mineiro, criada em 1992.⁴⁵

No entanto, a verdade é que no Brasil a Legística ainda é um campo de estudos conhecido por um pequeno nicho de pesquisadores, enquanto que a cultura normativa – tanto do Executivo quanto do Legislativo – ignora princípios de responsabilidade na produção normativa, atuando de forma francamente interventiva e legiferante na sociedade. Um dos princípios mais elementares para o controle da formação da norma – a transparência – ainda não goza de plena densificação no processo parlamentar. Em que pese a edição da Lei de Acesso à Informação, não se tem acesso, por exemplo, às notas parlamentares que instruíram um projeto de lei.

⁴⁵ https://www.almg.gov.br/educacao/sobre_escola/atuacao.html

Estamos ainda na etapa de conscientização sobre o problema da explosão legislativa e de seus efeitos deletérios sobre a sociedade e sobre o desenvolvimento. Começa a se formar progressivamente na academia a percepção do peso regulatório do Estado sobre a sociedade – pois a população está já bem consciente desse problema que enfrenta diuturnamente⁴⁶ e clama por ser ouvida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marta Tavares de. **A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas**. pp. 83-102. IN: **Legística: Qualidade Da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009.

AMARAL, Gilberto Luiz do; AMARAL, Letícia Mari Fernandes; OLENIKE, João Eloi. **Quantidade de normas promulgadas no Brasil: 27 anos da Constituição Federal de 1988**. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2015.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Legística: Qualidade Da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Tratado da lei, Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed., Ecclesiae, 2016.

ARISTÓTELES, **A Política**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARON, Raymond. **Ópio dos Intelectuais**. Tradução Jorge Bastos, Três estrelas: São Paulo, 2016.

ATIENZA, Manuel. Contribución a uma teoria de la Legislación. **Cuadernos Civitas**: Espanha, 1997.

⁴⁶ Pesquisa Perseu Abramo.

BASTIT, Michel. **Nascimento da Lei Moderna**: O pensamento da lei de Santo Tomás a Suarez. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, Martins Fontes: São Paulo, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **Nomography or the art of inditing laws**, 1843.

BERTI, Enrico. **Novos Estudos Aristotélicos – Filosofia Prática**. Vol III, Trad. Élcio de Gusmão Verçosa Filho, São Paulo: Edições Loyola, 2014.

CANOTILHO, José Gomes. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume LXIII, Coimbra, 1987.

CAPIRe (Controllo delle Assemblee sulle Politiche e gli Interventi Regionali). **La Valutazione delle Politiche nel Parlamento Federale della Svizzera**, nota nº 12, junho de 2007, acessado em 20.02.2017, disponível on line em http://www.capire.org/capireinforma/note_per_capire/Nota122007.pdf

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da legislação. In: **Legislação**, Cadernos de Ciência da Legislação, nº35, Outubro-Dezembro 2003, pp. 6 – 58.

CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Legislação**: Cadernos da Ciência da Legislação. Instituto Nacional de Administração. Nº 3, Janeiro/Março, 1992

COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. **Making The Law Work for Everyone**. vols I e II, Nações Unidas, 2008, disponível on line em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf

DE SOTO, Hernando. **The Other Path**. New York: Basic Books, 1989.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar A Lei: Introdução a um Procedimento Metodico. **Cad. Esc. Legisl.**, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004

DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, Alexandre. **A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação À Legística**. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, jan./dez. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 24ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

E. MACKAAAY et. S. ROUSSEAU, **Analyse économique du droit**. 2.ed, Paris : Edition Themis, 2008.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, Reforma Constitucional em Período De Globalização Econômica. **Revista de Direito da USP**, p. 258, disponível *on line* em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67297/69907>

HASSEMER, W., KAUFMANN, A. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 3ª edº., tradução Marcos Keel e Manuel Seca Oliveira, Revisão científica de Antonio Manuel Hespanha, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2015.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Victor Civita, 1983.

HOMEM, Barbas. Introdução Histórica à Teoria da lei – Época Moderna, IN: **Legislação**. Cadernos de Ciência da Legislação, nº 26, outubro-dezembro 1999.

HOULE, France, **Analyses d'impact et consultations réglementaires au Canada – Étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral: de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente**. Canadá: Édition Yvon Blais, 2012.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Prefáceo e Tradução: António Ulisses Cortês, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

_____. **A problemática da Filosofia do Direito ao longo da História.** [s/d]

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 7ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

MADER, Luzius. Avaliação prospectiva e análise do impacto legislativo: tornam as leis melhores?. **Legislação**, nº 42/43, janeiro-junho 2006, pp. 177 – 191.

_____. A avaliação legislativa: Uma nova abordagem do direito. **Legislação**, nº 1, abril-junho 1991.

MAÑAS, José Luis Piñar, **Prólogo**, pg 9, IN: RODOTÁ, Stefano. La vida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho. Traducción Andreas Greppi, Madrid: Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martin Escudero, 2010

MARQUES, Rui. **Governança integrada:** uma resposta à era da complexidade. pgs. 13-28, IN: FERRAZ, David; MARQUES, Rui (org). Governança Integrada e Administração Pública. Lisboa: INA Editora, 2015.

MONTESQUIEU, **O Espírito das Leis.** Tradução Martins Cristina Murachco, Martins Fontes, 2000.

MORAND, Charles-Albert. **Légistique Formelle et Matérielle**, 1999.

MOTA, Louise Menegaz de Barros. **Jeremy Bentham:** entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. [s/d]

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), **Improving The Quality Of Laws And Regulations: Economic, Legal And Managerial Techniques**, Paris, 1994.

PENNA, J.O. de Meira. **A Ideologia do Século XX. Ensaio Sobre o Nacional-socialismo, o Marxismo, o Terceiro-Mundismo e a Ideologia Brasileira.** Vide Editorial, 2017.

PRETE, Esther Kulkamp Eyng. **Efetividade dos Direitos Sociais e sua dimensão econômica: relação entre lei, inclusão e prosperidade.**

Dissertação de Mestrado, UFMG, 2016.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas:** Entre el derecho y el no derecho.

Traducción Andreas Greppi, Madrid: Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martin Escudero, 2010.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético.** Trad. e

Prefaceo José Engracia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

TEUBNER, Gunther (org.). **Juridification of social spheres: a comparative analysis in the Areas of labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare.**

Berlin, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1987.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a Qualidade

da Lei no Quadro da Otimização de uma melhor Legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

_____. Acesso ao Direito vigente: Problemas, riscos e propostas para uma elaboração legislativa à luz dos valores Republicanos e da lei de Acesso à Informação. **Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade**, vol 3, [s/d] pp. 245 -278.

SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (Org.). **Marco**

Regulatório em Ciência, Tecnologia e Inovação: Texto e Contexto da Lei nº 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

SOLOW, Robert M. **A contribution to the Theory of Economic Growth,**

1956.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: an institutional theory**

of legal interpretation. Harvard University Press: Londres, 2006.

WINTGENS, Luc J. **Legisprudence:** Practical Reason in Legislation.

University of Brussels, Belgium, 2012.

_____. **The Rational Legislator Revisited: Bounded Rationality and Legisprudence** IN: OLIVER-LALANA, A. Daniel; WINTGENS, Luc J. (org.). **The Rationality and Justification of Legislation** – Essays in Legisprudence. Switzerland: Springer, 2013

BASES TEÓRICAS DA LEGÍSTICA: a Legisprudência

Cristiane Silva Kaitel¹
Esther Kulkamp Eyng Prete²

1 INTRODUÇÃO

Vimos no capítulo introdutório que a Legística surge motivada pelos vários problemas derivados da explosão normativa: problemas sociais, econômicos e até na própria estrutura do Estado. Além desses efeitos negativos específicos, o que vem chamando a atenção de teóricos do Direito é o próprio fenômeno da explosão legislativa em si, quais suas causas, o que conduz os questionamentos à própria estrutura que os conceitos de legalidade e soberania estatal tomaram no Estado Moderno.

Uma das mais abalizadas teorias que visam estabelecer princípios que limitem e qualifiquem o exercício do poder legiferante do Estado é a desenvolvida pelo jusfilósofo Luc J. Wintgens³: *Legisprudência* (Legisprudence), desenvolvida

¹ Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vinculada ao Programa Observatório da Qualidade da Lei e Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Agente Cáritas.
E-mail: cristiane.kaitel@gmail.com .

² Mestre em Direito pela UFMG com Dissertação intitulada “Efetividade dos Direitos Sociais e sua Dimensão Econômica: Relação entre Lei, Inclusão e Prosperidade”. Doutoranda em Direito pela UFMG vinculada à Área de Estudos Produção do Direito, Comunicação e Multimedialidade. Pesquisadora, Advogada. E-mail: esther.eke@gmail.com .

³ Luc J. Wintgens estudou Latim e Matemática antes de estudar Direito em 1977. Professor Titular na Universidade Católica de Leuven – UCL (Bélgica), tendo sido lá secretário e reitor (1999-2000), e, ainda, secretário acadêmico e vice-reitor de pesquisa. Prof. Wintgens é Mestre

em sua obra *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*⁴. O nome de sua teoria é a conjunção de *legis* com *prudência*, a exemplo da sua irmã muito mais velha, a Jurisprudência (a prudência no julgar). A teoria visa aplicar a *razão prática* ao processo legislativo, com vistas, sobretudo, ao resguardo da liberdade dos indivíduos.

Para tanto, Wintgens levanta o “véu do legalismo”, de maneira a demonstrar como nos próprios fundamentos que estruturam o arcabouço da teoria político-jurídica da *soberania* do Estado de Direito Moderno se escondem contradições que são a causa da explosão legislativa que redundará na crescente limitação da liberdade dos indivíduos. Uma vez expostas estas contradições, Wintgens procura com sua Legisprudência fornecer elementos (princípios) que, aplicados no processo legislativo, neutralizem os efeitos negativos sobre a liberdade.

1.1 Poder legiferante do Estado (quase) sem limites

Cada nova lei criada pelo Poder Legislativo possui o poder de afetar automaticamente a vida de milhões de pessoas do dia para a noite, bastando para tanto que tenha cumprido com o requisito formal do processo legislativo. Entretanto, o que é um evento corriqueiro da vida contemporânea seria impensável em outros períodos históricos, como no medieval.

O direito medieval e também o do Antigo Regime – na medida em que este preservava ainda alguns traços herdados daquilo que fora maturado ao longo do milênio precedente – parecem se situar nos antípodas do que viria ser a estrutura fundamental do direito moderno. Na Europa medieval e do Antigo Regime, conviviam concomitantemente diversos direitos, (o *ius commune*, o canônico, e o direito do reino e os direitos locais), enquanto que o direito moderno é caracterizado pelo monopólio de uma única fonte, o Estado, e sua redução do Direito à lei. Para o direito medieval e mesmo para o do Antigo Regime, o local tinha

e Doutor em Direito e Mestre e Doutor em Filosofia pela UCL, além de Mestre em Direito pela Yale Law School e Especialista em Filosofia do Direito pela Université Paris II. Todas as informações aqui trazidas estão na página oficial do Prof. Wintgens na Universidade Católica de Leuven.

⁴ Esta teoria já tinha sido pincelada em obras anteriores, mas foi nesta que o autor explicitou sua construção em detalhes.

precedência sobre o geral, a norma local da comunidade poderia derogar uma norma geral do Reino (HESPANHA, 2007); ao passo que no regime estatalizado, a homogeneização jurídica e política da colcha de retalhos diversificada de pequenos feudos e comunidades para compor uma grande sociedade nacional, consistiu num dos grandes objetivos dos revolucionários do sec. XVIII e de seus continuadores do sec. XIX.

Atualmente, é como se o Estado estivesse em posse de uma “procuração em branco” (WINTGENS, 2012, p. 201 e ss) para legislar sobre a vida de milhões de pessoas, desprovido de limites *substantivos* ao poder legiferante, excetuado o requisito formal-processual (submissão ao rito legislativo). O critério, portanto, de limite à criação de normas *é imanente ao próprio Ordenamento*. Ausentes limites para a criação legislativa *fora do sistema normativo*, a esfera de ação do indivíduo é corroída pela crescente legislação no decorrer do tempo, que absorve cada vez mais dimensões da liberdade na vida social, familiar, e até pessoal. Mesmos os direitos individuais de proteção às liberdades fundamentais também sofrem esta ação pois, por terem sua base de justificação imanente ao próprio sistema, observa-se historicamente que o conteúdo dos mesmos é continuamente alterado e restringido pela crescente legislação.

1.2 Para compreender a proposta da Legisprudência

Compreender como este processo se deu é o ponto de partida para a apresentação da resposta que Wintgens oferece para qualificar o exercício da soberania estatal no que tange a criação de normas de forma a salvaguardar a *liberdade*.

Por isso, o jusfilósofo belga empreende uma longa análise das raízes filosóficas da modernidade e sua relação com os pressupostos da emergência da teoria da Soberania do Estado e da emergência do Legalismo. A principal transformação que se deu foi primeiramente de ordem *metafísica e epistemológica*; respectivamente, a forma como *vemos* o mundo e como *processamos* nossos juízos sobre este mesmo mundo. Estas transformações influíram diretamente nos conceitos de *indivíduo, racionalidade e liberdade*. A conjugação destes novos conceitos se cristalizará na emergência das teorias políticas que conceberam a soberania do Estado como fundamento da organização social. É partir daí que se forma a

ideia moderna de norma como comando de um Soberano e fonte organizadora da liberdade dos indivíduos.

A apresentação da teoria da Legisprudência se divide, portanto, em duas grandes partes: a primeira, formada pela análise crítica das premissas filosóficas mais profundas que embasam a teoria da soberania estatal calcada no Legalismo, a segunda é a resposta que Wintgens oferece para limitar os efeitos negativos gerados por aquelas contradições, com vistas a recolocar a *prudência* no ato de legislar.

2 ANÁLISE CRÍTICA DAS RAÍZES FILOSÓFICAS DO CONCEITO DE SOBERANIA ESTATAL

2.1 Metafísica do Legalismo

Só é possível compreender efetivamente a natureza da Modernidade considerando que esta é resultado de um grande empreendimento filosófico que procurou emprestar uma roupagem secularizada ao legado político, filosófico, intelectual e até artístico do cristianismo (LÖWITZ, 1970). O conceito da soberania do Estado é um destes produtos, resultado da secularização do conceito de Onipotência Divina que passou a dominar a mentalidade cristã pouco a pouco a partir do fim da idade média.

Suas origens remontam à transformação metafísico-epistemológica que se dá na mentalidade europeia a partir dos intensos debates ocorridos no seio da filosofia e teologia escolásticas. A partir do sec. XIII, o debate em torno da natureza dos “universais” criará um racha no seio da escolástica, dando origem à corrente teológica e filosófica do Nominalismo, e será a partir das premissas lançadas por essa corrente que se desenvolverão as principais filosofias que darão as características definidoras da Modernidade.

O status ontológico dos universais é o que divide nominalistas de realistas. Numa aproximação bastante simplificada, os universais correspondem à natureza definidora dos entes. Por exemplo: dois cavalos são entes individuais com características únicas de peso, altura, cores, pelagem, mas em comum eles compartilham a “cavalidade”, ou aquilo que os torna “cavalos”; da mesma forma dois indivíduos humanos são duas pessoas singulares, mas em comum compartilham

a natureza humana, ou o *universal* “ser humano”. A questão é se o “universal” tem *existência em si* ou se é uma *projeção da mente humana sobre a realidade*, pois o que identificamos na realidade são apenas pessoas ou cavalos singulares. Para a filosofia realista, os universais – como a “cavalidade” ou a “humanidade” – existem *nos* indivíduos; mas nós, por abstração, podemos apreender a natureza intrínseca que estes entes compartilham, derivando daí os conceitos que estruturam e permitem a linguagem. Já para os nominalistas os universais não existem na realidade, são criações puramente mentais que projetamos sobre os entes singulares.

Ocorre que para os povos da Antiguidade e também para a mentalidade cristã até então, a realidade (ou o cosmos) era caracterizada pela sua harmonia, transparecendo ser sustentado por uma ordem pre-existente. Cada ente, desde a mais ínfima criatura até os grandes astros planetários, cumpriria um papel dentro do todo ordenado. O cristianismo soma a essa visão a concepção de Deus como fonte e autor da Criação. A ordem da criação testemunha o caráter e a inteligência de seu Autor, logo, Deus é compreendido pela cristandade do primeiro milênio preponderantemente a partir da perspectiva de sua infinita inteligência (*Logos*) capaz de sustentar essa ordem, e não de sua vontade livre. Deus se faz conhecer por sua *lex aeterna* que se reflete na ordem do mundo, e, mais especificamente, pela Revelação nas Escrituras, expressa como *lex divina*. O conhecimento direto da *realidade concreta*, portanto, constituía também fonte de conhecimento do próprio Deus. Pela ordem natural revelar-se-ia o caráter de Deus, devendo-se compreender e interpretar as Escrituras ao interno dessa moldura. Consequentemente, a vontade divina estaria “submetida” à Sua própria criação, ou seja, ao *Logos*.

Corolária a essa abordagem metafísica, a epistemologia então se caracterizava pela confiança na capacidade do ser humano em poder apreender, mesmo que parcialmente, tanto a ordem do cosmos quanto a natureza intrínseca de cada ente (em termos filosóficos sua *essência*, ou *qüiddidade*). Era então o domínio da filosofia *realista*. Nesse contexto, a normatividade espelhava essa mentalidade: ainda que as normas tenham uma dimensão contingente, mudando de povo para povo, elas possuem uma ancoragem na realidade concreta, na natureza das coisas e na natureza humana, refletindo ainda que imperfeitamente uma ordem

pre-existente à Criação. Compreender uma norma era entender qual o bem para o qual ela se destinava, integrada num todo orgânico que tinha em vista um bem final (como o bem da comunidade).

Como a realidade dos seres individuais ultrapassa a capacidade dos conceitos humanos para definí-los, a filosofia escolástica desenvolveu toda uma metodologia para abordar ontologicamente a realidade e os entes, destacando-se nesse ponto as sofisticadas definições do beato João Duns Escotos, o Doutor Sutil (1266-1308).

Será, todavia, a aplicação de um método *lógico* para questões *ontológicas*, empreendido inicialmente por Guilherme de Ockham (1285-1347)⁵, que dará origem ao Nominalismo⁶. A aplicação da lógica como metodologia para abordar princípios elementares da estrutura da Criação e da relação entre *inteligência* e *vontade* em Deus, terá o potencial de alterar todo o status da realidade como um todo e de implodir a teologia (WINTGENS, 2012, p. 17) de então, dando origem alguns séculos depois ao Protestantismo⁷.

Essa “radicalização lógica” empreendida por Ockham trouxe implicações na compreensão de Deus e de Seu relacionamento com a criação. Resumidamente, segundo seu método, seria contraditório um Deus Onipotente ter sua vontade limitada a uma ordem pre-existente (*lex aeterna*)⁸. Um Deus Onipotente deveria ter sua vontade totalmente livre para criar e alterar a realidade, de forma que não faria sentido haver uma ordem cosmológica à qual Ele estaria “submetido”. Ocorre que esta conclusão teológica alterou toda a metafísica, pois a vontade

⁵ Wintgens cita o exemplo na interpretação lógica do princípio de não-contradição empreendida por Ockham – que é uma das estruturas básicas da realidade – enquanto que para Aristóteles tal princípio é de natureza ontológica, logo, devendo ser compreendido em operação na realidade (2012, p. 17).

⁶ “The radicalisation of the logical interpretation of the principle of non-contradiction, including its application to God, results in Ockham’s nominalism.” (WINTGENS, 2012, p. 17).

⁷ “Protestantism, with legalism in its wake, may be considered a conceptual offspring of nominalism. (WINTGENS, 2012, p. 11).

⁸ Entenda-se aqui a ordem profunda que pre-existe à Criação, não a estrutura meramente material da existência.

“livre e soberana” de Deus passou a figurar como fonte da Criação, não mais a Sua sabedoria (*Logos*)⁹. Ora, se a Vontade Divina se sobrepõe à Inteligência, então aquela não mais é modulada por esta, o que leva à conclusão de que a Vontade divina é *arbitrária*. Sendo arbitrária – mas ao mesmo tempo a fonte da Criação – então a realidade não é sustentada por uma ordem pre-existente. A Criação passa a ser vista como radicalmente contingente. Se a Criação é desprovida de uma ordem profunda, a ordem que se acreditava poder se apreender da realidade passa a ser compreendida não como derivada da realidade em si mesma, *mas como uma projeção mental humana sobre a realidade*. Assim, metafísica e epistemologia foram profundamente transformadas nos séculos que se seguiram.

Não havendo mais tal ordem e se a Onipotência divina obedeceria apenas um critério lógico de não-contradição, então também os *valores* tornam-se igualmente válidos sob essa mesma perspectiva lógica¹⁰, pois também estes deixam de ter reconhecida uma base ontológica. Por outro lado, não sendo mais possível conhecer a Deus pela realidade natural, o canal de acesso a Deus restringe-se apenas às Escrituras, as quais passam a exercer o papel de fonte exclusiva da Revelação divina¹¹.

A separação cognitiva entre sujeito e objeto altera o cenário a ser tomado como referência para o julgamento da ação pelo agente, com implicações para a noção de *normatividade*. Se os entes não possuem mais uma natureza comum, se a própria realidade não possui mais uma ordem inata a qual pode ser contemplada pela razão humana, então, conseqüentemente, *a normatividade não mais pertence ao campo da realidade*. Tudo isso combinado resulta na que é

⁹ “Under Ockham’s logical method, God’s radical simplicity and the fact that it is impossible for universals to exist are two sides of a coin. Because in God everything is equally perfect and simple, he is not the source of universals that he first conceives before creating individuals (Scotus). Nor is his intellect the locus within himself where he finds the eternal form of the things he is doing to create (Aquinas). Aquina’s God binds his power upon his own decision to a potential ordinate. Ockham on his turn more strongly emphasizes will as autonomous power”. (WINTGENS, 2012, p. 26).

¹⁰ Wintgens aponta essa como a origem do *ceticismo*. (WINTGENS, 2012, p. 28).

¹¹ Por tal razão, Wintgens compreende o Protestantismo como um fruto do Nominalismo. (2012, p. 11).

provavelmente a mais profunda inflexão da mentalidade normativa: a perda do sentido da *finalidade* da norma, *confinando sua inteligibilidade à repetição mecânica de uma moldura comportamental*:

“Os [Dez] Mandamentos são a fonte última da normatividade endereçada diretamente à liberdade humana devendo ser exercitada pela vontade. **Ação normativa doravante não mais será mediada pela intuição do bem intrínseco do fim [da ação] mas passará a estar confinada pela norma extrínseca que enquadra sua normatividade.**” (WINTGENS, 2012, p. 36).¹² (grifo nosso)

Neste contexto, o conceito de lei natural tomista é progressivamente abandonado, sendo substituído pelo conceito de lei como comando. Para Tomás de Aquino, lei é uma “medida” a regular as ações humanas para um fim dita-da pela *razão prática*¹³ tendo em vista o bem comum. Será com Suárez¹⁴ que se dará o primeiro passo decisivo para a articulação do novo conceito de lei,

¹² Tradução livre. No original: “The Commandments are the ultimate source of normativity addressed directly to human freedom that must be exercised by the will. Normative action therefore is no longer mediated by grasping the intrinsic goodness of the end [in reality] but is confined by the extrinsic norm that frames its normativity.”.

¹³ “Como já dissemos, a lei é um ditame da razão prática. Ora, dá-se que o modo de proceder da razão prática é semelhante ao da especulativa, pois ambas procedem de certos princípios para certas conclusões, como antes ficou estabelecido. Por onde devemos concluir que, assim como a razão especulativa, de princípios indemonstráveis e evidentes tira as conclusões das diversas ciências, cujo conhecimento não existe em nós naturalmente, mas são descobertos por indústria da razão; assim também, dos preceitos da lei natural, como de princípios gerais e indemonstráveis, necessariamente a razão humana há de proceder a certas disposições mais particulares. E estas disposições particulares, descobertas pela razão humana, observadas a outras condições pertencentes à essência da lei chamam-se leis humanas como já dissemos. E por isso Túlio, na sua Retórica, diz que a origem do Direito está na natureza; daí, em razão da utilidade, nasceram certas disposições costumeiras; depois, o medo e a religião sancionaram essas disposições oriundas da natureza e aprovadas pelo costume.” (AQUINO, 2016, questão 91, art.3).

¹⁴ Francisco Suárez (1548-1617), jesuíta filósofo, jurista espanhol; considerado um dos maiores escolásticos após Tomás de Aquino. Seu trabalho marca o início do neo-tomismo ou segunda escolástica.

A reinterpretação de Suarez de Tomás de Aquino combinada com o nominalismo de Ockham, na sua obra *Delegibus ac de Deo Legislatore*, dá origem a uma nova definição de lei: a lei é o comando de uma autoridade superior, imposto sobre a liberdade dos indivíduos.

Consequências para o espaço político: Para a sociedade política, a principal consequência trazida pela metafísica nominalista foi o fato de não mais existir (filosoficamente) um modelo natural ou universal como a *polis* Aristotélica (WINTGENS, 2012, p. 39). A sociedade não mais é a comunidade que cresce natural e organicamente de baixo para cima a partir de seus elementos menores (famílias, grupos, tribos, etc...); no seu lugar a filosofia passa a tratá-la como a conjunção de *indivíduos* livres e ontologicamente separados. Ora, assim sendo, a sociedade precisa ser “organizada” arbitrariamente de cima para baixo, sendo a fonte de ordem as normas do Estado ou do Soberano. A filosofia política de então já pre-ecoavam as teorias do contrato social¹⁵.

O primeiro, todavia, que irá extrair para o campo político todas as consequências do nominalismo para a filosofia política será Thomas Hobbes (1588-1679). Na sua obra *Leviatã* (1651), o “estado da natureza” (estado sem a presença de um governo autoritário forte) apresenta três aspectos (ou dimensões) que esvaziam por completo a normatividade de toda a ontologia que ainda restava, lançando as bases para o legalismo estatal tal como o conhecemos. Wintgens os chama de “três dimensões do estado de natureza”, sendo eles o normativo, o epistemológico e o antropológico. As leis da natureza hobbesianas não permitem a convivência pacífica em comunidade (normativo) além de serem privadas de substantividade ontológica (epistemológico), e, acima de tudo, o próprio ser humano é privado da capacidade moral de viver pacificamente (antropológico). Estas três dimensões, somadas, permitem Hobbes concluir pela “obrigação” de todo indivíduo de abrir mão da sua liberdade perante o Soberano, aderir ao contrato social por ser esta a decisão mais racional possível.

¹⁵ Suarez já enxergava na união dos indivíduos o surgimento de uma nova entidade, ou “corpo místico” político o qual ganharia sua forma plena com o ato de vontade dos indivíduos em formarem um governo. Pufendorf, por sua vez, ensinava que a vontade do Estado é a soma das vontades individuais que o constituem e que tal associação explica o Estado.

2.2 “Epistemologização” da Filosofia: mudanças na Razão, Indivíduo e Liberdade

O fio-guia que devemos guardar para compreender todas as mudanças filosóficas que se seguiram é que o cosmos passa a ser tratado filosoficamente como privado de uma ordem profunda, pois esta era o fundamento transcendental para estruturação da razão, do lugar do homem no cosmos e fundamento transcendente de legitimidade das normas sociais. A arbitrariedade da realidade trará consequências para todas as esferas do pensamento Ocidental até cristalizar-se na esfera política.

Estando assente a nova estrutura metafísica na qual os indivíduos operam, a epistemologia como um todo se alterará e dará origem à racionalidade típica da Modernidade. Ausente uma estrutura transcendental entre sujeito cognoscente e objeto conhecido, a filosofia mudará seus objetivos, não mais engajada na descoberta da estrutura profunda da realidade, antes se assumirá a tarefa dela mesma *estruturar* a realidade. Ocorre que “estruturar” a realidade é muito diverso de descobri-la (WINTGENS, 2012, p. 59) pois este é um processo dinâmico enquanto o primeiro consiste numa visão *estática teórica* criada artificialmente pela mente humana.

Para poder “estruturar” a realidade se tentará buscar uma base fundacional e segura e certa para a razão, por conta do ceticismo legado pelo nominalismo. Esta tarefa será levada à cabo por Rene Descartes com seu *cogito ergo sum*. A verdade não mais será entendida como a correlação entre o mental com a realidade concreta, mas na teoria epistemológica cartesiana a “certeza” é o que confere “verdade” aos pensamentos e critério da certeza são as ideias “distintas e certas”.

A busca pela certeza como critério de verdade levará pouco a pouco à adoção da matemática como o critério supremo de racionalidade e de ciência. As diversas qualidades físicas da realidade são reduzidas apenas à quantidade, pois esta se adequa ao projeto de matematização da realidade. Esta, por sua vez, por conta da clareza e distinção que se obtém no plano teórico, dá a impressão de fornecer também um acesso seguro à realidade. O sucesso do desenvolvimento das diversas técnicas de manipulação da natureza a partir do sec. XVII reforçarão esta crença. A esse processo da racionalidade moderna Wintgens chama

de epistemologização da filosofia (*epistemologised philosophy*). Ocorre que tudo aquilo da realidade que não se encaixa e não pode ser demonstrado mediante a razão matematizada torna-se incompreensível pela razão moderna, sendo considerado irracional, inexistente ou simplesmente ignorado por ter se tornado totalmente inapreensível (WINTGENS, 2012, pp. 96-97).

Várias consequências advirão dessa transformação epistemológica. A primeira, já mencionada, será a progressiva confusão entre teoria e realidade: a beleza lógica e coerência interna de uma teoria parecerá conferir realidade ontológica à mesma. *Isto afetará o exercício da razão prática*, pois esta não opera sob o prisma restrito da lógica do cientificismo, *culminando na transformação de problemas práticos da vida concreta em problemas teóricos*¹⁶, o que alterará a epistemologia jurídica e forma de construção e aplicação das normas.

A *razão* na Modernidade se diferencia da razão antiga e medieval, sobretudo, pela sua natureza binária (WINTGENS, 2012, p. 91): algo é racional ou não, sem meios-termos. Em contrapartida a razão clássica, especialmente aristotélica, admitia que as proposições possuem diversos graus de certeza: algumas são necessariamente verdadeiras, outras plausíveis, enquanto outras incertas, até chegarmos às necessariamente falsas. Esta racionalidade clássica estava de acordo com a metafísica de então: um cosmos ordenado que mostra a si mesmo através de seu Ser e de sua ordem intrínseca, mas, mesmo sendo ordenado (e isso é crucial para compreender a relação entre epistemologia e metafísica clássicas) não é *matematizável* em seu todo, portanto, não sendo passível de ser reduzido a um conjunto fixo e lógico de proposições. Assim sendo, a ordem do Ser instrui e modula a ordem do conhecer, daí os graus de certeza possíveis a respeito da realidade.

Já em Descartes, ocorre tanto uma inversão quanto uma redução epistemológica. O real se reduz ao que é certo. *A certeza pura é o critério da verdade e essa*

¹⁶ “The upshot of epistemologised philosophy is that throughout the Modern philosophical project, practical problems are transformed into theoretical ones. Both types are handled with the same tools. The treatment of *theoretical* problems with the help of logic and mathematics on the one hand, and empirical verification and corroboration on the other, proved to be so successful in seventeenth-century natural science that the solution of practical problems is attempted with the same-method.” (WINTGENS, 2012, p. 97).

do real. Apenas ideias certas e claras podem me indicar algo de verdadeiro, logo, de real. Ocorre que, se o critério de realidade agora é a própria mente do sujeito, doravante as representações precedem o real na ordem da estruturação do conhecimento. Esta moldura epistemológica leva a uma ontologia binária marcada pela oposição entre o sujeito e objeto de conhecimento¹⁷. Estes (sujeito e objeto), por sua vez, em razão dessa epistemologia binária, serão também reduzidos a entidades abstratas universais; o *contexto* específico nos quais ambos se encontram não pode ser levado em conta por esta nova epistemologia racionalista.

Especialmente esta particularidade afetará a noção de *indivíduo*. Do novo fundamento do conhecimento emerge um conceito de indivíduo desconectado de tudo e todos, descontextualizado e a-histórico, privado das relações transcendentais que o atam ao seu tempo, espaço e semelhantes¹⁸. Desaparece a consciência do papel que o tecido social orgânico possui na sustentação de qualquer normatividade. Além disso, o fato da filosofia se estruturar em torno de um sujeito cognoscente cuja razão individual coincida com a razão universal (individualismo metódico), conduz à metodológica desconsideração das diferenças psicocognitivas e culturais entre os indivíduos reais, o que afetará também o conceito de liberdade.

Como já mencionado, a arbitrariedade da realidade conduz a que não subsista mais na filosofia a ideia de um modelo natural de sociedade como a *polis* aristotélica. Como resultado, ocorrerá uma radicalização da ideia de indivíduo

¹⁷ “A critical illustration of the rationalistic fallacy is found in Heidegger’s concept of the ‘world-view’. Heidegger framed the concept of a ‘world-view’ in order to set out the strategy of the Modern philosophical project. Under a world-view, reality appears as an image through which subject and object are opposed. The knowing subject and the known object are opposite poles, in spite of which it is believed the subject has direct access to reality. The world-view as an intellectual construction, hence of a nominalist brand, provides the illusion of direct access to reality. This is the old philosophical dream stemming from realism.” (WINTGENS, 2012, p. 96).

¹⁸ “The main line of this strategy is the exploitation of the self-referential nature of reason, both theoretical and practical. The self-referential nature of reason relates to the fact that theoretical thinking can be object of theoretical thinking. In practical terms, it means that freedom is to be exercised in freedom, which is the upshot of the contingent nature of the world.” (WINTGENS, 2012, p. 60).

e, com ela, a da liberdade humanam, mas ao ponto de se tornar um problema filosófico. Se antes para a filosofia a liberdade humana era modelada *organicamente* por elementos previamente existentes na realidade concreta – como pelos caracteres da própria natureza humana, pelos laços comunitários históricos e por normas que eram integradas à luz da ideia de *causa final* (o bem para o qual aponta), – agora, desaparecendo toda a possível normatividade orgânica na realidade, a liberdade passa a ser vista a partir de um vazio, conceitualizada como poder ilimitado de ação.

Ocorre que tal conceitualização da liberdade humana impede a estruturação teórica de qualquer comunidade política, daí porque a antropologia hobbesiana imagina um estado de natureza (sem o Estado) no qual o ser humano necessariamente estaria em guerra uns contra os outros. O mesmo projeto da filosofia da Modernidade que eleva a liberdade humana a um de seus temas mais caros, por conta da radicalização aplicada à sua conceitualização, a transforma a liberdade num “problema” filosófico nos séculos seguintes.

A liberdade entendida num vazio existencial (ou seja, ausente qualquer embrião de normatividade orgânica na realidade) implica o problema de sua limitação, atraindo a necessidade de uma normatividade artificial e arbitrária. Num primeiro momento, para a teologia nominalista, a liberdade é estruturada pelos comandos divinos determinados arbitrariamente por Deus (mas temperados pela fé na bondade divina). A secularização paulatina dessa visão da liberdade humana conduzirá à ideia da liberdade como modelizada por normas determinadas por um Soberano político.

2.3 Legalismo Forte como forma de articulação do espaço político e social

Recapitulando até aqui, a versão teológica e filosófica do nominalismo da onipotência divina, sobrepondo a Vontade sobre o Logos divinos, cria uma nova metafísica que conduz a uma nova articulação da razão, do conceito de indivíduo e da compreensão da liberdade humana. Juntos, esses elementos compõem a moldura do projeto político-filosófico da Modernidade. Estando ausente uma normatividade orgânica na realidade, não se reconhece também uma base ontológica para

o julgamento dos valores, se forma que a correição de uma conduta humana só pode ser avaliada sob o prisma da tipificação de uma norma imposta.

Serão estes elementos, sobretudo o último, que nos levará ao surgimento do Legalismo, que pode ser caracterizado como *a atitude que toma a conduta moral como uma questão de seguir regras*¹⁹, assim como o relacionamento entre os indivíduos como uma questão de direitos e deveres determinados por regras impostas por um superior (a verticalização da normatividade, já mencionada).

O ponto principal do legalismo é a adesão às regras independentemente do conteúdo delas. A filosofia da autora da Modernidade herda o problema da arbitrariedade da realidade e a conseqüente ausência de um plano transcendente de estruturação da sociedade política. Em meio a esse ceticismo, que imanta de incerteza sobre qual o direito correto, a filosofia política buscará uma metodologia que ofereça *certeza*. Conseqüentemente, adotar-se-á a formalidade (consubstanciada no processo legislativo) como metodologia de estruturação da *normatividade*. A mera formalidade exclui de antemão a discussão política e de valores da determinação do que é o conteúdo do direito, garantindo de antemão a aplicabilidade da lei. Por isso que, para Wintgens, o Legalismo é na verdade uma *estratégia* que tinha em vista desde o início a certeza e segurança, não a busca do Direito correto; daí porque a discussão política envolvida na construção das normas ser excluída de toda a teoria jurídica moderna.

A filosofia dessa época estava voltada à busca da certeza, sendo o processo de matematização da natureza um dos seus resultados metodológicos. Em razão dos resultados espetaculares que se davam no campo das ciências físicas e biológicas, acreditou-se que semelhantemente o mesmo grau de certeza poderia ser atingido no campo da ação humana. Mas, para tanto, a arbitrariedade do campo político necessitava ser isolada do campo da aplicação das normas, e ao mesmo

¹⁹ Esta forma de pensar a moral é comumente relacionada com a articulação de Max Weber entre protestantismo e capitalismo. O protestantismo, por ter aquela maneira de estruturar a moral, estruturou a sociedade sobre um sistema de regras fixas e estáveis, o que, por sua vez permitiu a intensificação das trocas econômicas. Wintgens discorda dessa visão tradicional. Para Wintgens, o Legalismo vai muito além de um fenômeno sociológico ou jurídico. O Legalismo não é uma invenção exclusiva da Modernidade, antes, trata-se de um conceito metafísico cujas raízes deitam na Idade Média, como discutido até aqui. Dessa nova abordagem metafísica e epistemológica é que teriam brotado o jusnaturalismo e positivismo, e não o contrário.

tempo, era necessária uma teoria política que visasse garantir a total adesão de todos indivíduos a um projeto político de garantia da pacificação social.

A epistemologização da filosofia e a sua articulação no campo da ação humana – notoriamente o político – fazem emergir as principais características do Legalismo forte, sendo elas: *representacionalismo* (representationalism), *instrumentacionalismo* (instrumentalism), *atemporalidade* (timelessness), *estatismo* (etatism), e a correspondente ciência jurídica que articula todos esses elementos no direito positivo moderno.

O legalismo forte opera a partir da epistemologia do representacionalismo. Ocorre que, diferentemente do que se dava com a filosofia realista aristotélica ou tomista, que acreditava que a estrutura da realidade é que precedia a mente humana e a instruía, o representacionalismo do pensamento moderno consiste numa relação de *procedência das ideias da mente humana sobre a estrutura da realidade*. Ocorre que esse processo leva diretamente ao “instrumentacionalismo”, o qual, por sua vez, alterará a natureza das normas na aurora da Idade Moderna (WINTGENS, 2012, p. 149).

O instrumentalismo para o pensamento teórico, tanto científico quanto normativo, opera com a premissa de que teorias são instrumentos, ferramentas para o atingimento de objetivos. Estes são articulados dentro de uma teoria que garanta as premissas que os justifiquem. Logo, *a realidade ou a verdade da teoria em si não importa para o Instrumentalismo, o que importa é a justificação (teórica) das ações necessárias para o atingimento de certos fins*.

“Sob uma perspectiva prática, para o instrumentalismo uma teoria normativa é racionalmente justificada se ações, um planejamento de vida, ou um conjunto de arranjos sociais puderem ser mostrados como o melhor meio de obter o final desejado pelo agente, independentemente de qual ele seja.” (WINTGENS, 2012, pg. 158).²⁰

A terceira característica do Legalismo é a *atemporalidade* das normas. Como não mais se reconhece qualquer base ontológica dos valores, estes, para a

²⁰ Tradução livre, no original: “From the practical perspective, instrumentalism means that a normative theory is rationally justified if actions, a life-plan, or a set of social arrangements can be shown to be the best way of achieving an agent’s final end, whatever these may be.”.

organização do espaço social, necessitam ser escolhidos arbitrariamente, daí o surgimento de teorias políticas que veem na “vontade geral” do povo ou nação a fonte de legitimação das escolhas políticas. Ocorre que aquela escolha é irracional: pura *vontade*. Todavia, essa constatação não é passível de ser absorvida pela filosofia política, o que levará à fusão da *Vontade* – que fundamenta o contrato social – com a *Razão*. Vemos isso, por exemplo, em Hobbes, que identifica no abandono do estado de natureza a mais racional escolha possível dos indivíduos, logo, naturalmente, esta seria a “vontade” de todo indivíduo racional; ou em Rousseau, que identifica a “vontade geral” com a própria razão universal, ao ponto de afirmar que a “vontade geral nunca erra”. A fusão da vontade individual com a razão, e estas últimas com a verdade, levará a outra característica das normas emanadas pelo Estado: a *atemporalidade*. Como a verdade é eterna, assim como a razão universal, as normas emanadas pela vontade geral vêm imantadas de atemporalidade; daí porque a ciência jurídica posterior compreende as normas com prazo indeterminado a não ser em situações excepcionais. A temporalidade – ou seja, a contingência do contexto concreto – não entra em discussão para a legitimidade ou não das normas, pois isso abriria a porta para a rediscussão política do melhor ou mais conveniente, discussão que é obstaculizada pelas premissas do Legalismo. Logo, se o contexto não é contemplado na base de legitimação e validação das normas, estas são tendencialmente atemporais ou com prazo indeterminado.

A conjugação de todos esses elementos colocados até aqui levará à criação do conceito do Estado. A ideia do Estado, tal como a conhecemos, era inexistente no pensamento político até o século XVII. Durante toda a era cristã até então, existia uma complexa relação de divisão de poder entre Igreja e poder secular, e este, por sua vez, era altamente modulado por inúmeras instâncias de poderes locais e paralelos (famílias, comunidades, confrarias, feudos, etc..). *Não existia a ideia de um ente abstrato como o detentor de poder, toda a autoridade reconhecida era uma autoridade real, concreta, corporificada em indivíduos e grupos.*

Todavia, num contexto de crescente disputa do poder temporal com o poder do Papa, somado ao advento do protestantismo que minou profundamente a influência temporal da Igreja, a filosofia de então – já profundamente imanada da metafísica nominalista, considerando a sociedade apenas como o ajuntamento

de indivíduos ontologicamente separados – conclui pela necessidade de uma nova articulação do espaço político, empreitada que Hobbes procura dar forma com seu *Leviatã*²¹.

Sendo até então inexistente uma teoria de um estado secular, a teoria política hobbesiana tomará emprestado caracteres da teologia cristã. O Estado como um deus mortal compartilha das qualidades do próprio Deus: é onipresente, ainda que invisível; é o Estado que emprestará significado às leis semanticamente vazias da natureza, e, ao fazê-lo, ata os comandos da autoridade secular com os da autoridade divina, fonte das leis da natureza.

Já para a teoria rousseauiana o papel do Estado é enfatizado a partir da teoria da vontade geral. A soma das vontades individuais consubstancializa a “vontade geral”, e apenas esta é a fonte última e autorizada a criar leis que afetem a liberdade individual. Todavia, ocorre que a vontade geral manifesta-se apenas mediante a ação do Estado. Na tentativa de criar uma teoria que garantisse a liberdade individual, Rousseau, na verdade, funde vontade e razão universal, de maneira a tornar qualquer lei emanada do Estado automaticamente válida.

Será central para o Legalismo *o Estado se apresentar como fonte única da lei*, com a exclusão de todas as demais normatividades que até então existiam regulando a sociedade²². A ideia do Estado como única fonte da lei, levando ao estatismo, como visto em Hobbes e Rousseau, pode ser considerada como consequência do individualismo (WINTGENS, 2012, p. 170). O Estado como a agregação de vontades individuais, e por razões racionais, leva à emergência do Estado soberano acima de todos.

Todos esses elementos, mencionados até aqui, formarão as premissas que fundarão a ciência jurídica moderna. A epistemologização da filosofia, por exemplo, com a matematização da realidade, estará presente em obras de grande influência como *Elementos da Jurisprudência Universal* de Pufendorf, onde o jurista declarará sua adesão ao método matemático como forma de deduzir a lei

²¹ “It is no doubt too much of generalisation to say that the conjunction of calvinistic protestantism and nominalism gave rise to what we may call a state.” (WINTGENS, 2012, p. 167)

²² O chamado “pluralismo jurídico” era característico da Idade Média e do Antigo Regime.

natural. O ponto fundamental a destacar é que a lei passará a ser considerada não mais como um produto da razão prática, antes, da razão teórica, passando a ser concebida como objeto de uma ciência a exemplo das ciências naturais. Sistemática e pensamento lógico-dedutivo passarão a consubstancializar a forma do raciocínio jurídico, perpassando todas as escolas jurídicas desde o jus-naturalismo até nossos dias.

2.4 Legitimidade e Legitimação – Do Legalismo Forte para Legisprudência

Sob o prisma do Legalismo forte, a natureza da lei é a sua legalidade. A legalidade entendida como mero requerimento formal de uma norma determina a sua ontologia (WINTGENS, 2012, p. 193). O atendimento ao procedimento legislativo formal confere validade à norma, mas não só: fundido no critério de validade está também o de legitimidade. Há um consenso social e político implícito de que as normas formalmente válidas também são legítimas, podendo, a partir de sua publicação, atuarem na vida prática das pessoas. É esta *contração entre legalidade e legitimidade* que merece ser analisada. Mais uma vez a herança metafísica da teologia nominalista será determinante para se compreender a conceitualização da legitimação do poder legiferante do Estado Moderno.

O que torna as normas emanadas pelo Estado automaticamente legítimas é a base teórica do contrato social. O Estado é Democrático pelo fato de representar a vontade geral, logo, toda norma emanada por ele automaticamente vem imantada dessa legitimação dada pela origem.

Sob o prisma da teoria política, o Legislativo representa o povo ou a nação. Sem representação o povo ou a nação é como se não existissem, pois para a metafísica nominalista existem apenas indivíduos isolados. A consistência ontológica da organicidade da sociedade não tem mais consideração dentro dessa nova epistemologia. Representação, a partir dessa perspectiva, implica na verdade “conceitualização” (conceptualisation) ou consubstancialização, sem a qual o poder que existe no povo permanece invisível e inoperante. A representação leva à institucionalização da operacionalização do poder. A instituição do poder, ou seja, a instituição de instituições – como uma legislatura – passa a ser não só

uma necessidade de ordem prática, mas uma necessidade para a própria conceitualização do poder.

Entretanto, como não mais existe para essa nova moldura metafísica uma lei natural ou divina que confira consistência ontológica às normas²³, a legitimação da institucionalização das normas necessitará de uma fundação original que “legitime” a instituição; no caso, a declaração de vontade hipotética do contrato social. A autorização do contrato social “engatilha” todo um encadeamento de processos que validam novos processos ou novas instituições necessárias para a organização do espaço social e político. O que se segue é uma cadeia operacional de *legitimação* de todos os atos do poder estatal. A “legitimidade” dos passos anteriores é pressuposta para a operacionalização dos passos posteriores, assim como as normas hierarquicamente inferiores colhem sua validade das superiores, até chegarmos na Constituição que é legitimada (ainda que mediatamente) pelo ato de vontade que fundamenta o hipotético contrato social.

Ocorre que o soberano, ou o Estado, como representante da institucionalização do poder, tem seus atos imantados de legitimidade automática conferida pela fundação da teoria do contrato social. Toda norma emanada pelo Estado passa a poder afetar os indivíduos, bastando apenas que atendam o requisito formal-procedimental.

Esta “cadeia de legitimação” procedimental é sem retorno. Uma vez que os indivíduos “deram” sua anuência no contrato social, as engrenagens das instituições que consubstancializam a “cadeia de legitimação” das normas operam sem mais retornarem ao seu fundamento original de legitimidade, qual seja, a *liberdade*. Ora, é neste sentido que Wintgens afirma que a teoria do contrato social é, na

²³ “Under jusnaturalistic models, a transcendent normative content provides their normativity. According to the logic inherent in these models, a norm should not oppose this content without losing validity. Therefore, a crucial difference between a non-jusnaturalistic and a jusnaturalistic model of legitimation is this: a jusnaturalistic model does not require an active legitimation of its norms. Compliance or the absence of conflict, with the substantive normative content providing the system with its normativity, is a necessary and a sufficient condition for legitimacy; in a non-jusnaturalistic model for its part, the legitimacy of norms can obviously not rely on a pre-existing or pre-given substantive content, and so it is to be obtained through active legitimation. Legitimation, that is, refers to a course of action resulting in legitimacy.” (WINTGENS, 2012, p. 197).

verdade, uma “procuração” que os indivíduos cedem para o Estado, o qual passa a determinar de maneira ilimitada liberdade de cada um²⁴.

O único direito político que resta aos cidadãos é condensado no “anuir” ao contrato social. Todas as ações do Soberano estão *a priori* legitimadas não podendo posteriormente serem questionadas pelos cidadãos, senão com base em ferramentas ou “direitos” cujo conteúdo é determinado pelo próprio sistema. Os conceitos próprios de liberdade dos indivíduos são progressivamente substituídos pelos conceitos construídos pelo Estado, bastando para isso alegar sua necessidade para a segurança e bem-estar coletivos.

2.4.1 Caixa preta da Soberania: O Estado Totalitário e a liberdade cada vez menor

A irreversibilidade da cadeia de legitimação é selada com o conceito de soberania, o qual é originariamente um conceito teológico. De acordo com a tese de secularização de Carl Schmitt, os conceitos da filosofia política são conceitos teológicos secularizados. De acordo com sua versão secularizada, o soberano é a fonte última e suprema da lei. Assim como Deus (na versão teológica nominalista) não deve explicações às criaturas sobre seus mandamentos, assim também o soberano não necessita se explicar aos seus súditos. Não é de se estranhar que seja para Hobbes quanto para Rousseau, soberano não erra e seus comandos são sempre certos²⁵.

As consequências dessa visão não são difíceis de entender. Uma vez que a soberania tenha sido construída no espaço político, ela passa a operar como uma “caixa preta” (*black box*) que legitima tudo o que sai dela. O conceito de

²⁴ “Legislação como limitação da liberdade através de normas é considerada como autorizada pelo contrato social, este é posteriormente consubstancializado numa constituição. Eleições e legislação, por sua vez, não requerem nenhuma específica legitimação, uma vez que o contrato social é baseado numa escolha racional: é uma decisão, mas uma que da qual ninguém pode escapar. A partir dela, o programa da legitimação se inicia, e pode ser corrigida apenas a partir de dentro, ou seja, com base nos mecanismos de correção que pertencem ao próprio programa. Este não inclui um retorno da direção da cadeia [de legitimação].” (WINTGENS, 2012, p. 201).

²⁵ Para Hobbes, os comandos do Soberano são definições ou concretizações da lei da natureza, já para Rousseau, o Soberano é legitimado pela vontade geral, a qual não erra, logo suas leis também são igualmente inquestionáveis.

soberania libera o soberano de prestar qualquer justificativa para as normas e intervenções nas liberdades dos indivíduos. Mais ainda: ela recobre toda e qualquer emanção do estado com uma aura de racionalidade. Soberania, entendida dessa forma, justificou desde o “direito divino” dos reis do Antigo Regime até os mais recentes Estados totalitários.

O indivíduo, tornado obrigatoriamente “cidadão” do Estado Democrático de Direito, passa a viver sob constante pressão, em razão das seguidas redefinições de liberdades que o Estado pode impor sobre ele, independentemente dos seus próprios conceitos, ideias e preferências.

Mesmo sem levar necessariamente a um Estado Totalitário no seu sentido mais conhecido, o conceito de Soberania instala no espaço político o embrião do Cavalo de Tróia do Estado gigante, atualmente denominado sob a alcunha de “Estado de bem-estar social”. Ainda que isso não desemboque num estado com direito de vida e morte sobre seus cidadãos, todavia, isso não impede que o Estado exerça um papel preponderantemente em praticamente todos os aspectos da vida quotidiana. Ora, isto pode ser considerada uma nova forma de totalitarismo, qual seja, a segundo a qual o Estado regula todo e qualquer aspecto da vida social. Esta forma de totalitarismo brota da crença instrumentalista de que as leis são ferramentas hábeis para manipular ou de “construção” da realidade social.

“Se os aspectos tirânicos de tais teorias podem ter sido temperadas com a introdução de direitos que protegem os cidadãos frente o Estado, isto não previne, todavia, uma nova forma de tirania. Esta nova forma de tirania consiste na *excessiva atividade* do Soberano que regula tudo ao ponto de, por fim, o carácter reflexivo da liberdade ser seriamente afetada, senão destruída. Além disto, agindo desta forma, o soberano [Estado] mostra não ter confiança na capacidade dos sujeitos de agirem de acordo com suas próprias concepções de liberdade, o que revela que os sujeitos não são tomados a sério na sua capacidade de agentes morais. Sobretudo, as ações do soberano são a priori justificadas por conta da procuração dada no contrato social. Com base nesta procuração, não existe a necessidade de nova legitimação desse volume crescente de limitações [normas] da liberdade.”(WINTGENS, 2012, p. 219)²⁶

²⁶ Tradução livre. No original: “ If the tyrannical aspects of their theories may be tempered by the introduction of rights that protect the citizens over against the state, it does not prevent a new form of tyranny. This new form of tyranny consists in the *overactive* sovereign

O resultado é que o Estado Democrático de Direito, em pouco mais de um século, alterou profundamente tanto a natureza jurídica dos indivíduos quanto o espaço social. As pessoas, por um lado, são redefinidas em termos de direitos e deveres criados pelo próprio Estado, como se elas não tivessem uma substancialidade espiritual e antropológica que precedesse o próprio Estado. A vida social, por outro lado, foi totalmente alterada. A produção continuada de normas mediante o procedimento institucionalizado levou a que progressivamente toda a normatividade social orgânica construída em milênios na Europa fosse substituída pela normatividade burocrática estatal. Não à toa, a partir do sec. XIX quase todas as normas passam a ser normas estatais e o milenar direito costumeiro europeu desaparece.

3 A PROPOSTA DA LEGISPRUDÊNCIA: O EXERCÍCIO DA SOBERANIA “NEGOCIADO”

O termo “Legisprudência” é uma reformulação de Wintgens do termo Jurisprudência. Nele, está em destaque o termo “prudência”, o qual, para Aristóteles (como *phronesis*), é um dos princípios da ação política. A “prudência” aplicada na vida pública da *polis* conduz à necessária “prudência legislativa”.

A Legisprudência, como teoria jurídica que visa aplicar a razão prática à produção das normas, procura dar uma alternativa que ao menos limite os problemas deixados pelas premissas filosóficas do projeto Moderno do Estado listados até aqui. Para tanto, primeiramente, a teoria da legitimação do contrato social (que legitima o poder de criação de normas) deve ser reformulado, de maneira que ao invés do Estado estar na posse de uma “procuração em branco”, o exercício do poder criador de normas deve ser constantemente “negociado”,

that regulates everything so that, ultimately, the reflexive character of freedom is seriously affected, if not destroyed. In addition, in acting this way, the sovereign is not really confident in the capacity of the subject to act on concepts of freedom, and does not really take them morally seriously. After all, the sovereign's actions are a priori justified on the basis of the proxy given in the social contract. Under this proxy, there is no requirement for any further legitimation of his increasing volume of limitations of freedom.”

o que se efetiva através do cumprimento dos “princípios” da Legisprudência e dos “deveres do Poder”, articulados a partir do princípio supremo da *Liberdade*.

Ora, a liberdade é o princípio a partir do qual parte toda a construção da teoria do contrato social que articula o espaço político na Modernidade; mas, como vimos, a ação estatal não retorna a este princípio fundacional para relegitimar suas novas ações. Em contrapartida, na teoria da Legisprudência, *cada nova interferência na liberdade dos indivíduos deve ser relegitimada a partir de um retorno ao princípio fundacional*.

3.1 Liberdade: *principium* e *Leitmotiv* da ação estatal

A Legisprudência pode contribuir para que o sujeito consiga entrar no processo de legitimização de forma ativa e ainda analisando criticamente suas consequências. Este potencial se deve porque a Legisprudência tem como ponto central a **liberdade como *principium***.

Ter a Liberdade como *principium* significa ter a Liberdade como ponto de partida, como origem do pensamento filosófico, e ter a Liberdade como *Leitmotiv*, ou seja, como fio condutor de toda e qualquer ação, também como princípio legitimador de qualquer ação do Estado. Este conceito é reflexivo, pois a Liberdade deve ser exercida de modo livre.

[...] antes do Estado enquanto instituição, há Liberdade. [...] [este é] o *terminus ad quem* da análise. Na ausência de normas, todos são livres. No início de tudo, há Liberdade. [...] Liberdade está na origem de nossa investigação filosófica. A ‘origem’ é um início auto-referencial. Como um início ou *terminus a quo*, liberdade é um *principium*. Como um *principium*, a liberdade é tanto o início como o princípio de ação. Sem liberdade ao início como princípio, a ação é impossível; ela seria simplesmente um comportamento. (WINTGENS, 2012, p. 124-125)²⁷

²⁷ Tradução livre. No original: [...] before the institution of the state, there is freedom. [...] [this is] the terminus ad quem of the analysis. In the absence of any norm, anyone is free. In the beginning that is, there is freedom. [...] freedom is at the origin of our philosophical inquiry. The ‘origin’ is a self-referential beginning. As a beginning or terminus a quo, freedom

Da Liberdade como *principium* decorre a igualdade. Todos devem poder exercer sua liberdade de modo igual. Todos têm a liberdade de se relacionar, de interagir com outros, e também de manter uma distância de outros. Todos têm, igualmente, o mesmo alcance indefinido na concretização da liberdade.

Conforme Wintgens, há seis características da Liberdade como *principium* conforme abaixo:

(1) A Liberdade está na origem (*terminus ad quem*) e é o (2) *terminus a quo*. Sob a característica (1) a Liberdade é a-contextual, enquanto sob a característica (2) é uma versão contextualizada. Sob (1) e (2), liberdade é (3) de extensão infinita. Para que uma ação seja possível, entretanto, uma escolha deve ser feita para que a extensão da liberdade não seja mais infinita. Sob (1), (2) e (3), liberdade é um *principium*, ou seja, um início e (4) tem uma dimensão normativa. A normatividade da liberdade como *principium* deriva da equidade incluída em (2). Da natureza relacional da equidade deriva (5), a dimensão social da liberdade, que é emaranhada com (4). O significado da liberdade finalmente é relacionado com o aspecto “eu” do “ser” agente, o que explica (6) a natureza reflexiva do conceito da liberdade em contexto. (WINTGENS, 2012, p. 131)²⁸

Neste sentido, a liberdade é o ponto de partida do Direito, e a liberdade deve ainda ser o fio condutor de qualquer ação no Direito. A liberdade é garantida a todos de forma igual como autonomia. Nenhuma restrição pode ser imposta aos sujeitos a não ser que estes consentam nisso. Os sujeitos não são objetivados ou desconsiderados.

is a principium. As a principium, it is both the beginning and the principle of action. Without freedom at the beginning as a principle, action is impossible; it is mere behavior.

²⁸ Tradução livre. No original: (1) Freedom is at the origin (*terminus ad quem*) and is the (2) *terminus a quo*. Under (1) freedom is an a-contextual while in (2) it is a contextualized version. Under (1) and (2), freedom is (3) of an indefinite extension. In order for action to be possible, however, a choice must be made so that the extension of freedom is no longer indefinite. Under (1), (2) and (3), freedom is a *principium*, that is, a beginning and (4) it has a normative dimension. The normativity of freedom as *principium* follows from the equality included in (2). From the relational nature of equality follows (5), the social dimension of freedom, that is intertwined with (4). The meaning of freedom finally is related to the ‘I’ aspect of the agent’s self, which explains (6) the reflexive nature of the concept of freedom in context.

A liberdade vivenciada com liberdade depende de uma concepção de sujeito autônomo e emancipado. Este sujeito nasce de sua interação com outros sujeitos, haja vista que somos seres sociais. Esta interação não é imposta, já que ao mesmo tempo temos direito de interagir e direito de manter distância. É na interação social que o sujeito ganha significado, evolui e desenvolve sua capacidade de fazer escolhas com relação à sua própria liberdade. Vejamos:

“Ambos a interação e a argumentação envolvem outros. Através da interação e da argumentação, sujeitos adotam posições um em relação a outro. Agindo assim, os sujeitos dividem um contexto de significado, que é formativo tanto para a racionalidade quanto para si mesmos.” (WINTGENS, 2012, p. 107)²⁹

Este sujeito é um sujeito moralmente responsável e não admite a imposição, por parte do Estado, de restrições à sua liberdade. Este sujeito requer participação significativa no processo de discussão e elaboração legislativa, de modo que possa estruturar suas ações. Este sujeito é chamado por Wintgens de “**subject qua³⁰ subject**” e é assim por ele definido:

(...) um sujeito como um agente moralmente responsável, capaz de interação social sem um estado olhando sobre seus ombros – e sem um sujeito olhando sobre suas costas para checar se não há um estado que está estruturando, pre-estruturando ou reestruturando suas ações sobre concepções de liberdade. (WINTGENS, 2012, p. 216)³¹⁻³²

²⁹ Tradução livre. No original: “Interaction and argumentation both involve others. Through interaction and argumentation, subjects adopt position towards one another. In doing so, subjects share a context of meaning, which is formative for both rationality and their selves.”

³⁰ Entendemos o uso da expressão *qua* em “subject *qua* subject” significando que o sujeito está em processo de se realizar, com a certeza de que este processo se completará.

³¹ Tradução livre. No original: “(...) a subject as a responsible moral agent capable of social interaction without a state looking over his shoulder – and without a subject looking over his back to check whether there is no state that is structuring, pre-structuring, or restructuring his actions on conceptions of freedom.”

³² A ideia de *conception of freedom* será trabalhada a seguir, nesta mesma seção.

O caráter igualitário da liberdade demanda, para que seja possível exercê-la, que haja uma determinação da liberdade ou de limitações à liberdade de um sujeito para com os demais.

O caráter reflexivo da liberdade demanda uma intervenção ativa do sujeito no estabelecimento das limitações da liberdade ou da determinação da liberdade. (WINTGENS, 2012, p. 206)

Assim, para que seja possível que o sujeito aja com liberdade, é necessário que ele a delimite ou a determine segundo suas concepções de liberdade.

Para Wintgens, o propósito do Direito é a liberdade como *principium* (2012, p. 227). O Direito tem como ponto de partida e como fio condutor a liberdade, todavia, as normas são limitadoras dessa mesma liberdade. Por isso, somente devemos admitir uma restrição via ato normativo se o problema a ser atacado não puder ser resolvido por outra via. A lei não é necessariamente o melhor meio para concretizar a liberdade (WINTGENS, 2012, p. 134).

Ainda, são os sujeitos, como agentes sociais, aqueles que devem estabelecer este limite para sua própria liberdade. Este tipo de determinação é chamado por Wintgens de “*conception of freedom*” [concepção **de** liberdade]:

“O resultado da necessidade da liberdade ser limitada ou determinada para que a ação seja de todo modo possível é a emergência das seguintes alternativas. A primeira possibilidade é que o agente aja de acordo com suas próprias compreensões (...). (...) a concretização segue a determinação do próprio agente sobre liberdade infinita (...).
(...) uma concepção *de* liberdade (...) é própria do agente. Concepções de liberdade são concretizações do agente da liberdade infinita. Elas expressão sua autonomia em fazer escolhas. (WINTGENS, 2012, p. 126) (grifo no original)”³³

³³ Tradução livre. No original: “The result of the necessity of freedom being limited or determined in order for action to be possible at all is the emergence of the following alternative. The first possibility is that the agent acts according to his own insights (...). (...) the concretization follows on the agent’s own determination of indefinite freedom (...). (...) a conception of freedom (...) is the agent’s own. Conceptions of freedom are the agent’s concretisations of indefinite freedom. They express his autonomy in making the choice.”

Em contrapartida, quando não é o sujeito (subject *qua* subject) aquele que decide sobre o limite à sua própria liberdade, seja quando o soberano o faz, seja quando o poder legislativo o faz (devido ao mandato de legitimização), temos uma limitação externa à liberdade, o que Wintgens chama de “*conception about freedom*” [concepção **sobre** liberdade]:

“[...] o segundo é que ele age conforme compreensões de outros. [...] a concretização é relacionada à determinação de outra pessoa.
[...] uma concepção *sobre* liberdade [...] [é] incompatível com a autonomia do agente. Isto significa que o agente não leva a sua concepção de liberdade, mas é obrigado a agir sobre a concepção alheia *sobre* liberdade.”
(WINTGENS, 2012, p. 126) (grifo no original)³⁴

No legalismo forte, todas as concepções de liberdade são “conceptions **about freedom**”³⁵. Estamos diante de um mandato de legitimização (proxy theory of legitimation), modelo no qual a cadeia de legitimização é unidirecional e rígida.

No legalismo fraco, não necessariamente as concepções de liberdade serão “conceptions **about freedom**”. A princípio todas as concepções de liberdade deverão ser “conceptions **of freedom**”. Se após uma análise de todas as possibilidades encontradas de ação sob “conceptions **of freedom**” e das possibilidades de ação sob “conceptions **about freedom**” – legislação – chegarmos à conclusão de que a ação sob “conceptions **about freedom**” é mais efetiva, então teremos uma substituição de uma “conception **for freedom**” por uma “conception **about freedom**”. Esta substituição deve ser justificada (*trade-off theory of legitimation*).

³⁴ Tradução livre. No original: “[...] the second is that he acts on some else’s [insights]. [...] the concretization is related to someone else’s determination.
[...] a conception about freedom [...] [is] at odds with the agent’s autonomy. This means that the agent does not carry out his conception of freedom but must act on someone else’s conception about freedom.”

³⁵ Esta ideia de usar *of* ou *about* para esta diferenciação acompanha o pensamento de Wintgens, como quando ele nos traz a diferenciação entre “conception of a concept” e “conception about a concept”. “[...] a conception *of* a concept is a concretisation of it which someone has as his own. A conception *about* a concept is a concretization of that concept that is not the agent’s own. (WINTGENS, 2012, p. 124)

Toda substituição de “conceptions **of** freedom” por “conceptions **about** freedom” deve ser justificada, qualquer que seja a fase onde nos encontremos na cadeia de legitimização. Assim, a cadeia de legitimização não seria mais unidirecional, mas sim bidirecional. A limitação à liberdade do sujeito só seria legítima se justificada.

“Legitimização [...] consiste em uma justificação sobre porque agir sob uma concepção sobre Liberdade é preferível a agir sob uma concepção de liberdade. [...] uma justificação de cada limitação externa à Liberdade deve ser a priori presumida como legítima ou justificada [...]. (WINTGENS, 2012, p. 220)”³⁶

A partir do desenvolvimento exposto acima, Wintgens elabora os quatro princípios da Legisprudência: 1) Princípio da coerência; 2) Princípio da alternativa; 3) Princípio da temporalidade e 4) Princípio da densidade normativa necessária.

3.1.1 Princípio da coerência³⁷

Um sistema legal é coerente na medida em que faz sentido como um todo – o todo do sistema normativo (WINTGENS, 2012, p. 235-257; WINTGENS, OLIVER-LALANA, 2013, p. 49). É uma questão relacional que determina, para Wintgens, diferentes níveis de coerência.

³⁶ Tradução livre. No original: “Legitimation [...] consists of a justification as to why acting on a conception about freedom is preferable to acting on a conception of freedom. [...] a justification of each external limitation of freedom that is a priori presumed to be legitimate or justified [...].”

³⁷ Wintgens faz ainda a diferenciação entre coerência e consistência, sendo a última um tipo especial da primeira. A consistência representa o aspecto lógico em que um conjunto de proposições está livre de contradições. Assim, um sistema consistente está livre de contradições. Já a coerência trata do aspecto sob o qual um conjunto de proposições faz sentido. A coerência demanda consistência quando tratamos de um nível mais avançado de coerência. A última é uma condição da primeira. Normas contraditórias dificilmente são coerentes. Para mais veja WINTGENS, 2012, p. 237-240.

3.1.1.1 Nível de coerência₀ ou coerência sincrônica

Para que um sistema tenha coerência sincrônica, é suficiente que as normas não sejam contraditórias em si mesmas. Fala-se aqui dos aspectos semântico e sintático das proposições e sua inteligibilidade.

3.1.1.2 Nível de coerência₁ ou coerência diacrônica

Para que um sistema tenha coerência diacrônica, é suficiente que as normas não sejam contraditórias em si mesmas e que a aplicação simultânea das normas não tenha como consequência contradições. Este tipo de incoerência pode ser resolvida utilizando-se os critérios usuais de solução de antinomias – *lex specialis*, *lex posterior* e *lex superior* – e a interpretação conforme a Constituição.

3.1.1.3 Nível de coerência₂ ou coerência sistêmica

Para que um sistema tenha coerência sistêmica, é suficiente que as normas não sejam contraditórias em si mesmas, que a aplicação simultânea das normas não tenha como consequência contradições e que as normas não anulem o efeito umas das outras, ou seja, quando se age em conformidade com as normas o efeito geral, tomado em conjunto, não pode ser anulado. Dessa forma, a sua co-existência seria impossível.

3.1.1.4 Nível de coerência₂ ou coerência intrínseca

Para que um sistema tenha coerência intrínseca, é suficiente que as normas não sejam contraditórias em si mesmas, que a aplicação simultânea das normas não tenha como consequência contradições, que as normas não anulem o efeito umas das outras e que as soluções encontradas sejam uma reconstrução racional embasada em uma teoria – neste caso, na liberdade como *principium*.

O que se busca é que o sistema legal tenha nível de coerência₂, proporcionando uma relação não somente entre os termos das proposições normativas, mas também destas entre si, dessas em seu conjunto, como um todo coerente com a realidade, e que esse todo seja fundamentado em uma teoria, a da liberdade como princípio e fio condutor de toda ação no direito. “O princípio da

coerência [...] permite uma sistemática na lei, enquanto, ao mesmo tempo, relaciona lei e liberdade. Esta relação demanda a exigência de justificação para qualquer limitação de liberdade imposta legalmente.” (WINTGENS, 2012, p. 256-257)³⁸

3.1.2 Princípio da alternatividade

O princípio da alternatividade defende a prioridade da ação do sujeito. Quando se coloca a liberdade como *principium*, está-se estabelecendo que, *a priori*, o indivíduo é um sujeito social, e, portanto, consolida-se como “subject *qua* subject” antes mesmo de se tornar um cidadão, através da interação social que se dá a nível horizontal (embate entre “conceptions **of** freedom”).

Quando esta interação falha no sentido de dar uma solução aos conflitos que surgem, é que se admite, em caráter alternativo, uma limitação externa à liberdade dos sujeitos (conceptions **about** freedom). Neste sentido a argumentação é essencial para que se ofereçam as razões pelas quais uma limitação externa à liberdade dos sujeitos é preferível a uma limitação interna, e para que seja aceita a justificativa de que a limitação externa mais efetiva é um dispositivo normativo. “[o princípio da alternatividade] operacionaliza a Liberdade como *principium*, de acordo com o qual somente limitações externas que puderem ser justificadas como alternativas para a interação social malsucedida pode ser considerada legítima.” (WINTGENS, 2012, p. 258)³⁹

3.1.3 Princípio da temporalidade

O tempo tem um papel importante no Direito. As normas são elaboradas historicamente. Mesmo tendo-se em vista que o legislador elabora as normas

³⁸ Tradução livre. No original: “The principle of coherence [...] allows for system in law, while at the same time it relates law to freedom. This relationship entails the requirement of justification for any limitation of freedom that the law imposes.”

³⁹ Tradução livre. No original: “[the principle of alternativity] operationalises freedom as *principium*, in that only external limitations that can be justified as alternatives for failing social interaction can be considered legitimate.”

para o futuro, sua justificativa para a limitação externa à liberdade leva em consideração os aspectos presentes que restringem sua racionalidade neste momento. Uma mudança nas circunstâncias, um efeito não esperado, uma descoberta científica, por exemplo, podem ter como consequência a inadequação da norma aos princípios da coerência e da alternatividade.

De acordo com o princípio da temporalidade é necessário que haja uma avaliação que possibilite a suspensão da vigência da norma obsoleta e até mesmo sua revisão e adequação. “O princípio da temporalidade, a perspectiva do tempo, restringe a limitação da Liberdade e as possíveis sanções.”⁴⁰ (WINTGENS; OLIVER-LALANA, 2013, p. 49).

3.1.4 Princípio da densidade normativa necessária

O princípio da densidade normativa necessária trata da relação entre o nível de autonomia do sujeito e do alcance da limitação externa à sua liberdade. Quanto mais densa, quanto maior o alcance da limitação externa à liberdade do sujeito, menos autonomia ele terá para agir sob “conceptions of freedom”. Da mesma forma, quanto menos densa, quanto menor o alcance da limitação externa, maior autonomia tem o sujeito.

Seguindo esta linha, no momento de elaboração normativa, quando se conclui que a produção de um novo ato normativo é a melhor alternativa, a mais efetiva, segundo o princípio da alternatividade há que se justificar esta escolha. Esta é a primeira limitação da liberdade do sujeito. Em seguida, se o ato normativo contiver uma previsão de sanção, esta será a segunda limitação externa à liberdade do sujeito, que não poderá agir de forma autônoma quando atingido pela sanção prevista⁴¹.

⁴⁰ Tradução livre. No original: “The principle of temporality, the perspective of time, constrains the limitations of freedom and the possible sanctions.”

⁴¹ Conforme Farjat, citado por Souza (2002), “[...] a existência de uma regra de Direito não é necessariamente presa à existência da coação sob sua forma clássica. As concessões de vantagens, que são incentivos, asseguram a eficácia de uma regra, da mesma maneira que uma pena.” (p. 200).

Veja também The Oxford Handbook of Law and Politics: “In the design of public programs, policy analysts stress the importance of giving firms and citizens incentives to act efficiently.

Deste modo, a primeira limitação externa está justificada segundo o princípio da alternatividade, mas a segunda não. Consequentemente, há que se fazer uma nova justificativa para a escolha do modelo de “norma mais sanção” a outros que não preveem este instrumento de limitação. Devido a este duplo grau de limitação do tipo “norma mais sanção”, este não deve ser o de maior preferência em relação a outros meios, como por exemplo arbitragem, mediação, o uso de sanções premiaias, etc.

“A partir da liberdade como principium, decorre que os meios com o menor impacto sobre a liberdade devem ser preferidos sobre qualquer outro. A preferência deve ser justificada, de modo que todas as alternativas com um impacto normativo menor devem ser ‘descartadas’.” (WINTGENS, 2012, p. 279)⁴²

3.1.5 Relação entre os princípios da Legisprudência

Há que se entender estes quatro princípios da Legisprudência como tendo todos o mesmo peso e valor. É necessário que os quatro princípios sejam respeitados, levados a sério, para que se tenha uma norma com justificativa racionalmente aceitável para a limitação externa à liberdade do sujeito.

Wintgens representa a relação entre os quatro princípios com a figura abaixo:

They urge a move away from command and control regulation toward incentive-based rules that specify outcomes, not inputs, or that create markets that permit firms to trade rights or pay fees that reflect the external costs of their activities.” (WHITTINGTON; KELEMEN; CALDEIRA, 2014, p. 578)

⁴² Tradução livre. No original: “From freedom as principium, it follows that the means with the lowest impact on freedom are to be preferred over any other. The preference is to be justified, in that all alternatives with a lower normative impact must be ‘argued out’.”

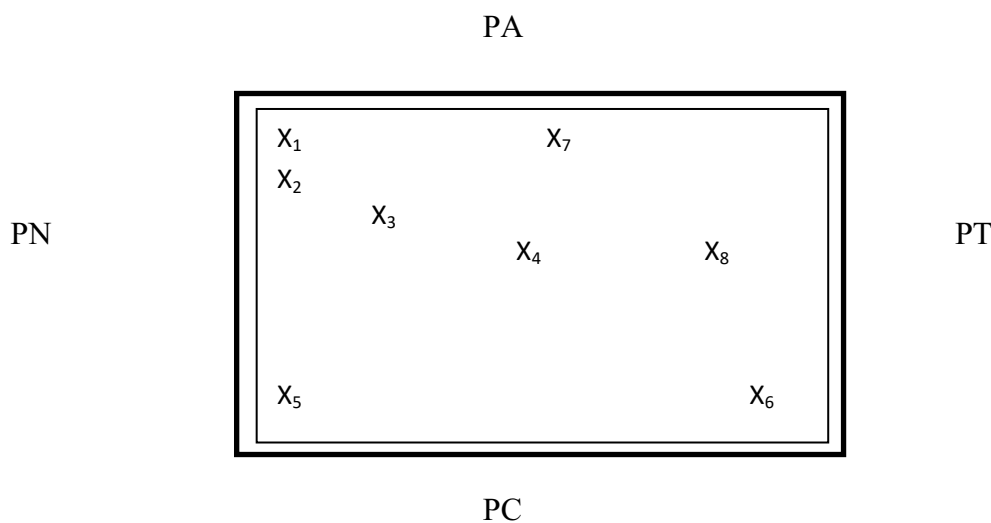


Figura 1 – Fonte: WINTGENS, 2012, p. 282.

Legenda: PA – Princípio da Alternatividade

PT – Princípio da Temporalidade

PC – Princípio da Coerência

PN – Princípio da Densidade Normativa Necessária

O autor explica que qualquer limitação externa à liberdade do sujeito que esteja dentro da “moldura” está suficientemente legitimizada conforme os quatro princípios tomados como um todo. Assim, de X₁ a X₈, todos seriam legítimos. Quanto maior a proximidade das limitações com os lados da “moldura” maior o nível de conformidade da limitação externa X àquele princípio representado naquele lado da “moldura”. Desta forma, a limitação X₄ estaria em igual nível de conformidade com os quatro princípios, ao passo que os demais têm uma preponderância com relação aos aspectos ético (escolha de menor impacto à liberdade) (PA – princípio da alternatividade), histórico (PT – princípio da temporalidade), lógico (PC – princípio da coerência) e de necessidade (PN – princípio da densidade normativa necessária).

Verifica-se que este modelo é dinâmico e interativo, em que se compreende cada princípio não isoladamente, verticalmente, mas sim cada um contextualizado tendo em vista cada um dos outros três, de modo horizontal.

3.2 Deveres do legislador

Uma vez já estabelecidos os princípios da Legisprudência, Wintgens elabora seis deveres do legislador, como modo de concretizar tais princípios de forma racional.

Estes deveres, desenvolvidos como consequência lógica dos princípios acima analisados, servirão de guia para a efetivação do objetivo de se conseguir, cada vez mais, legislação de boa qualidade. São eles:

1) dever de identificação de fatos relevantes – o processo de legislar deve ser iniciado com uma avaliação dos fatos e com uma discussão de como esses fatos serão levantados (com participação dos destinatários e atingidos);

2) dever de formulação do problema – a identificação de uma certa situação ou fato como problemático é importante para que se defina o escopo da limitação a ser discutida;

3) dever de ponderar as alternativas – esta discussão deve se dar de forma horizontal, sem preponderância *a priori* da legislação. A justificativa deve ser racional e deve-se dar preferência às alternativas com menor densidade normativa;

4) dever de prospecção – é o dever de levar em consideração futuras circunstâncias ou de realizar uma avaliação *ex ante*. Este exercício de olhar para o futuro deve ter uma conexão com a realidade;

5) dever de retrospecção – é o dever de avaliar os efeitos (concretos) que a limitação exterior teve ou de realizar uma avaliação *ex post*;

6) dever de corrigir – após ter cumprido todos os deveres anteriores, ao legislador é imposto (como consequência racional) o dever de corrigir as falhas identificadas.

4 CONCLUSÃO

A Legisprudência nos dá a possibilidade de otimizar o sistema normativo de forma racional, conforme uma teoria construída e fundamentada, sempre com vistas ao combate da explosão legislativa e na busca de uma legislação de boa qualidade. Assim, concretizar-se-á o subject *qua* subject e seu valor maior, que é a liberdade como *principium*, será realizado.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vols. 1-5, Tradução Alexandre Correia, Ecclesiae e Editora Permanência, 2016.
- BASTIT, Michel. **Nascimento da Lei Moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARJAT, Gerard. Pour un droit économique. Paris: PUF, 2004 *apud* SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HESPANHA, António Manuel. As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos”, em **Seqüência**, 51(2005), 47-106. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15171>
- _____: **O caleidoscópio do direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina. Editora, 2007.
- JOUVENEL, Bertrand. **O Poder: História Natural de seu Crescimento**. Coleção Teoria Política . Tradução Paulo Neves, 1ª e, São Paulo: Editora Peixoto Neto.
- LÖWITH, Karl. **Meaning in History: The Theological Implications of the Philosophy of History**. Chicago, IL: Chicago University Press, 1970.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: Practical Reason in Legislation**. Farnham: Ashgate, 2012.
- WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Editors). **The Rationality and Justification of Legislation**. Essays in Legisprudence. Legisprudence Library 1. Springer, 2013.
- WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SOBRE A (IR)RACIONALIDADE DECISÓRIA: reflexões críticas para uma revalorização do legislador

Hugo Henry Martins de Assis Soares¹

“(...) the making of law is at stake”².

1 INTRODUÇÃO

Ao analisarmos os recentes ataques ao Supremo Tribunal Federal, vemos-nos defronte a uma velha questão que permeia os debates jurídico-políticos contemporâneos e, conseqüentemente, acadêmicos: qual o grau de legitimidade do Poder Judiciário em determinar as regras do jogo, deter a última palavra sobre o sentido da Constituição e impor decisões sobre temas essencialmente políticos?

Indiscutível o momento de tensão pelo qual passa parte das instituições brasileiras. Em um processo diário, esforçam-se para conseguir a manutenção de um patamar mínimo (em constante queda) de legitimidade e respaldo

¹ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Constitucional (UFG). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF), com formação complementar na Universidade de Coimbra (Portugal). Professor Substituto da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Procurador Municipal em Iturama/MG. E-mail: hugo.hmas@hotmail.com.

² WALDRON (2016, p. 129).

popular, tendo em vista a decrescente confiança da população brasileira em seus representantes e agentes públicos, sendo que, inclusive, uma de suas razões é justamente a “falta de clareza da legislação vigente” (SOARES, 2007a, p. 58).

Fartos são os trabalhos que têm como cerne analisar o papel dos magistrados no processo político, a intervir em questões sociais, políticas, eleitorais etc. Por vezes, há o aprofundamento em conceitos cada vez mais aceitos, como judicialização da política, ativismo e autocontenção judicial.

Merece destaque o fato de que na ampla maioria das vezes, coloca-se o juiz (e respectivas decisões judiciais) como centro desse debate, atendendo-se a uma concepção tradicional do Direito, em ter a norma a partir de sua interpretação e aplicação (cuja atividade está imbricalmente relacionada às funções típicas dos magistrados).

Críticas são feitas à sobreposição do Judiciário em relação aos poderes representativos (Legislativo e Executivo), mas se preserva, em alguma medida, a concepção de o Direito se dar (estar) na aplicação e interpretação das normas, e não em momento anterior, quando da iniciativa ao processo legislativo, ou mesmo previamente (avaliação *ex ante*).

Esta discussão se torna relevante a partir da noção de racionalidade dos atores políticos. Se se pensar no sentido passivo de Legislação (produto), problemas com a racionalidade da decisão hão de aparecer tão somente quando da aplicação e interpretação da norma. Noutra perspectiva, ao nos remetermos à Legislação como processo (sentido ativo), os referidos problemas já se manifestam em estágio anterior, no próprio “processo de legislação legislativa” (*legislative law making*) (WINTGENS, 2013, p. 13).

Ao se pensar em um Manual, imprescindível que esforços sejam alocados na compreensão das relações de poder na sociedade brasileira, uma vez que, em essência, a Legística, enquanto método, propõe a racionalização do processo decisório, contribuindo, não só, mas especialmente, para a inteligibilidade e segurança jurídica do ordenamento vigente.

Então, imprescindível que reflitamos sobre a referida relação, especialmente entre Legislativo e Judiciário, tendo como cerne um dos principais locais de tensão, o processo legislativo, a partir de algumas premissas da Legística e avaliação legislativa.

2 (RE)PENSAR O DIREITO

O objeto atual da Teoria do Direito está na posição ocupada pelo juiz no processo decisório, fato este que levou ao surgimento de várias metodologias de aplicação, focadas na interpretação das normas. Nesta, assume-se que a lei (e legislador) seja racional, cuja racionalidade deva ser preservada justamente através da prestação jurisdicional³. A atenção estaria na existência de norma jurídica válida (‘o quê’), e em ‘quem’ pode fazê-la e aplicá-la. Repara-se na completa omissão quanto ao ‘como’⁴ a lei é feita.

Para se (re)pensar⁵ o direito, e conseqüentemente as suas fontes, imprescindível que haja um deslocamento de atenção da atividade jurisprudencial às ações legislativas, em uma tentativa de, ao menos, equiparar os estudos, tendo em vista que a situação atual se demonstra extremamente desequilibrada. Para constatação deste quadro, basta uma consulta simples na base de dados de trabalhos acadêmicos disponíveis na plataforma da CAPES.

Então, para percorrer este caminho, um primeiro passo seria justamente desromantizar as decisões judiciais e exercício das funções pelos magistrados, como solução para os problemas jurídicos, políticos, sociais etc., e atribuir ao Legislativo uma maior relevância no processo decisório nacional.

Afinal, propor uma mudança de paradigma é se adequar ao Direito (vontade), senão:

“O direito é “vontade”: vontade da autoridade suprema. Desse primeiro elemento surgem conseqüências de grande envergadura para a cultura

³ WINTGENS (2013, p. 3).

⁴ Em um senso comum sobre o que é ser um ‘bom legislador’, prevalece a quantidade de projetos propostos por cada parlamentar, e não propriamente a relevância, pertinência, necessidade e trâmite processual (‘como’).

⁵ “Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam? Por que é esse o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos do conceito?” (WALDRON, 2003, p. 13).

jurídica moderna e contemporânea, bem como para a experiência das codificações. Antes de tudo, a vontade é mutável no tempo; a vontade de hoje pode ser diferente da de ontem, e pensar o direito como vontade significa pensar o direito como algo essencialmente mutável, concepção que pretendia desacreditar a idéia de um direito imutável na essência e mutável somente na aparência, e valorizar a idéia que se pudesse – ou melhor, que a autoridade pudesse – *fazer* direito novo” (TARELLO, 2008, p. 10).

Destaca-se que não há pretensão alguma em romantizar o Legislativo, enxergando-lhe como livre de vícios e defeitos. Mas, para um minucioso trabalho acerca da relação entre os poderes, importante que sejam colocados dentro de uma mesma perspectiva de análise, a atribuir problemas e virtudes a todas as instituições.

Muitas vezes, a análise circunda a validade da norma, enquanto compatibilidade com normas hierarquicamente superiores, em que normas válidas seriam inquestionavelmente legítimas⁶, sem o devido cuidado para aspectos outros do devido processo legislativo, em que

“As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. (...). O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter” (WALDRON, 2003, p. 5) (destaque no original).

Ainda, parte do problema de os magistrados deterem o poder decisório em matérias tipicamente políticas advém⁷ do próprio legislador, em que “a suposição de racionalidade do legislador (...) permite ao intérprete apagar um número

⁶ Esta seria uma das concepções da “visão familiar”, cujas premissas são rechaçadas por WINTGENS (2013).

⁷ WALDRON (2003, p. 2) refere-se à legislação vista sob uma má concepção a justificar, em alguma medida, a revisão judicial. Há, então, “um retrato idealizado do julgar” emoldurado com “o retrato de má fama do legislar”.

de contradições das, ou entre, normas legislativas, bem como um número de declarações impertinentes do legislador” (WINTGENS, 2013, p. 9).⁸

O intérprete presumiria a racionalidade do autor, de forma que, quando da sua atividade interpretativa, prezaria pela preservação do sistema legal ao tentar remover as contradições e inconsistências. Inclusive, por vezes se justifica o controle de constitucionalidade pelas omissões e lacunas deixadas pelos legisladores, mas sem a devida atenção às próprias decisões judiciais.

Como se percebe no gráfico abaixo, a judicialização da saúde ocupa um dos principais motivos na busca pelo Judiciário, tendo como essência justamente a omissão do poder público.

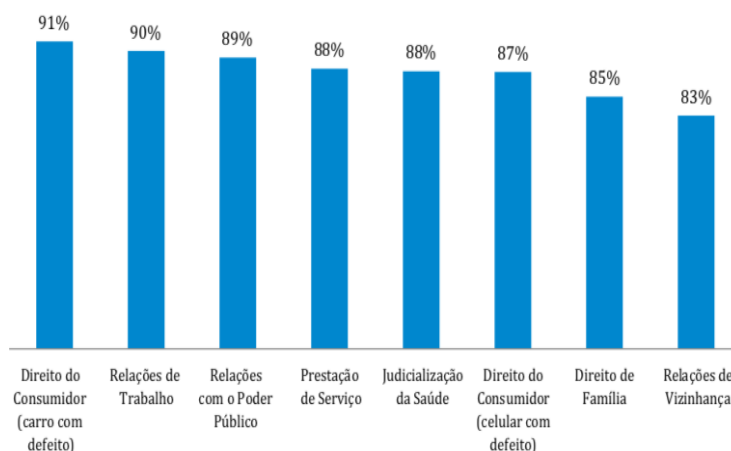


Gráfico nº 5, página 11, constante do Relatório ICJ Brasil – 1º semestre/2017 (FGV, 2017).

Poderíamos atribuir uma outra parte do problema ao crescimento exponencial⁹ do sistema legal, com leis sendo produzidas, em média, muito velozmente, cuja consequência é uma preparação legislativa fraca e escolha pobre dos textos

⁸ Tradução livre. No original: “The assumption of the rationality of the legislator [...] allows the interpreter to erase a number of contradictions in or between legislative norms, as well as a number of impertinent declarations of the legislator.”

⁹ Como possível solução à proliferação legislativa apresenta-se a Legística “a propor técnicas para a racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas” (SOARES, 2007b, p. 124).

normativos. Assim, à medida que cresce o número de normas, também aumenta o risco de colisão entre elas, em que se tem como resultado a ‘desordem’, justamente pela ausência de sistematicidade, a ocasionar, também, o “enfraquecimento da ordem de segurança da interação social” (WINTGENS, 2013, p. 4).

Crítica que se faz é sobre a (in)coerência no sistema brasileiro, a permitir em várias situações o surgimento de antinomias jurídicas. SOARES (2007a) já atentava para a produção dos mais de 5 mil entes federados, somada à atividade da Administração Pública. Pode-se acrescentar ao argumento as inúmeras súmulas (vinculantes ou não), enunciados, orientações jurisprudenciais, editadas pelo Poder Judiciário.

DELLEY (2004) atribui ao excesso de legislação a dificuldade em se delimitar o problema e o campo de objeto de uma nova lei, em que o levantamento das leis existentes deve ser parâmetro inerente à atividade legiferante.

Diante da situação acima descrita, para se pensar o sistema jurídico de forma ampla, necessária uma revisitação sobre o papel do Legislativo na produção de normas, bem como atribuir-lhe a devida importância, diante de uma aparente perda de densidade das normas legais.

3 (RE)VALORIZAR O LEGISLATIVO

O que se pretendeu arguir até aqui é sobre a possível existência de um movimento cíclico no que se refere ao processo decisório, em que eventual (não) decisão do Legislativo é levada ao crivo do Judiciário (até por respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade de Jurisdição), que por sua vez assume determinada posição, a causar descontentamento nos parlamentares, especialmente se se envolver matéria de alto custo¹⁰ político, como aborto, liberação de drogas, utilização de células-tronco *etc.*, com posteriores Propostas de Emenda e Projetos de Lei, a tentar a superação da decisão judicial (*backlash*),

¹⁰ Para Hirschl (2009), seria ingênuo pensar que questões políticas centrais seriam levadas e decididas nos tribunais sem o mínimo de apoio por parte dos atores políticos relevantes, dentro do enfoque do “redirecionamento de culpa”, uma vez que, “do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam”.

e subsequente manifestação do Judiciário sobre tais atos normativos, e assim sucessivamente.

Para tentar romper com o quadro acima exposto, o domínio do Judiciário nos trabalhos científicos, bem como na tomada de decisão, propõe-se uma revalorização às atribuições exercidas pelo Legislativo, uma vez que imprescindível ao próprio controle estatal. Antes, cumpre destacar alguns apontamentos sobre a confiança dos cidadãos nas instituições.

Primeiro, de uma forma geral, e em comparação a outros países, a população brasileira pouco confia em si mesma, o que já demonstra algum grau de ceticismo em relação ao outro (ZAK, 2008).

Então, a partir desta baixa confiança da população em sentido amplo, na recente história do Brasil há maior confiabilidade no Judiciário do que em relação às instituições representativas.

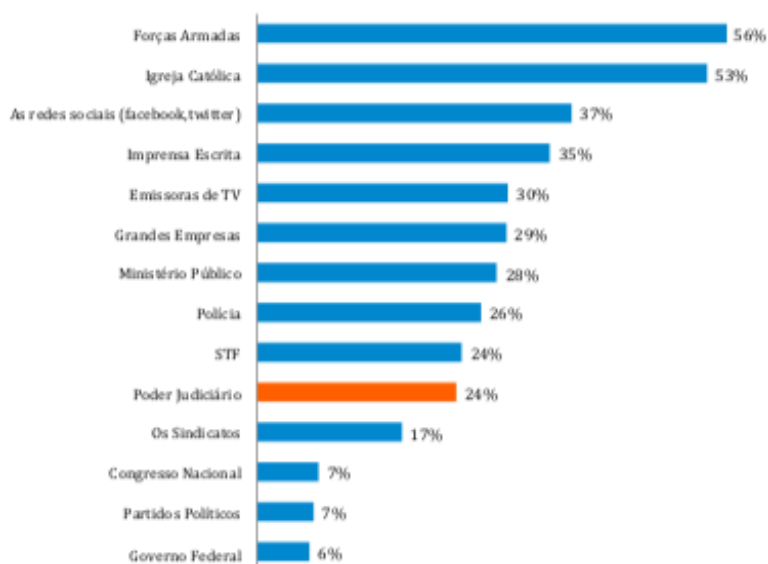
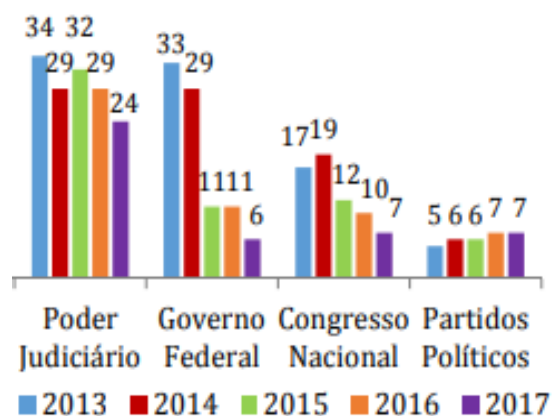


Gráfico nº 7, página 13 (FGV, 2017).

E, ainda que diante de um melhor cenário atribuído ao Judiciário, existe um crescente¹¹ descrédito em relação a todas as instituições.

¹¹ Os dados coletados no primeiro semestre de 2017 revelam dois resultados importantes: (i) **a queda na avaliação da Justiça**, uma vez que o ICJ*Brasil* e os seus subíndices



Adaptação ao gráfico 8, página 14 (FGV, 2017), a tratar sobre a confiança da população nas instituições.

Dentro do que se discutiu até o presente momento, parece evidente que há uma desvalorização em relação aos membros do Legislativo. Episódios de corrupção, disputas internas, *etc.*, fazem com que a população brasileira desacredite por completo em deputados e senadores. Inclusive, no que se refere à percepção sobre aqueles que mais desrespeitam as leis, os parlamentares ocupam o topo:

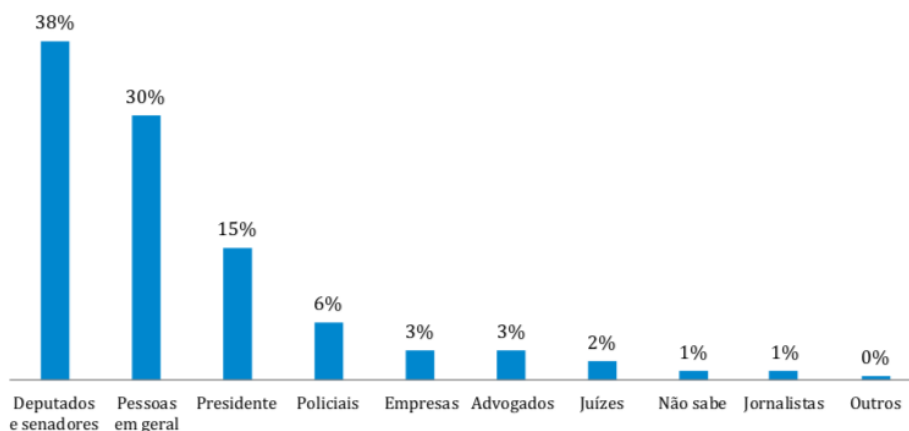


Gráfico nº 13, página 20 (FGV, 2017).

apresentaram uma redução significativa em comparação com anos anteriores; e (ii) **a queda na confiança da população brasileira em praticamente todas as instituições avaliadas**, com destaque para a drástica redução no grau de confiança dos entrevistados no Governo Federal, no Ministério Público e nas Grandes Empresas” (FGV, 2017) (grifo no original).

Sobre a revalorização do Legislativo, a construção do argumento perpassa em como se reconhece a racionalidade do legislador e demais agentes legais. Como mencionado, a interpretação e aplicação das normas pelo magistrado, na visão clássica, pressupõe um legislador racional, a tomar decisões ‘ótimas’.

A princípio, assume-se que o legislador é um agente racional, com informação completa dos fatos, circunstâncias e consequências de cada alternativa e valores e preferências envoltas na tomada de decisão. Presume-se, ainda, que possuem tempo, habilidades e recursos para tomarem suas decisões de forma racional e ‘ótima’ (WINTGENS, 2013, p. 14-15).

Ocorre que a realidade é outra. A racionalidade dos tomadores de decisão deve ser considerada limitada, justamente por não deterem tempo suficiente, as habilidades necessárias e recursos ilimitados, o que leva a uma incompleta compreensão sobre o todo.

Sendo o legislador um agente legal de racionalidade limitada, a sua tomada de decisão nem sempre é ‘ótima’ ou adequada (na melhor das hipóteses, satisfatória), em que ‘soluções ótimas’ não fazem parte do mundo real (WINTGENS, 2013, p. 15).

Desta forma, o legislador limitado racionalmente há de ser caracterizado “como um agente empoderado pela Constituição para editar leis, mas com tempo, habilidades e recursos limitados para fazê-lo” (WINTGENS, 2013, p. 16).¹²

Toda essa compreensão de limitação atrela ainda mais imprescindibilidade e dimensão ao processo de legislação em si, uma vez que os legisladores agem em um contexto contingente e complexo, cuja racionalidade depende de ‘como’ é feita e como o autor (legislador) lida com a complexidade do contexto (WINTGENS, 2013, p. 18).

Afinal, “leis racionais ao final são o produto de um complexo processo intelectual que utiliza ferramentas para buscar e analisar informações dentro de certos limites (por exemplo, tempo) e para tomar decisões a partir dessa avaliação” (POPELIER; VERLINDEN, 2009, p. 16).¹³

¹² Tradução livre. No original: “[...] as an agent empowered by the Constitution to make law, yet with limited time, skills, and resources for doing so.”

¹³ Tradução livre. No original: “So rational laws in the end are the product of a complex intellectual process which makes use of tools to seek and analyse information within certain boundaries (for example time pressure) and to draw decisions from this assessment.”

Em suma: a preocupação deve se dar mais sobre o processo de legislação, do que propriamente sobre o produto, norma em concreto, inclusive em relação aos efeitos¹⁴, para além da promulgação da norma, especialmente se pensarmos nas normas que ainda estão constitucionais mas em vias de se tornarem inconstitucionais pelas mudanças fáticas, jurídicas e sociais.

Alguns são os elementos favoráveis às legislaturas¹⁵ (Legislativo) em detrimento das decisões judiciais (Judiciário). Antes de apresentá-los, importante destacar que não se desconhece as críticas sobre o assunto¹⁶, mas, nas linhas de Waldron (2003; 2016) e Wintgens (2013), propõe-se uma outra visão sobre as (des)vantagens ao exercício das funções estatais pelos respectivos poderes.

O primeiro ponto a ser destacado quando se fala em proeminência legislativa é justamente sobre a ideia geral de democracia. Ora, em regra, os membros do Legislativo são eleitos por meio de partidos políticos ou candidaturas avulsas, com escrutínio direto, periódico, isonômico, cujas eleições tendem a apresentar um espectro mais amplo dos grupos sociais, circunstâncias estas que legitimam, supostamente, a atuação dos representantes eleitos.

Noutra via, não são desconhecidas as falhas em atribuir tão somente à existência de eleições o respeito ao princípio democrático, em que possa haver vícios, com vários exemplos espalhados pelo mundo. Ou seja, não é a mera realização de eleições que dirá sobre a (in)existência de democracia.

¹⁴ WINTGENS (2013) nos leva a refletir sobre os estágios pré (prognóstico das circunstâncias) e pós-legislativo (após a promulgação da norma), a corroborar o argumento de atenção exacerbada ao processo em si, e não somente ao seu produto. Também, a avaliação da legislação deve ser considerada como parte de um processo racional.

¹⁵ “Legislatura é um local para fazer leis, e porque a lei é um assunto sério que afeta a liberdade e interesses de todos os membros da comunidades, legislar é uma atividade que devemos levar a sério” (WALDRON, 2016, p. 145) (tradução livre). No original: “A legislature is a place for making law, and because law is a serious matter affecting the freedom and interests of all the members of the community, legislating is an activity we ought to take seriously.”

¹⁶ Vide aquelas proferidas por Luís Roberto Barroso, quando da defesa ao contramajoritarismo do Judiciário, e à sua visão sobre a vanguarda iluminista. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 3 de julho de 2019.

Em alguma medida, a maior defesa das atividades legislativas se dá no campo da transparência, concebida já quando da distribuição de competência e funções, havendo consciência quanto a tomada de decisão legislativa nos corredores e ambientes outros que não o Plenário.

As casas legislativas são notoriamente conhecidas para a criação/alteração de leis, cuja decisão se dá através de um processo público específico, previamente delineado por dispositivos constitucionais. Ou seja, o Legislativo, através de seus membros, é claramente percebido, e identificado, como o *locus* para a realização da função típica de legislar.

A situação acima descrita¹⁷ não está presente nas Cortes (Judiciário de forma ampla), uma vez que a estas caberia, precipuamente, a interpretação e aplicação da lei, não a sua elaboração. É de se criticar¹⁸, inclusive, iniciativas que atribuem função legislativa aos magistrados, como a Emenda à Constituição nº 45/2004, a tratar, dentre outros assuntos, sobre a edição de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se do próprio processo de “fazer leis” pelos juízes, uma vez que não estão submetidos a um satisfatório (e desejado) grau de deliberação, debates, emendas, discursos, e todos os outros elementos presentes no Legislativo, estando aqueles, portanto, livres de qualquer controle ou responsabilidade decisória.

A atividade legislativa realizada pelo Judiciário é oblíqua, em que os juízes legislam, julgando, ao passo que legisladores exercem a criação legislativa de forma direta e específica, cujas atribuições estão previstas na própria Constituição (WALDRON, 2016), dentre outros atos normativos.

Portanto, o processo de fazer/alterar a lei deve ser explícito e público, em que equivocadamente se convencionou aceitar que juízes criem leis a partir de

¹⁷ “Obviamente, não pode se negar que juízes são legisladores. Cortes fazem e mudam leis a todo tempo. Mas elas não o fazem com transparência. E transparência é a primeira virtude do que chamo de instituições legislativas” (WALDRON, 2016, p. 127) (tradução livre). No original: “Of course it cannot be denied that judges *are* lawmakers. Courts make and change the law all the time. But they do not do so transparently. And transparency is the first virtue of what I am calling legislative institutions.”

¹⁸ Salvo algumas raras exceções, como acerca do Regimento Interno (art. 96, I, *a*, Constituição Federal).

atividade interpretativa, portanto não atendendo às premissas elementares acima elencadas.

Ainda, em regra, as decisões judiciais são solitárias, individuais, advindas de um esforço singular do magistrado, a partir de um processo específico, em que se presume¹⁹ a inserção de todos os elementos necessários à tomada de decisão. Também em órgãos colegiados, como os Tribunais de Justiça, tende a prevalecer o voto do relator, em que os demais membros tão somente aderem à sua posição, sem a devida deliberação acerca do caso concreto.

É de se considerar a presença de elementos extrínsecos ao processo, a prejudicar ainda mais a tomada de decisão, cujo exemplo mais evidente é a existência de vieses²⁰ nos decisores, a influenciar sobremaneira o desenvolvimento e resultado dos procedimentos.

Noutra perspectiva, os parlamentos são corpos mais extensos e polifônicos, ou seja, membros pertencentes aos mais diversos tipos de grupos sociais, com representação plúrima, fato este que leva a uma maior polifonia, com inserção de mais argumentos, opiniões, visões, a enriquecer a deliberação e, conseqüentemente, a tomada de decisão.

Além da extensão, destaca-se a representatividade dos corpos judiciais e legislativos. Parece-nos que o Legislativo traz consigo um mais amplo grau de setores da população do que em comparação ao Judiciário²¹, também por este ser não eleito.

Importante que a diversidade na composição/representação tenha como consequência a heterogeneidade nas opiniões e tomada de decisão, inclusive com respeito mútuo ao desacordo, dentro da ideia de deliberação e produção de

¹⁹ Não se pode ter essa presunção como absoluta, uma vez que nem sempre processos respeitam em integralidade a ampla defesa, contraditório e demais princípios constitucionais e legais, a fim de obtenção de uma melhor provisão judicial.

²⁰ Para uma primeira referência, mas não única, NUNES, LUD e PEDRON (2018) desenvolvem o tema dos vieses nos processos judiciais, apresentando elementos técnicos a corroborar o aqui exposto.

²¹ Imprescindível a referência a trabalhos científicos que visam demonstrar ser o Judiciário uma continuidade de famílias, dentre eles: “A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil” (ALMEIDA, 2010) e “Política, Direito, Judiciário e Tradição Familiar” (OLIVEIRA, 2015).

argumentos através de comissões parlamentares, debates, discursos, emendas aos projetos legislativos, a aprimorar, sempre, a racionalidade decisória.

3.1 (Re)considerar o Judiciário

O Poder Judiciário detém consigo, historicamente, uma perspectiva contramajoritária, ou seja, não necessariamente deve atender²² aos anseios populares, além de possuir, dentre suas várias atribuições, a possibilidade de sobreposição decisória em relação aos poderes representativos, Executivo e Legislativo, especialmente por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Acerca desta atuação específica, de declarar atos normativos do Legislativo e/ou Executivo inconstitucionais, adota-se uma postura de aceitação ao conteúdo decisório, uma vez que a tomada de decisão adviria de um órgão teoricamente mais técnico e capaz de dizer o “sentido da Constituição”²³.

Ocorre que, em dadas circunstâncias, quando se coloca em jogo direitos individuais²⁴ face às maiorias tirânicas, más decisões judiciais são aceitas²⁵, ainda que a revisão judicial seja em alguma medida inapropriada como tomada de decisão final, de forma que a (não) aceitação à atividade jurisdicional tende a ser casuística, a depender sobre o quê se decide (WALDRON, 2016, p. 196).

²² Neste ponto, sobressai a crítica à tentativa do Judiciário em legitimar suas ações por meio de maior aproximação com a população, em que cita-se como exemplo as sessões do Plenário do STF serem transmitidas pela Tv Justiça, e vez ou outra por outros canais de comunicação. Exemplo é a preocupação do Ministro Barroso em o STF perder a sua legitimidade em caso de revisitação da possibilidade de prisão após 2º grau. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/barroso-preve-crise-se-supremo-revisar-prisao-apos-2o-grau/>. Acesso em 2 de abril de 2019.

²³ Conrado Hübner Mendes é um dos maiores críticos no Brasil sobre a última palavra acerca do conteúdo da Constituição pertencer ao Judiciário. Dentre outros textos, MENDES (2008).

²⁴ “O argumento para dar autoridade final para julgar é que os simpatizantes da elite no judiciário são mais capazes do que os simpatizantes da elite em uma legislatura eleita de se proteger quando eles concedem direitos aos membros de uma minoria impopular” (WALDRON, 2016, p. 243).

²⁵ Exemplo do exposto é a criminalização da homotransfobia. Ressalta-se que este trabalho não tem por objetivo tecer considerações sobre o conteúdo da decisão, mas apenas ao fato de o Supremo ter optado por criar tipo penal a partir de decisão judicial. Sobre o assunto, Rafael Giorgio Dalla Barba em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>.

Neste ponto, pertinentes os apontamentos quanto aos efeitos que a decisão judicial possa vir a ter, e as consequências sobre a validade da norma, dentro de uma clara distinção entre formas de revisão. Na revisão judicial fraca, deve haver uma mera declaração de incompatibilidade²⁶ pelo Judiciário, que por sua vez pode ser utilizada como forma de provocar o procedimento legislativo. Já na revisão forte, declina o Judiciário de aplicar algum estatuto específico, declarando-o inconstitucional, ou ainda modificam-se os seus efeitos (WALDRON, 2016).

Na discussão sobre a relação entre os poderes, e ao se analisar o exercício das funções judiciais, através da tomada de decisão, pode o magistrado adotar duas posturas distintas.

3.1.1 Postura ativista

A primeira forma de decidir possui cunho ativista, em que realmente prevalece a posição do Judiciário, sobrepondo-se as deliberações legislativas, ao que acima se conceituou como revisão judicial forte.

Exemplifica-se esta primeira postura com o que se convencionou chamar de abstrativização do controle difuso, cuja ideia central é a mitigação dos efeitos do artigo 52, X²⁷ da Constituição Federal, passando-se a aceitar a decisão final pelo Supremo, com mera publicação do ato pelo Senado Federal, em claro confronto ao texto constitucional.

Sobre este assunto, houve a Consulta nº 2/2004 da Presidência do Senado à respectiva Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), cujo relator era o então Senador Demóstenes Torres.

A CCJ, em 2010, pronunciou-se, através da aprovação do Relatório, pela facultatividade conferida ao Senado em suspender a lei, uma vez que atribuição facultativa, política e irreversível.

²⁶ Importante que se faça menção ao mecanismo de “apelo ao legislador”, exposto, dentre outros autores, por Continentino (2010), a tratar de um “processo de transição de inconstitucionalidade”.

²⁷ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Decidiu-se por aprovar o Relatório (TORRES, 2010), nos seguintes termos:

a) pela reiteração da facultatividade da ação suspensiva do Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe chega pelo art. 52, X, da Constituição Federal, a denotar um juízo eminentemente político desta Casa Legislativa, a ser firmado a partir de premissas como: a) a maioria reunida no Egrégio Supremo Tribunal Federal em torno da tese vencedora; b) a conveniência política, institucional e federativa da ação suspensiva; c) a necessidade (jurídica, social e política) do exercício dessa atribuição constitucional; d) a tempestividade dessa ação; e e) o balizamento dos efeitos políticos decorrentes da suspensão da lei; [...].

A nosso ver, ficou claro no Relatório, com posterior aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, a relevância da manifestação do Senado, a fim de suspender a execução de lei. Noutro sentido esteve o STF, no julgamento das ADI's nº 3406 e 3470, a demonstrar claramente a postura ativista.

Já havia um movimento do próprio Supremo Tribunal Federal em reconhecer e adotar a abstrativização do controle difuso, capitaneado principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes²⁸, em que, com o passar dos anos, e própria modificação do sistema jurídico brasileiro, decidiu-se por tangenciar a questão, ao se fazer constar em legislação infraconstitucional (CPC/2015), para, posteriormente, encerrar os debates no julgamento das ADI's 3406 e 3470²⁹, para se decidir que a inconstitucionalidade incidental tem efeito vinculante e *erga omnes*.

Ponto relevante, a merecer ao menos uma reflexão, é a utilização, quando da construção decisória dos Ministros nas supracitadas ADI's, dos artigos 535, §5º³⁰ e 949, do Código de Processo Civil (CPC), especificamente no que se refere à equalização dos efeitos em sede de controle incidental e abstrato.

²⁸ Reclamação 4.335/AC.

²⁹ Publicação em 1º de fevereiro de 2019.

³⁰ “§5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexistente a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, **em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso**” (grifo próprio).

O Código de Processo Civil, ao fazer constar em seu conteúdo sobre a equiparação dos efeitos em controle difuso e concentrado, relegando ao artigo 52, X, da Constituição Federal, papel secundário, expõe claramente o elemento ideológico³¹ e da filosofia por detrás dos seus dispositivos: privilegiar a palavra final dada pelo Judiciário, ao invés de respeitar o papel do Senado Federal de suspender lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O que se pretende demonstrar é que o próprio legislador, na elaboração do CPC, considerou ser possível equiparar os efeitos de decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade e abstrato, a ratificar a irrelevância em sua distinção, inclusive como forma de privilegiar o sistema de precedentes, gradativamente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se de escolha do legislador (ato de vontade) em preterir o Senado diante do Supremo Tribunal, apenas a corroborar o movimento aparentemente irreversível de fortalecimento e sobreposição do Judiciário quando da interpretação e aplicação das normas, o que por muitas vezes gera a insatisfação dos próprios congressistas³².

Além de todos estes elementos, de especial relevância a discussão sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade preventivo, ou seja, em momento anterior à promulgação do projeto pelo Poder Legislativo³³

3.1.2 Autocontenção

Uma outra possível postura a ser adotada pelos magistrados, quando da tomada de decisão, tem caráter auto-contido, com deferência ao que decidido

³¹ TARELLO (2008, p. 8) faz uso do termo ideologia de forma amplificada, “num sentido muito largo, para indicar filosofias, teorias, complexos doutrinários, considerados na sua função de instrumentos de políticas culturais de maneira geral e de políticas do direito especificamente”.

³² Para uma construção teórica mais profunda, inclusive com posicionamentos de parlamentares, ASSIS SOARES (2015).

³³ Este assunto fora devidamente tratado em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-judiciario-e-o-unico-guardiao-da-constituicao-04052019>; (SOARES; ASSIS SOARES; MAGALHÃES; LEITE, 2019).

pelos parlamentares, com aproximação ao que se mencionou acima sobre a revisão judicial fraca.

Exemplo se dá no discurso de posse do Ministro Ricardo Lewandowski (2014) como Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o qual:

Propomo-nos, ademais, a respeitar e fazer respeitar a independência e harmonia entre os Poderes, estimulando nos juízes a adoção da salutar atitude de self restraint, de autocontenção, praticada pelas cortes constitucionais dos países democráticos. **Com isso queremos dizer que o Judiciário só deve atuar, para suprir eventual lacuna normativa ou inércia administrativa, em caráter excepcional e provisório**, e apenas quando a decisão pretoriana se mostrar necessária e inadiável, permitindo, como regra, que o Legislativo ou o Executivo – representantes diretos da soberania popular – possam concluir as suas deliberações no tempo que considerem politicamente mais adequado para o País (**grifo próprio**).

Neste mesmo sentido, Dias Toffoli³⁴, ao discursar sobre enxugar a Constituição e desburocratizar o país, a fim de se promover o desenvolvimento. Na opinião do Ministro, o Brasil precisa “se destravar”, e o caminho para isso é reduzir a burocracia³⁵.

Ainda, WALDRON (2016) propõe como saída às superações legislativas pelo Judiciário, a existência de um processo decisório legítimo, com razões relevantes ao seu desenho (estrutura), sendo essas relacionadas à legitimidade (justeza; voz; participação *etc*).

De certa forma, os resultados são importantes, mas algumas razões estarão relacionadas ao desenho procedimental, como forma de resolver a discordância sobre direitos. Então, as razões relacionadas ao resultado são importantes, mas

³⁴ “O Legislativo legisla para o futuro, o Executivo para o presente, e o Judiciário o passado. Se tudo vai parar no Judiciário, é porque as outras instâncias falharam. Não pode tudo parar no Judiciário”. Palestra concedida por Toffoli à Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://br18.com.br/toffoli-nao-pode-tudo-parar-no-judiciario/>. Acesso em 5 de julho de 2019.

³⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/constituicao-texto-defende-ministro-dias-toffoli>; Acesso em 5 de julho de 2019.

inconclusivas (WALDRON, 2016), já que ainda que não se concorde sobre as específicas tomadas de decisão, deve-se ter a certeza de um processo justo, transparente e público.

E é justamente sobre os elementos do processo legislativo, e racionalidade envolvida, que se foca a partir deste momento

4 AVALIAR: POR UMA MAIOR RACIONALIDADE LEGISLATIVA

A primeira consideração acerca da racionalidade legislativa deve se dar no plano da codificação³⁶, enquanto superação à desorganização dos sistemas jurídicos pré-século XIX.

Em uma concepção moderna, códigos representam a sistematização (e simplificação) dos dispositivos legais de um país acerca de ramo específico do direito. TARELLO (2008, p. 7) define código como

“um livro de regras jurídicas organizado segundo um sistema (uma ordem) e caracterizado pela unidade de matéria, vigente para toda uma extensão geográfica da área de unidade política (para todo o Estado), voltado para todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal, pela vontade dessa autoridade e por ela publicado, ab-rogante de todo o direito precedente na matéria disciplinada por ele e por isso não integrável com materiais jurídicos pré-vigentes, e destinado a longa duração”.

A definição acima contrapõe-se à compreensão sobre os antigos códigos que eram tão somente a junção de leis, ainda que uma sucessão de tópicos diferentes. Então, a visão moderna refere-se essencialmente a códigos especializados, elaborados de forma ‘racional’ e sistemática (HALPÉRIN, 2017).

Quando se pensa na relação (*linkagem*) entre os Códigos de diversos países, algumas são as ideias facilitadoras de tamanha circulação: o imperialismo

³⁶ Sobre o assunto, TARELLO (2008, p. 8) expõe uma ideologia por detrás das codificações, ou melhor, uma “confluência de diversos e disparatados complexos de ideologias (...)”, em que ideologia é entendida “num sentido muito largo, para indicar filosofias, teorias, complexos doutrinários, considerados na sua função de instrumentos de políticas culturais de maneira geral e de políticas do direito especificamente”.

(ex. guerras napoleônicas na Europa), ou o próprio colonialismo (daí a influência significativa da legislação portuguesa em solo brasileiro), bem como o prestígio das codificações francesas (conjuntamente com difusão e tradução da literatura francesa comentadora dos códigos (HALPÉRIN, 2017).

Outro aspecto relevante no estudo das codificações, e sua sucessão, é justamente a relação entre os códigos e as constituições. O primeiro ponto é que, em regra, constituições foram editadas previamente aos códigos. Uma segunda análise se dá no tocante a algumas constituições terem previsto expressamente acerca da codificação de ramos do direito (a Constituição brasileira de 1824 fez constar sobre os códigos civil e penal). Por fim, há conexão entre dispositivos constitucionais e legais no tocante a determinados temas.

Ainda, para uma pretensa solução de todo o problema acima exposto, imprescindível que compreendamos as etapas do processo legislativo, inclusive a avaliação legislativa, como parte de um processo racional de legislação.

“A idéia de racionalidade absoluta, levando a decisões baseadas na verdade, é substituída pela idéia de racionalismo: um processo contínuo de racionalização, levando a decisões que são justificáveis com base nas informações e no contexto atuais e adaptáveis às mudanças nas idéias e no ambiente” (POPELIER; VERLINDEN, 2009, p. 17)³⁷

Uma das primeiras ideias ao se falar em ordenamento jurídico se dá justamente com a necessidade, e busca, de um sistema coerente, coeso, cuja segurança jurídica esteja amparada nos atos normativos de uma forma geral, com a devida compreensão sobre eles, certeza do conteúdo normativo, da cadeia de fontes, eventuais revogações, etc.

Tem-se que a referida certeza sobre o ordenamento jurídico, dentro de um contexto de resolução e redução de antinomias, contribui sobremaneira para a estabilidade das próprias instituições, a partir do conhecimento, entendimento e internalização da legislação vigente.

³⁷ Tradução livre. No original: “Thus the idea of absolute rationality, leading to decisions based on truth, is replaced by the idea of rationalism: an ongoing process of *rationalization*, leading to decisions which are justifiable on the basis of present information and context and adaptable to changes in insights and environment.”

Desta forma, a elaboração legislativa (a diferir da mera redação), percorre o planejamento, simplificação, consolidação e articulação das fontes normativas, e deve estar amparada em fases, etapas, na busca de uma maior racionalidade.

Neste sentido, a Legística, enquanto método, tem um contributo grandioso para as escolhas e avaliações legislativas. Ao tratar do procedimento metódico para legislar, DELLEY (2004, p. 102) apresenta como fases (em um processo interativo), consideradas em conjunto, as seguintes:

1. definição do problema;
2. determinação dos objetivos;
3. estabelecimento de cenários alternativos;
4. escolha das soluções;
5. avaliação prospectiva;
6. execução, e
7. avaliação retrospectiva.

Em essência, busca-se racionalizar o processo a fim de solucionar tensões vividas e inseridas no seio da sociedade, justamente para se afastar a ideia de legislar por legislar, sem qualquer conexão com o mundo real, ou seja, pretende-se um processo legislativo consubstanciado em evidências concretas.

De uma forma geral, inicia-se com a definição do problema, a partir da contextualização dos fatos, em que cabe ao Direito acompanhar as mudanças sociais. Requer-se uma avaliação racional, prévia, adequada, para evitar os chamados “impulsos legislativos” pelos quais, por vezes, são acometidos nossos legisladores. Em suma, averigua-se a real necessidade em legislar.

Posteriormente, determinam-se os fins e objetivos da atividade legislativa, inclusive com a pormenorização de todos os fatores intrínsecos àquela questão específica, para haver uma devida justificação das escolhas a serem tomadas.

Por último, tem-se a avaliação prospectiva, a analisar os efeitos potenciais, para otimizar a legislação e verificar a adequação e efetividade daquela escolha em legislar prévia. Portanto, o planejamento legislativo percorre as fases supramencionadas para facilitar, sanear e permitir o acesso ao ordenamento jurídico vigente, permitindo requisitos mínimos de controle e transparência no processo decisório.

A avaliação legislativa, prospectiva ou retrospectiva, a descrever e explicar os efeitos, deve ser parte e parcela da legislação como processo racional (WINTGENS, 2013, p. 26).

Quanto à avaliação legislativa prospectiva, a ideia é que se proporcione transparência sobre o processo de tomada de decisão, ora necessária para informar os cidadãos e criar legitimidade democrática (POPELIER; VERLINDEN, 2009, p. 22).

Então, serve³⁸ à racionalidade do processo legislativo uma vez que se trata de auxílio à tomada de decisão, e não propriamente substituição ao juízo político de determinada questão, em que o procedimento configura-se a partir de uma série de etapas analíticas: identificação do problema, definição dos objetivos, desenvolvimento das principais opções, análise de impacto, comparação das opções a partir de seus impactos e um esboço para monitoramento e avaliação das políticas (MEUWESE, 2008, p. 3). Para tanto, deve haver

“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 (DELLEY; FLUCKIGER, 2007, p. 37)”.

Resgata-se a noção de que a racionalidade pretendida inclui participação, transparência e avaliação, em que ao menos se força o decisor a explicitar os seus motivos por detrás de suas decisões. Importante salientar que a avaliação não leva a decisões despolitizadas, mas possibilita a explicação, e controle, dos atos daquele que tomou a decisão (POPELIER; VERLINDEN, 2009, pp. 36-37).

³⁸ “A avaliação de impacto deve ser conduzida no início do processo político, antes que a proposta seja publicada ou mesmo preparada” (MEUWESE, 2008, p. 3) (tradução livre). No original: “Impact assessment should be conducted early on in the policy process, before the proposal is published or even prepared.”



Adaptação ao Gráfico 1 – PDCA-Cycle (POPELIER; VERLINDEN, 2009, p. 25)

Portanto, para além da busca pela imparcialidade subjetiva do agente público (a visar em larga medida o interesse coletivo), atinge-se a imparcialidade objetiva, cuja essência é a aparência e transparência decisória enquanto legitimadoras do ato.

Neste sentido, traz-se à lume o Ciclo PDCA: Plan – Do – Check – Act.

O sentido do gráfico acima é expor as quatro etapas básicas em projetar novos processos e tomar decisões (POPELIER; VERLINDEN, 2009, p. 26):

1. planejar: estabelecer os objetivos e processos necessários para se alcançar os resultados;
2. agir: implementar os processos;
3. checar: monitorar e avaliar os novos processos à luz dos objetivos e resultados;
4. agir: revisar todos as etapas e modificar o processo a fim de melhorá-lo antes da nova implementação.

Ao se considerar o processo legislativo também como um ciclo, uma vez que em constante transformação, diante de inúmeras modificações sociais, imprescindível que haja uma metodologia específica, para sistematização e racionalização.

No tocante à realidade brasileira, e à luz de exemplificação de todo o exposto, traz-se o Decreto 9.191/2017 que “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”.

Tal Decreto visa regulamentar a quase totalidade dos requisitos trazidos ao longo deste trabalho, e que devem estar presentes no processo legislativo,

para racionalizar a tomada de decisão, ora amparada em elementos formais e materiais válidos.

Já em seu artigo 5º, prevê-se que o ato normativo deverá conter, dentre outros elementos, o seu fundamento de validade, em que se requer, portanto, a justificação para a atividade legislativa. Refuta-se o já mencionado impulso legislativo.

CAPÍTULO III ELABORAÇÃO, REDAÇÃO, ARTICULAÇÃO E ALTERAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS

Estrutura dos atos normativos

Art. 5º O ato normativo será estruturado em três partes básicas:

I – parte preliminar, com:

- a) a ementa; e
- b) o preâmbulo, com:
 1. a autoria;
 2. o fundamento de validade; e
 3. quando couber, a ordem de execução, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação da norma;

II – parte normativa, que conterá as normas que regulam o objeto; e

III – parte final, com:

- a) as disposições sobre medidas necessárias à implementação das normas constantes da parte normativa;
- b) as disposições transitórias;
- c) a cláusula de revogação, quando couber; e
- d) a cláusula de vigência.

Ainda, delimita-se um rol de obrigatoriedades a constar nas propostas de atos normativos, em que se aproxima veementemente com as premissas básicas da Legística formal e material.

Outro exemplo extraído do ordenamento jurídico brasileiro se dá com a Medida Provisória 881/2019 (MP da Liberdade Econômica), convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Em seu artigo 5º, dispõe sobre a necessidade de análise de impacto regulatório quando das proposições legislativas atinentes ao assunto nela discutido.

Abaixo, transcreve-se o *caput* e parágrafo pela sua relevância para as discussões sobre análise de impacto legislativo, não devidamente incorporadas na

sociedade brasileira, ainda que se critique efusivamente o texto legal por se referir tão somente ao impacto econômico, existindo, por certo, diversos outros elementos a estarem presentes nas proposições legislativas, dentre eles, a pormenorização das populações afetadas.

CAPÍTULO IV DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

O que se constata é uma tentativa, ainda insuficiente, em caminhar no sentido proposto neste trabalho, de racionalização da atividade normativa pelos agentes públicos brasileiros.

Em síntese de todo o exposto, o processo decisório legislativo deveria estar (ser) racionalizado com a incorporação de elementos e evidências que legitimem a tomada de decisão, ou seja, dados, pesquisas, informações que justifiquem o ato de legislar, bem como com a possibilidade de participação dos mais diversos grupos sociais, com abertura às ‘vozes da sociedade’³⁹, a legitimar o processo.

Então, ao falarmos em racionalidade de legisladores e magistrados, apresenta-se a seguinte reflexão: é possível que o Judiciário efetue controle de constitucionalidade, com a revisão/anulação de atos normativos do Executivo e Legislativo cujas (não) justificativas estejam amparadas em falsas premissas?

Noutro sentido, não cumpridos os devidos parâmetros, estaria legalmente permitida a intervenção judicial para revisar/anular os atos, já que as decisões estariam eivadas de nulidades.

³⁹ Crítica implícita aos magistrados que entendem ser sua função ouvir a ‘voz das ruas’, ou atender ao ‘sentimento da sociedade’.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, debate(u)-se sobre o processo legislativo ser uma das possíveis causas da desarmonia entre poderes, a partir do momento em que os legisladores, supostamente, não legislam corretamente, criando lacunas e espaços para que o Judiciário atue.

Trouxe-se à tona reflexões sobre a necessidade de racionalizar o processo decisório legislativo a partir de premissas e evidências conexas com os fatos ocorridos na sociedade, também como forma de revalorização do Legislativo, inserto em um contexto de latente supremacia judicial.

A ideia por detrás dos argumentos foi justamente propor um redirecionamento nos estudos jurídicos, tendentes a tomar como cerne analítico o papel decisório dos magistrados, relegando-se ao Legislativo funções não condizentes com a sua importância e relevância nos jogos de poder.

Não se pretende retirar do ato de legislar a sua essência discricionária, justamente por se tratar de decisão política. O que se pretende é um processo de desenviesamento dos legisladores, no sentido de que as decisões passem a estar amparadas em informações, elementos, pesquisas, para legitimar as respectivas decisões.

Assim, questiona-se se a qualidade legislativa, a partir de premissas teóricas e metodológicas da legística, teria algo a contribuir para uma maior legitimação às decisões do Poder Legislativo, a reduzir portanto o espaço de atuação do Judiciário, em que o processo legislativo deixaria de ser local de tensão, passando a servir como instrumento democrático, com maior inserção de discussão e deliberação no processo decisório nacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

ASSIS SOARES, Hugo Henry M.. **Relação entre a judicialização da política e a proposta de emenda à constituição n. 33/2011**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Goiás, 2015.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Legislativo está mesmo em mora em relação à criminalização da homofobia? **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>. Publicado em 15 de junho de 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, pp. 2171-2228, 2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Apelação ao legislador como técnica de decisão de inconstitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal. In: **A jurisprudência do STF nos 20 anos de Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, 2004.

———. FLUCKIGER, Alexandre. A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística. **Caderno da Escola Legislativa**. Belo Horizonte, v. 9, n. 14, pp. 35-58. jan-dez., 2007.

FGV. **Relatório ICJBrasil**. 1º semestre. São Paulo: FGV Direito/SP, 2017.

HALPÉRIN, Jean Louis. Mapeando a história da codificação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 112. pp. 485-508, 2017.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, pp. 139-178, 2009.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse como Presidente do STF**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>; Acesso em 5 de julho de 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da FFLCH-USP, 2008.

MEUWESE, Anne. **Impact assessment in EU lawmaking**. Holanda: Wolters Kluwer, 2008.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Editora Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Política, direito, judiciário e tradição familiar. In: **Estado, classe dominante e parentesco no Paraná**. Org.: OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Curitiba: Nova Letra, 2015.

PEPELIER, Patricia; VERLINDEN, Victoria. The context of the rise of *ex ante* evaluation. IN: **The impact of legislation: a critical analysis of ex ante evaluation**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

SOARES, Fabiana de Menezes. Painel 2: Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. IN: **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte, pp. 55-69, 2007a.

———. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 50, pp. 124-142, *jan. – jul.*, 2007b.

———. ASSIS SOARES, Hugo Henry M.; MAGALHÃES, Paula Gomes de; LEITE, Marcus Vinícius F. T.. O judiciário é o único guardião da constituição? **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-judiciario-e-o-unico-guardiao-da-constituicao-04052019>. Publicado em 4 de maio de 2019.

TARELLO, Giovanni. Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos. **Meritum**. v. 3, n. 2., pp. 05-31, julho/dezembro, 2008.

TORRES, Demóstenes. Relatório legislativo elaborado na Consulta nº 02/2004. **Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal**, 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/69399>; Acesso em 15 de junho de 2019.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

———. **Political political theory**: essays on institutions. Londres: Harvard University Press, 2016.

WINTGENS, Luc J. The rational legislator revisited. Bounded rationality and jurisprudence. IN: **The rationality and justification of legislation**: essays in jurisprudence. Suíça: Springer, 2013.

ZAK, Paul J.. The neurobiology of trust. **Scientific American**, jun., 2008.

ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO: conteúdo e desafios metodológicos

Paula Carolina de Oliveira Azevedo da Mata¹
Renê Morais da Costa Braga²

1 INTRODUÇÃO

A importância de um planejamento para a produção normativa é algo cada vez mais evidente. Já no final do século XVIII, quando Gaetano Filangieri – influenciado pelo Iluminismo – denunciou o que chamava de caos da legislação em toda a Europa, motivado por uma quantidade excessiva de leis, grande parte anacrônica, inadequada e obscura, conforme Soares (2013, p. 160).

Nesse período histórico já se sustentava a necessidade de criação da figura denominada “censor da lei”, o qual seria “encarregado de remediar a multiplicidade de leis e de adaptá-las às mudanças” (SOARES, 2013, p. 161).

Essa proposta demonstrava uma preocupação com o fato de que a atividade legislativa deve ser fundamentada e deve estar de acordo com os efeitos pretendidos, ou seja, os atos normativos não podem ser considerados imposições políticas simbólicas, mas uma atividade com finalidade.

Sob a égide dos Estados Constitucionais, a ideia de “ordenamento” entra em declínio e a lei assume o papel de representação normativa, muitas vezes

¹ Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela PUC-MG. Advogada e Professora.

² Doutorando e mestre em Direito pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFOP. Advogado e Professor.

contraditória e conflituosa, da vontade política de grupos organizados (ZAGREBELSKY, 2005).

Nesse contexto o desafio de controlar os impactos da atividade legislativa se mostra ainda maior, demandando uma estrutura de governança normativa muito estruturada e baseada em metodologia confiável. Assumindo-se a premissa de que a normatividade estatal por vezes será a representação de interesses organizados, é preciso que o processo legislativo seja organizado de forma a tornar os motivos que pautam as escolhas dos atores políticos compreensíveis e transparentes.

Ademais, mesmo considerando que as intenções do legislador sejam adequadas, a atividade legislativa deve ter uma preocupação consequencialista. As iniciativas regulatórias afetam um grande conjunto de pessoas, é preciso que haja instrumentos que levem em conta os interesses dos destinatários dessas normas e que abram o processo de produção normativa às contribuições da sociedade.

Uma das ferramentas que pode desempenhar esse papel dentro do contexto plural de um Estado Democrático de Direito é a Análise de Impacto Regulatório (AIR), que será objeto do presente capítulo.

Para tanto, primeiramente serão apresentadas considerações sobre o objeto da análise de impacto regulatório, isso é, do que trata o instrumento? Em seguida, serão analisadas duas formas distintas (e não excludentes) de aplicação da AIR, a análise prospectiva e a análise retrospectiva. Também serão objeto de análise a definição de responsáveis pela aplicação da AIR e o conteúdo que deve estar contido em uma AIR realizada com metodologia adequada.

Feitas essas análises, passa-se à análise da AIR aplicada atualmente no Brasil e os desafios metodológicos que devem ser superados para que esse instrumento seja corretamente utilizado na democracia brasileira.

2 OBJETO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Ao dispor sobre avaliação legislativa, Caupers (2003, p. 51) diferencia *efeito* do *impacto* da lei, de modo que o primeiro abrange somente as consequências pretendidas pelo legislador e o segundo retrata todas as consequências da lei –

relação de espécie e gênero, respectivamente. Assim, tem-se que uma lei pode ter tido impacto positivo, mas não ter produzido os efeitos pretendidos.

Essa reflexão é importante para o tema em análise uma vez que, da mesma forma proposta acima, mesmo que uma norma atinja seu efeito pretendido, sua elaboração pode ter um impacto extremamente negativo que ultrapassa em muito os efeitos positivos. A análise de impacto regulatório volta-se para essas situações, visando evitar ou mitigar impactos previsíveis.

O ponto de partida da análise de impacto legislativo é a realidade social, como todos os fenômenos que a compõe. Evidente que a realidade é muito mais complexa do que pode-se prever, o que leva a análise de impacto regulatório para longe do domínio da certeza, das provas absolutas e irrefutáveis, estando mais afeita a noções de probabilidade e da plausibilidade. (MADER, 1991, p. 42).

É interessante destacar essa complexidade das relações de causalidade, uma vez que elas visam evitar qualquer expectativa exagerada quanto ao resultado da avaliação. Por outro lado, essa probabilidade com relação aos resultados não pode ser motivo que comprometa a validade do procedimento, ou seja, o responsável deve valer-se das melhores estratégias para reduzir, ao máximo, as incertezas.

As consequências da lei situam-se no domínio da probabilidade ou da plausibilidade, não da certeza matemática – até porque são comportamentos humanos que são avaliados. Há uma relação de causalidade que supõe determinar que certo fato se verificou porque *provavelmente* ocorreu outro fato, o que torna complexa sua utilização no âmbito das ciências sociais.

Assim, assume importância central o *caráter metódico da avaliação*, o qual determina que “uma apreciação puramente intuitiva e impressionista dos efeitos” não seja considerada uma avaliação (MADER, 1991, p. 43). E pode-se considerar que há esse caráter metódico quando:

- “- se baseia num raciocínio susceptível de ser compreendido e repetido seja por quem for, nomeadamente porque não contem somente declarações sobre os efeitos, mas indica também os fundamentos dessas declarações;
- assenta numa abordagem sistemática que visa apreender, de forma completa e aprofundada, todos os efeitos pertinentes;
- tem como finalidade chegar a constatações objectivas ou tão objectivas quanto possível, que excluam ou neutralizem pontos de vista unilaterais e que sejam isentos de parcialidade;

- é apresentada ou colocada à disposição sob uma forma que corresponde ao seu caráter (relatório, estudo, etc.).” (MADER, 1991, p. 44).

Por fim, o *interesse para a legislação* define que a avaliação, nesse caso, interessa-se pelos efeitos da norma, em particular, e não, de modo geral, de todas as medidas ou decisões estatais. A noção de avaliação legislativa se torna, portanto, mais restrita que a noção de avaliação de políticas públicas.

Metodologicamente, cria-se um corte de análise considerando o que foi proposto no momento de elaboração da norma e os efeitos e impactos dessa norma após sua aprovação. Essa estrutura já demonstra que a análise de impacto legislativo pode ser aplicada tanto de forma prospectiva quanto de forma retrospectiva.

3 A AVALIAÇÃO DE IMPACTO NORMATIVO (REGULATÓRIO): AVALIAÇÃO EX ANTE (PROSPECTIVA) E AVALIAÇÃO EX POST (RETROSPECTIVA)

A avaliação de impacto regulatório é, basicamente, um instrumento de tomada de decisão que auxilia os formuladores de políticas públicas a desenhar as ações governamentais com base em critérios sólidos, fundamentados em evidências concretas, voltadas para o atingimento de seus objetivos (MENEQUIN; BIJOS, 2016, p. 3).

Para melhor compreensão dos objetivos e da metodologia da avaliação legislativa, existem estudos publicados denominados, geralmente, de *guia de avaliação de impacto normativo*, os quais buscam sintetizar e orientar o interessado em verificar a qualidade da decisão legislativa. Para tais estudos, a avaliação compreende a avaliação prévia (também chamada de prospectiva ou *ex ante*) e a avaliação sucessiva (também chamada de retrospectiva ou *ex post*).

O Relatório Final elaborado pelo Grupo Mandelkern (2000), em razão de estudos sobre a qualidade de atos normativos na União Europeia, afirma que a avaliação de impacto normativo deve ser parte integrante do processo de elaboração da política, de modo que não substitui a decisão política, mas permite tomar essa decisão com mais conhecimento de causa (RELATÓRIO MANDELKERN, 2000, p. 15).

3.1 A avaliação “*ex ante*”

Para Verschuuren e Van Gestel (2009, p. 5) a avaliação *ex ante* é:

“Pesquisa orientada para o futuro sobre os efeitos esperados e efeitos colaterais da nova legislação potencial, seguindo um procedimento estruturado e formalizado, levando a um relatório escrito. Essa pesquisa inclui um estudo dos possíveis efeitos e efeitos colaterais das alternativas, incluindo a alternativa de não regulamentar.” (Tradução nossa).³

Também chamada de prospectiva, a avaliação *ex ante* pretende “garantir que os decisores finais [disponham] de todas as informações pertinentes e conselhos de grande qualidade” (RELATÓRIO MANDELKERN, 2000, p. 30). É a identificação dos efeitos potenciais, futuros, e serve para auxiliar a tomada de decisões.

Para tanto, o grupo considera que três medidas devem ser tomadas: “o estudo de todas as opções de aplicação das políticas em questão, a realização de uma avaliação de impacto normativo e a organização de consultas apropriadas” (RELATÓRIO MANDELKERN, 2000, p. 30).

Caupers (2003, p. 41) preleciona que a avaliação prospectiva busca prever as consequências da lei, o que é possível reunindo o maior número de informação possível, que permite o conhecimento da realidade existente antes da entrada em vigor da norma. Afirma ainda que a:

“[...] avaliação prospectiva do impacto da lei reveste-se hoje da maior importância, constituindo instrumento essencial de suporte a decisão legislativa – ou a qualquer decisão tomada no domínio das políticas públicas.” (CAUPERS, 2003, p. 42).

O autor define três grandes tipos de problemas que devem ser apresentados no âmbito da avaliação prospectiva:

³ No original: “Future oriented research into the expected effects and side-effects of potential new legislation following a structured and formalised procedure, leading to a written report. Such research includes a study of the possible effects and side-effects of alternatives, including the alternative of not regulating at all”.

O primeiro respeita à determinação das condições adequadas – necessárias ou convenientes – à produção dos efeitos desejados com a entrada em vigor da lei.

O segundo refere-se à antecipação das reações dos destinatários da lei.

O último consubstancia-se numa análise de custo-benefício da lei. (CAUPERS, 2003, p. 42).

E, de acordo com Caupers (2003, p. 45), a avaliação custo-benefício da lei se dá após a antecipação da reação dos destinatários, no momento em que eles apreciam as vantagens e desvantagens decorrentes da medida legislativa.

Diante desse cenário, foi publicado no Brasil, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, material denominado *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante*, o qual pretende lançar mecanismo de liderança e estratégia, que visa:

i) direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades; e, ii) de modo mais direto e específico, avaliar as propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessão de incentivos fiscais – aferindo, sempre que possível, seus custos e benefícios – postas no art. 4º, incisos I e VII, do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que estabeleceu a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. (AVALIAÇÃO..., 2018, p. 7).

O estudo justifica que o ajuste necessário às contas públicas e a retomada no crescimento equilibrado tornam imprescindível a “*racionalização da execução do gasto público*, priorizando as políticas públicas eficientes, com foco na melhoria da prestação de serviços e na redução dos custos” (AVALIAÇÃO..., 2018).

O documento acrescenta que, diante da necessidade dessa atitude planejada, a qualidade das informações obtidas “afeta sobremaneira o desenvolvimento do ciclo da política pública, afetando o nível de desenvolvimento e a qualidade da política pública executada” (AVALIAÇÃO..., 2018, p. 12).

3.2 A avaliação “ex post”

Concluída a avaliação prospectiva e realizadas as mudanças decorrentes de seus estudos, a lei é implementada. De acordo com Karpen, implementar uma lei

significa “motivar os destinatários a obedecerem-lhe, seja pelo cumprimento voluntário, seja pela aplicação coerciva” (KARPEN *apud* CAUPERS, 2003, p. 46).

Após a implementação, surge a denominada avaliação *ex post* – também chamada de retrospectiva –, a qual permite que se faça uma “revisão eficaz da legislação existente”. Se realizada nos moldes corretos, ela pode fornecer “informações precisas quanto à eficácia e à oportunidade dos atos normativos, revelando as lacunas e outras insuficiências e permitindo a revisão determinar que ação pode ser levado a cabo” (RELATÓRIO MANDELKERN..., 2000, p. 31). É, desse modo, a identificação e avaliação dos efeitos reais da norma, já que não depende mais da especulação, como ocorre na avaliação prospectiva.

Para Caupers (2003, p. 49), essa avaliação constitui o problema fundamental da metódica da legislação, já que realiza uma *análise metódica* diante dos efeitos da própria lei. Assume, assim, uma condição intrínseca de legitimidade da lei, pois, se não for realizada, não se saberá se a lei atingiu os objetivos que o legislador estabeleceu, ou seja, não se terá notícias se aquela decisão legislativa foi boa ou não.

O autor acrescenta que, para que se possa comparar o planejado com o executado, é indispensável:

“(a) que os objetivos da nova lei tivessem sido claramente identificados e hierarquizados; (b) que existam dados fiáveis quanto à situação anterior e (c) que se tenha procedido à recolha e tratamento sistemático da informação relativa à aplicação da nova lei.” (CAUPERS, 2003, p. 50).

Na ausência de qualquer desses requisitos, a avaliação dos efeitos fica diminuída e não retrata a realidade em destaque. Tendo em vista a apresentação acerca dos efeitos da lei no tópico anterior, é preciso destacar que o maior desafio da avaliação retrospectiva é o isolamento entre todos os fatores que poderiam ter contribuído para a alteração do comportamento objetivado pela lei (CAUPERS, 2003, p. 54).

Para que isso não ocorra, Caupers (2003, p. 59) aponta que a avaliação retrospectiva deveria ser:

[...] efetuada por um órgão especializado, independente do Governo e constituído numa base interdisciplinar, criado para o efeito ou mediante a extensão de competências de um órgão já existente – o Provedor de Justiça, não obstante concebido essencialmente como instrumento de defesa dos direitos dos cidadãos seria, porventura, uma escolha razoável. Não escondemos, todavia, que julgamos preferível a criação de um serviço especificamente concebido para tarefas de avaliação legislativa.

A avaliação retrospectiva, de acordo com esse autor, seria, dada sua importância no processo legislativo, realizada por um órgão especializado ligado, atualmente, ao Ministério Público, devido à sua característica de defesa dos direitos dos cidadãos.

Para Mader (1991, p. 45), há, ainda, um terceiro tipo de avaliação, denominado *avaliações concomitantes*, o qual:

“[...] se interessa menos pelos efeitos sobre a sociedade ou sobre os efeitos das normas legais do que pelas atividades administrativas que decorrem imediatamente das decisões legislativas.”

Isso significa que esse tipo de avaliação ocorre tão logo haja a adoção da decisão, permitindo, portanto, uma otimização na aplicação da legislação. Denominada pela literatura americana de *monitoring* (MADER, 1991, p. 45), essa avaliação é efetuada no momento em que a norma é aplicada, o que, de acordo com o autor, já permite a reorientação das decisões.

Esse último tipo de avaliação não foi encontrado em obras de outros doutrinadores clássicos da Legística, e acredita-se que sua baixa aderência seja devida à inexistência de procedimentos legislativos flexíveis ao ponto de permitir essa rápida modificação em momento concomitante ao da aplicação.

4 A QUEM CABE A RESPONSABILIDADE DE REALIZAR A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO?

Para Mader, não se espera que o parlamento proceda às avaliações, mas, tão somente, certifique-se de que elas foram feitas. O autor esclarece que as avaliações “podem ser efetuadas pela administração ou pelo governo ou por

especialistas externos autorizados por estes (este é o caso mais frequente)”. (MADER, 2003, p. 186-187).

Para Meneguín e Bijos (2016, p. 6), o “Poder Legislativo, no desempenho de seu papel institucional de elaborar as leis, bem como de fiscalizar o Poder Executivo, *deve* atuar de forma a contribuir para o atingimento de uma boa regulação no País”. Ou seja, é função desse órgão avaliar os custos e os benefícios das regulações, além de mensurar o potencial gasto público envolvido na medida.

A ideia dos autores se reforça com as experiências internacionais de parlamentos que já desenvolvem esse tipo de função:

O Parlamento do **Canadá** possui uma comissão permanente especializada no exame das regulações (Standing Committee for the Scrutiny of Regulations), cuja função é revisar as normas regulatórias adotadas pelo Governo. A **Nova Zelândia** e a **Polônia** também estabeleceram, em seus respectivos Legislativos, comissões de revisão das políticas regulatórias governamentais, além de analisarem reclamações que partam da sociedade. O Parlamento da **União Europeia** criou em 2012 uma unidade de avaliação de impacto *ex-ante* das proposições legislativas cuja função é elaborar estudos para subsidiar a tomada de decisão nas comissões. O Parlamento **sueco** possui uma secretaria de avaliação e pesquisa formada por especialistas cuja função é preparar material de suporte e análises para as comissões legislativas. No **Reino Unido**, existe desde 2002 uma unidade de exame e avaliação das proposições legislativas junto a *House of Commons*. Essa unidade é composta por advogados, economistas e especialistas nas diversas políticas públicas. (MENEGUÍN; BIJOS; 2016, p. 6-7, grifos nossos).

Nota-se que em países que adotam a análise de impacto regulatório de forma mais consolidada, espera-se que haja a definição de um responsável pela realização da AIR. Parece especialmente adequada a proposta Norueguesa, na qual é o proponente de qualquer iniciativa regulatória quem tem a responsabilidade de elaborar o AIR. (REGJERINGEN, 2017).

A proposta norueguesa vai além. O proponente é responsável pessoalmente pelas informações disponíveis na AIR, devendo garantir a qualidade das informações, que além de corretas devem ser verificáveis, sob pena de serem aplicadas sanções de natureza penal ao proponente.

No Brasil, não se verifica a existência de previsão expressa nesse sentido, levando à conclusão que no Poder Legislativo brasileiro a realização da avaliação legislativa ocorreria nas comissões parlamentares, que são competentes para “analisar as espécies normativas, especialmente os projetos de lei” (PIRES, 2016, p. 376).

Moraes (2016, p. 482), ao retratar a fase constitutiva do processo legislativo, destaca a necessidade de delimitar o objeto do projeto de lei, o que se dá no âmbito das comissões.

A CF/88 define, em seu art. 58, que “o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”.

Interessante destacar o § 1º desse mesmo dispositivo constitucional, o qual assevera que na constituição de cada Comissão “é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”.

Assim, o dispositivo constitucional coaduna com o entendimento de Caupers (2003, p. 59), que considera *desejável* que na escolha dos parlamentares para compor os comitês seja determinante a opinião dos partidos da oposição.

Há que salientar, também, que as comissões do Legislativo exercem importante papel de controle do Poder Executivo, podendo interferir ou influir em sua atuação, que tem como finalidade:

- “a) a probidade dos atos da Administração;
- b) a regularidade dos gastos públicos e do emprego de bens, valores e dinheiros públicos;
- c) a fiel execução do orçamento.” (MEIRELLES, 1989, p. 602 *apud* SILVA FILHO, 2008, p. 13).

A atuação legislativa e a atuação de controle podem ser traduzidas nas competências descritas no § 2º do art. 58 da CF/88, o qual assevera que cabe às comissões:

- “I – **discutir e votar projeto de lei que dispensar**, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

- II – **realizar audiências públicas** com entidades da sociedade civil;
- III – convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;
- IV – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;
- V – solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;
- VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer. “

Tais competências fazem com que as comissões não somente representem o lugar de realização da avaliação legislativa – *ex ante* e a *ex post* –, mas sim o lugar de atuação da Legística propriamente dita.

É nas comissões onde se dá o início das discussões e da fundamentação das propostas. Para que estas sejam analisadas, exige-se um estudo das políticas públicas envolvidas, a identificação do impacto normativo, a organização de quais os métodos de consulta são apropriados, bem como a revisão dos atos normativos já sancionados – como consequência do exercício de controle que é de sua natureza.

Além disso, se se considerar a *avaliação concomitante* conforme definida por Mader (1991), a possibilidade de fiscalizar e convocar os responsáveis para prestar informações reflete essa necessidade de avaliar as decisões legislativas imediatamente após sua vigência e já propor modificações durante a execução das políticas públicas.

Sobre essa interatividade exigida do Poder Legislativo, Meneguín e Bijos (2016, p. 7) prelecionam:

Note-se que a avaliação *ex-ante* está intimamente relacionada com a avaliação *ex-post*. Quando o problema está claro, os objetivos foram bem definidos e as opções regulatórias foram todas estudadas minuciosamente, é muito mais simples acompanhar os efeitos advindos após sua implementação. Além disso, é mais fácil propor alterações que possam aperfeiçoar a política regulatória se na sua concepção ela foi bem pensada.

Por tais razões, diante da ausência de definição de órgão responsável pela realização da Avaliação de Impacto Regulatório nas iniciativas legislativas brasileiras, é preciso destacar e ressaltar o papel que deveria (ou deve) ser realizados pelas comissões parlamentares no âmbito municipal, estadual e federal.

5 O CONTEÚDO DA ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO

Conforme abordado anteriormente, a Análise de Impacto Legislativo trata dos impactos de atividade regulatória dentro de um contexto de fenômenos sociais complexos, tentando estabelecer relações de causalidade entre a regulação e alguns desses fenômenos.

Por óbvio, o instrumento não tem a menor pretensão de estabelecer certezas absolutas de nexo de causalidade. Não obstante, pela experiência democrática de cada sociedade é possível estabelecer que alguns impactos são previsíveis e mensuráveis com maior grau de certeza.

Nesse ponto, a pesquisa realizada pelo SGI (Sustainable Governance Indicators) que compara os procedimentos de AIR aplicados por países da OCDE e da União Europeia pode ser especialmente instrutivo (Bertelsmann Stiftung, 2018). Um dos indicadores escolhidos para comparar os procedimentos de AIR entre os países tem relação com aspectos considerados em análises *ex-post*.

O indicador era baseada na pergunta “O governo realiza verificações eficazes de sustentabilidade dentro da estrutura da RIA?” e o critério para definição sobre a eficácia da verificação é a abrangência, pelo menos, dos campos social, econômico e ambiental em curto e longo prazo.

Evidente que essa definição é mesmo um ponto de partida, mas já pode ser utilizada para definição de que metodologias de aplicação de AIR precisam definir, de acordo com as especificidades de cada país, impactos previsíveis e que precisam ser contemplados.

Novamente a experiência norueguesa parece instrutiva numa perspectiva comparativa. Naquele país, o decreto que regulamento a análise de impacto regulatório apresenta aspectos que necessariamente precisam ser objeto de análise.

Sem exaurir todos os temas mencionados no decreto, iniciativas regulatórias que envolvam impactos no trânsito, produção de rejeitos, consumo de energia, zoneamento urbano, impacto climático ou consequências transnacionais precisam ser endereçados com as autoridades competentes e com a comunidade impactada na forma prevista no mesmo decreto.

A definição aponta, ainda, para a necessidade de que o conteúdo analisado pela AIR seja adequado à matéria regulada. Parece uma constatação evidente,

mas até mesmo para que se mantenha o rigor científico na elaboração das AIR, cada tema regulatório deve seguir uma estrutura mínima de análises.

Por exemplo, nos projetos regulatórios com impactos em zoneamento urbano, deve-se analisar a localização dos impactos da proposta (com localização e requerimentos físicos). É preciso também avaliar as informações operacionais, incluindo consumo de energia, impactos no transporte e recursos naturais que serão consumidos. Qualquer que seja a alteração de zoneamento, é necessário que se estime o impacto na produção de resíduo. Também é necessário avaliar quão suscetível é a iniciativa a causar mudanças climáticas e outros impactos ambientais, elemento de evidente relevância em metrópoles com impactos facilmente verificáveis no microclima.

5.1 Análises de alternativas

Considerando o objetivo de previsibilidade de impactos e de instrumento de rastreamento dos efeitos pretendidos com uma regulação, a análise de impacto regulatório *ex-ante* tem a obrigação de contrapor a proposta em análise com outras alternativas igualmente válidas para atingimento dos efeitos pretendidos.

Cabe ao responsável pela elaboração da AIR estimar quais seriam os impactos positivos e negativos, diretos e indiretos, temporários e permanentes, de curto e longo prazo tanto da proposta em análise quanto de outras alternativas possíveis.

Mas não é só, novamente socorrendo-se do exemplo norueguês (REGJERINGEN, 2017), a análise deve contemplar ainda os impactos da não implementação da regulação proposta, a chamada “zero option”. Parece evidente, mas não são raros os exemplos em que os impactos negativos superaram em muito os efeitos positivos pretendidos com a implementação da norma.

É com um levantamento desse tipo que o decisor político pode prestar contas de sua decisão, fundamentando sua escolha como a mais adequada para o momento em que esta foi tomada.

Não é esse o caminho para o qual está caminhando a implementação da AIR no Brasil, como passa-se a analisar.

6 A AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

No Brasil, as iniciativas legislativas que evidenciam o uso da Avaliação de Impacto Regulatório são incipientes e, quando existem, carecem de padrões metodológicos e de instrumentos de concretização.

O principal exemplo de tais iniciativas legislativas é o Decreto n. 9.203/17 que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, conceituando *governança pública* no inciso I do art. 2º como:

“I – governança pública – conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.”

E, de acordo com o art. 4º de tal decreto, são diretrizes da governança pública, dentre outras, o direcionamento das ações em busca de resultados para a sociedade; o monitoramento do desempenho e a avaliação da concepção, a implementação e os resultados das políticas e das ações prioritárias; a avaliação de propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessão de incentivos fiscais e aferir, sempre que possível, seus custos e benefícios; e a possibilidade de “editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente”.

Desse modo, sem intenção de aprofundar no instituto da *governança pública*, cabe mencionar que determinadas diretrizes traçadas no âmbito federal foram realizadas com base em estudos da Legística, principalmente no tocante à avaliação legislativa.

As diretrizes acima destacadas, apesar de não instrumentalizar a avaliação legislativa, demonstram a preocupação com a tomada de decisões que levam em consideração a limitação de recursos, bem como a necessidade de avaliar o processo de criação de políticas públicas de forma contínua, mantendo boas práticas regulatórias.

Diante disso, cabe destacar que foi editado pelo IPEA o material denominado *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante* (AVALIAÇÃO..., 2018), o qual enfatiza a necessidade de pesquisas prévias que visem à prospecção dos efeitos de forma mais realista e menos incerta possível.

6.1 Projeto de Lei do Senado n. 488 de 2017 e Projeto de Lei Complementar n. 494 de 2018

Diante da ausência de instrumento legal que indicasse o modo de concretização da Avaliação de Impacto Regulatório, bem como os relatórios que devem ser produzidos, o momento e os responsáveis por sua realização, houve a apresentação do Projeto de Lei do Senado n. 488 de 2017 (Complementar).

Essa proposta pretende incluir na Lei Complementar n. 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, o “Capítulo III-A – DOS PROJETOS DE LEI QUE INSTITUEM POLÍTICAS PÚBLICAS”, com os seguintes artigos:

“Art. 17-A. Os projetos de lei que instituem políticas públicas serão acompanhados de avaliação prévia de impacto legislativo, com o intuito de garantir a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das ações públicas.

§ 1º Para fins deste artigo, entende-se por:

- I – política pública: mobilização político-administrativa para articular e alocar recursos e esforços com vistas a solucionar problema coletivo;
- II – economicidade: minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade;
- III – eficácia: alcance das metas programadas e cumprimento dos objetivos imediatos;
- IV – eficiência: menor relação entre os custos impostos pela lei e os benefícios oriundos dela;
- V – efetividade: alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo.

Art. 17-B. Na concepção das políticas públicas, de forma a **incrementar a capacidade de governança e gestão da Administração Pública**, devem ser definidos:

- I – os responsáveis pela coordenação e pela articulação das ações concernentes às políticas públicas;
- II – a atuação dos diversos órgãos, instituições e esferas de governo envolvidos, a fim de garantir coerência e sinergia da ação estatal nas dimensões econômica, social e ambiental e de incentivar a participação social no processo decisório das políticas públicas;

III – as competências das principais partes envolvidas nas políticas públicas, incluindo os respectivos objetivos, papéis, responsabilidades, recursos e obrigações;

IV – o grau de focalização ou universalização das políticas públicas, considerando as necessidades do público-alvo e os recursos disponíveis;

V – a periodicidade da avaliação de desempenho das políticas públicas e a abordagem para solucionar conflitos e estabelecer formas de revisão, de modo a promover ajustes necessários;

VI – o plano de gestão de riscos, identificando-se os principais problemas que podem surgir e as medidas mitigadoras para tratá-los;

VII – os marcos de verificação, os indicadores-chave e as metas para os principais objetivos das políticas públicas, de modo a permitir a medição do progresso e facilitar a identificação de interdependências e obstáculos;

VIII – a formalização de processos decisórios correlatos, incluindo o registro da motivação e do conjunto de evidências que embasam a escolha das políticas públicas;

IX – os mecanismos e os procedimentos internos de integridade e auditoria na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, bem como de formalização de instrumentos de transparência;

X – o plano de gestão documental, com o intuito de preservar a memória unificada de todas as fases das políticas públicas, desde sua concepção.

Parágrafo único. Os órgãos responsáveis pela condução das políticas públicas deverão publicar, para conhecimento de todas as partes interessadas, a estrutura de governança vigente.

Art. 17-C. A **avaliação prévia de impacto legislativo** referida no caput do art. 17-A conterà:

I – parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a juridicidade e a regularidade formal do ato normativo proposto;

II – notas explicativas que demonstrem, no que for pertinente, a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das medidas constantes do projeto de lei, contendo:

a) síntese qualitativa e quantitativa da situação ou do problema que requer providências;

b) objetivos da proposição e sua vinculação com a situação ou o problema que requer providências;

c) alternativas existentes para a solução da situação ou do problema identificado, com a respectiva previsão dos impactos econômicos e sociais e a comparação das análises de custo-benefício global de cada alternativa, justificando-se a escolha da solução ou da providência contida no projeto proposto;

d) custos administrativos da solução ou da providência contida no projeto proposto;

e) indicação de prévia dotação orçamentária ou da fonte de recursos, quando a solução ou a providência contida no projeto proposto acarretar despesas, e de como a ação se enquadra no plano plurianual vigente. (MUNIZ, 2017, p. 328-330, grifos nossos).”

Aprovado em 4 de abril de 2018, esse Projeto de Lei foi encaminhado para revisão na Câmara dos Deputados, em 11 de abril de 2018, transformando-se, no mesmo dia, no Projeto de Lei Complementar n. 494/18 (PLP 494/2018), que já foi recebido pela Mesa Diretora daquela Casa (MUNIZ, 2018).

Em que pese a utilização de conceitos que podem ser amplamente criticados, tais como políticas públicas, economicidade, efetividade, eficiência e efetividade; a pretensão de que projetos de lei que instituem políticas públicas sejam acompanhados de avaliação prévia de impacto legislativo deve ser enaltecida.

Os princípios destacados pela Legística, tais como transparência, simplicidade e clareza, são destacados no art. 17-B, incisos IV, VII, VIII, IX e parágrafo único. Além disso, os incisos I a III do art. 17-B determinam que sejam definidos os responsáveis pela coordenação e articulação da política, desde a sua atuação, e competência dos órgãos, o que coaduna com o princípio da responsabilidade.

Já o inciso II do art. 17-B retrata de forma expressa o princípio da coerência e da sinergia, uma vez que exige que ação estatal seja otimizada combinando as dimensões econômica, social e ambiental. E, também, o inciso V do art. 17-B retrata o princípio da temporalidade, ao exigir a definição dos períodos em que deverá ser realizada a avaliação de desempenho das políticas públicas, bem como serão adotados os métodos de solução de conflito e de revisão, caso seja necessário promover ajustes.

Há que salientar, também, que o art. 17-C do Projeto de Lei em questão aponta a necessidade de transformar em escritos e relatórios os resultados obtidos com o processo de avaliação, reforçando, assim, o caráter metodológico da Legística, já enfatizado neste artigo.

Sendo assim, sem pretensão de emitir qualquer juízo de valor precipitado, ao que tudo indica a proposta de legislação em discussão no Brasil é um grande avanço nacional em termos da Legística. No entanto, não se pode deixar de mencionar que existem diversos obstáculos a serem ultrapassados no Brasil para

a efetivação dessa medida, considerando que a cultura de planejamento no serviço público brasileiro é tímida.

Meneguín e Bijos (2016, p. 4) citam que as principais dificuldades relatadas nos países que já adotaram a AIR são as seguintes: “compromisso político no longo prazo, desafios metodológicos e engajamento dos principais atores envolvidos no processo de regulação”, as quais devem ser estudadas no momento regulatório em que o país se encontra.

6.2 Decreto n. 9.191/17

Cabe destacar, ainda, que no âmbito federal, o Decreto n. 4.176/02 regulamentou a Lei Complementar n. 95/98, que institui regras sobre a “elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”, e mencionou, ainda que de forma tímida, a necessidade de indicar, na justificativa do projeto de lei, os custos, as propostas, os impactos etc. advindos da norma, no entanto, tais disposições não eram cumpridas.

Atualmente, o Decreto n. 4.176/02 foi revogado pelo Decreto n. 9.191/17, o qual modificou o anexo que tratava das “Questões a serem analisadas quando da elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal”.

Entretanto deve-se ressaltar que a existência de tal Decreto, ainda que suas disposições sejam cumpridas, não possui o mesmo objetivo do Projeto de Lei Complementar n. 494/2018 (PLP 494/2018), uma vez que nesse último caso a incidência da norma será para todos os entes, não somente para a União.

6.3 Lei n. 13.874/19, oriunda da Medida Provisória n. 881/19

A Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, conhecida como a Medida Provisória da Liberdade Econômica, dedicou o Capítulo IV à denominada “DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO”. Convertida na Lei Federal n. 13.874/19, de 20 de setembro de 2019, tal capítulo foi mantido e o artigo 5º dispõe o seguinte:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados,

editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

Em que pese a aplicação restrita aos órgãos ou entidades da administração pública federal, verifica-se que o surgimento desse instituto visa enfatizar, e complementar, as disposições já destacadas – Decreto n. 9.203/17 e Decreto 9.191/17.

Conforme parágrafo único, do destacado artigo 5º, um Regulamento disporá sobre tal exigência, destacando o conteúdo, a metodologia, os quesitos mínimos a serem objeto de exame e as hipóteses que a análise de impacto regulatório será obrigatória ou será dispensada.

Não obstante, a menção contida ao final do caput do artigo 5º dispondo que a AIR verificará “a razoabilidade do seu impacto econômico” traz a preocupação de que o instrumento seja simplificado no Brasil ao ponto de não abranger impactos que excedam o aspecto econômico.

Conforme mencionado anteriormente, a metodologia internacionalmente consagrada para a realização de uma análise de impacto regulatório impõe uma investigação sob vários ângulos e submetida a diversos ramos das ciências sociais.

7 CONCLUSÕES

Nota-se que num contexto de complexidade normativa como o brasileiro, no qual concomitantemente se edita normas em demasia e se verifica baixa efetividade das normas em vigor, ferramentas adequadas de análise de impacto regulatório representam grande avanço no sentido da sustentabilidade na governança estatal.

No entanto, embora a iniciativa de determinar a obrigação de realização de análises de impacto regulatório seja positiva, é preciso cuidado para que a

simplificação exagerada do instrumento não termine por resultar em efeito contrário ao previsto.

Isso é, por todo o exposto, é possível determinar que a análise de impacto legislativo visa tornar transparente o processo de escolha dos atores políticos responsáveis pelos processos regulatórios. Para tanto, há metodologias que preveem responsabilidades e temas que necessariamente precisam ser analisados para que não se possa alegar desconhecimento e para que se possa submeter a escolha do agente público a julgamentos de racionalidade.

É a avaliação que torna possível “saber se os atores políticos pautaram suas ações pelo melhor interesse dos cidadão, ou se agiram orientados por seus próprios interesses” (MENEQUIN, BIJOS, 2016).

A simplificação desses mecanismos focando-se apenas em aspectos econômicos pode funcionar em sentido contrário. Análise isolada de aspectos econômicos pode resultar em resultados enviesados. Sem analisar impactos incidentes em outros campos, é mais fácil demonstrar viabilidade econômica.

Considerando o viés unicamente econômico, exaurem-se recursos naturais e explora-se atividades econômicas até a exaustão de cadeias produtivas e é justamente por isso que a análise de impacto regulatório deve ser elaborado de modo a garantir que o meio ambiente e a sociedade foram levados em consideração no momento da preparação de planos e iniciativas regulatórias.

REFERÊNCIAS

AVALIAÇÃO de políticas públicas: **guia prático de análise ex ante**. Brasília: Ipea, 2018. v. 1. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180319_avaliacao_de_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

BERTELSMANN STIFTUNG. **Evidence-based Instruments Report**. RIA Application, Quality of RIA Process, Sustainability Check. Sustainable Governance Indicators, 2018. Disponível em <https://www.sgi-network.org/docs/2018/thematic/SGI2018_Evidence-based_Instruments.pdf>. Acesso em 20.09.2019.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da Legislação. **Legislação**. Cadernos de Ciência da Legislação, Lisboa, n. 35, p. 05-59, out./dez. 2003.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. Tradução de Teresa Selia Gomes. **Legislação**. Cadernos de Ciência da Legislação, Oeiras, n. 1, p. 39-49, jun.1991.

MENEGUIN, Fernando B.; BIJOS, Paulo Roberto Simão. **Avaliação de Impacto Regulatório – como melhorar a qualidade das normas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016. (Texto para Discussão nº 193). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/TD193>>. Acesso em: 20 maio 2018.

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

REGJERINGEN. **Forskrift om konsekvensutredninger**. 2017. Disponível em <<https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2017-06-21-854/%C2%A71#%C2%A71>>. Acesso em 20.09.2019.

RELATÓRIO MANDELKERN sobre a melhoria da qualidade legislativa. **Legislação**: Cadernos de Ciência da Legislação, Lisboa, n. 29, out-dez 2000.

SILVA FILHO, Ayres de Almeida. **Panorama do controle externo na Câmara dos Deputados**: uma visão prática. 2008. Monografia (Especialização em Instituições Políticas e Processo Políticos do Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Câmara dos Deputados, Brasília, 2008. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/901/panorama_controle_ayres.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 maio 2018.

SOARES, Fabiana de Menezes. Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 153-168,

2013. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013vJJp153/278>>. Acesso em: 19 maio 2018.

VERSCHUUREN, Jonathan; VAN GESTEL, Rob. Ex Ante Evaluation of Legislation: An Introduction. In: VERSCHUUREN, Jonathan (Ed.). **The Impact of Legislation. A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation**. Boston: Martinus Nijhoof Publishers, 2009. Chapter 1. p. 3- 12.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

PODER DE DECRETO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: delegação ou abdicação da função legislativa?¹

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel²

1 INTRODUÇÃO

No contexto jurídico e institucional brasileiro de presidencialismo de coalizão, há uma concentração de poder no Executivo bastante significativa. Esse tem sido o diagnóstico da Ciência Política há alguns anos, a partir do levantamento de dados que comprovam o domínio governamental do processo legislativo. O poder de decreto é um exemplo de prerrogativa da Constituição de 1988 que permite essa concentração.

Com esse aparato, o Executivo federal tem criado uma quantidade expressiva de leis, utilizando-se com grande frequência e de forma abusiva o instrumento da medida provisória. Por sua vez, o Legislativo tem se omitido de sua função precípua, passivamente funcionando como instância meramente ratificadora.

Nessa conjuntura, o presente trabalho busca analisar os fundamentos doutrinários e teóricos para a existência do poder de decreto no Brasil, bem como as críticas e abusos no seu uso. A compreensão do instituto no pós-Constituição

¹ Este artigo é um dos produtos parciais da pesquisa de mestrado desta autora, realizada entre 2016 e 2018 e cuja dissertação foi agraciada com uma menção honrosa no Prêmio Academy 2019 do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus).

² Doutoranda em Direito na Universidade de Direito de Minas Gerais (UFMG). Bolsista da CAPES. Mestra em Direito na UFMG, com bolsa do CNPq. Bacharela em Direito na UFMG, com formação complementar na *University of Leeds* (UK). Advogada. E-mail: carolinedossantos3@gmail.com.

de 1988 passará pela memória histórica de sua criação, revisitando os debates da Assembleia Constituinte.

Para a verificação da manutenção desse panorama de predomínio da atividade legislativa do Executivo, foram coletados dados estatísticos atualizados da emissão de medidas provisórias no período entre 1988 e 2019. Por fim, se delineará uma conclusão acerca da realidade no uso do poder de decreto no Brasil, para se determinar se esse mecanismo tem funcionado como forma de delegação ou como uma verdadeira abdicação do poder legislativo.

2 PODER DE DECRETO: CONCEITO, INTERESSES E CRÍTICAS

Conferir poder de decreto³ ao Presidente da República não é uma exclusividade do sistema jurídico brasileiro; bem verdade, é um instituto presente na Itália⁴, na França, na Espanha, na Rússia e muito comum nos países latinoamericanos, mas com peculiaridades e designações diferentes, podendo gerar maior ou menor concentração de poderes no Poder Executivo (CAREY; SHUGART, 1998, p. 3-4 e 10). A sua presença recorrente na América Latina é uma herança dos regimes ditatoriais anteriores (CONAGHAN, 1994, p. 16), mas sua manutenção se deu com algumas modificações nas novas democracias dos anos 80 (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 125). No Brasil, o poder de decreto também não foi uma inovação da Constituição de 1988; pelo contrário, alguma forma de decreto com força de lei perdurou em ao menos três Constituições brasileiras anteriores à de 1988⁵, sendo a Constituição de 1946 a grande exceção (POWER, 1998, p. 198).

Poder de decreto pode ser conceituado, segundo Carey e Shugart (1998, p. 9), como “a autoridade do Executivo de criar norma sem a ação prévia do

³ Faz-se referência aqui à previsão constitucional da figura do decreto com força de lei (ato normativo primário), que hoje no Brasil leva o nome de medida provisória e não à delegação legislativa feita ao Executivo para regulamentar relações via atos normativos secundários. Carey e Shugart (1998, p. 13-14) denominam-no de autoridade constitucional de decreto.

⁴ Inclusive, as disposições relativas à medida provisória da Constituição de 1988 foram inspiradas na Constituição italiana. (CAREY; SHUGART, 1998, p. 24).

⁵ Constituições de 1937, de 1967 e de 1969.

Legislativo”⁶. Trata-se, portanto, de um poder legislativo proativo conferido ao Executivo cuja característica fundamental é a implementação imediata de sua decisão política. Há, assim, uma mudança provisória do *status quo* normativo, sem o consentimento inicial do Legislativo (CAREY; SHUGART, 1998, p. 6). No caso do Brasil, o decreto (que hoje é chamado de medida provisória) não se torna norma permanente sem o aval do Legislativo, sendo que perde a eficácia se não for convertido em lei no prazo de 60 dias (prorrogável uma vez por igual período), conforme art. 63, §3º da CF/88. O silêncio do Legislativo implica, portanto, a revogação do decreto.

As principais críticas feitas à medida provisória estão relacionadas: i) ao autoritarismo da medida, construída fora do contexto de contraditório legislativo; ii) aos constantes abusos no seu uso, deixando de ser a forma extraordinária de legislar para se tornar a mais recorrente; iii) à concentração de poderes no Executivo; iv) à omissão do Legislativo na sua incumbência legislativa típica. Mas, para além de todas essas ressalvas, também é importante reconhecer a sua importância. Outorgar poderes legislativos proativos ao Executivo é uma forma ágil de tomada de decisões políticas, quando efetivamente há urgência na regulamentação da matéria, quando há necessidade de sigilo antes da entrada em vigor e especialmente quando não há vontade formada no Parlamento (CAREY; SHUGART, 1998, p. 9).

Assim, o decreto “é um instrumento criado para agilizar o trabalho do Legislativo em casos especialíssimos” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 71) e, se fosse usado apenas para a sua finalidade precípua, sem abusos, seria um mecanismo de grande valor, sobretudo nas democracias contemporâneas. O cerne do problema está, portanto, nos abusos no uso do poder de decreto, que mitiga todas as vantagens desse instrumento.

Ainda que o poder de decreto possa ser usado para impor políticas legislativas do Executivo à contramão da vontade da maioria legislativa do Congresso, em regra, ele é usado para implementar as decisões políticas da agenda da maioria (CAREY; SHUGART, 1998, p. 4). Isso porque um decreto que não conte com apoio mínimo no Congresso não tem, na prática, muitas chances de

⁶ Tradução livre. No original: “[...] as the authority of the executive to establish law in lieu of action by the assembly.”

perdurar e nem de ser convertido em norma permanente pelo Legislativo, nos sistemas nos quais sua vigência prévia à aprovação parlamentar é apenas temporária, como o brasileiro.

No entanto, quais as justificativas para se optar pela via da legislação extraordinária quando há apoio majoritário à decisão, suficiente para aprová-la pela via do processo legislativo ordinário? As razões são as mesmas levantadas para se defender a existência desse tipo de legislação: trata-se de um processo mais ágil, que acelera a aprovação da medida, evitando eventuais obstruções de minorias ou da oposição, discussões acirradas e longos trâmites processuais formais.

É por isso que não só o Executivo, mas também o Legislativo tem, em certa medida, interesses políticos e institucionais na manutenção do poder de decreto presidencial. Primeiramente porque a dificuldade em formar consenso político no âmago do Legislativo torna o processo mais lento, incerto e conflituoso (EPSTEIN; O'HALLORAN, 1999, p. 39), sendo mais fácil e rápido a posterior ratificação de uma medida do Executivo do que a aprovação de uma proposição legislativa ordinária (CAREY; SHUGART, 1998, p. 17). Além disso, os custos políticos da regulamentação, sobretudo em se tratando de medidas impopulares ou polêmicas, estimulam a delegação de poder de decreto ao Executivo, que passa a ser o responsável direto pelo eventual descontentamento com a política formulada (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 155), isentando os parlamentares perante seu eleitorado de futura retaliação política (EPSTEIN; O'HALLORAN, 1999, p. 38). É o que ilustra a seguinte passagem:

“Um método para ocultar as contribuições individuais dos parlamentares [que tragam custos ao seu eleitorado] é delegar a responsabilidade de tomar decisões desagradáveis para o Presidente, burocratas, agentes regulatórios, juízes, funcionários públicos (...). Algumas vezes os parlamentares sabem precisamente a forma como o Executivo irá decidir, mas o processo de delegação os isola da retaliação política.” (ARNOLD, 1990, p. 101)⁷

⁷ Tradução livre. No original: “One method of masking legislators’ individual contributions [to policies that impose costs on their constituents] is to delegate responsibility for making unpleasant decisions to the president, bureaucrats, regulatory commissioners, judges, or state and local officials ... Sometimes legislators know precisely what the executive will decide, but the process of delegation insulates them from political retribution.”

Contudo, o Poder Legislativo também não quer se ver excluído do processo de tomada da decisão política e, por isso, traça limites ao poder de decreto, buscando evitar abusos e usurpação de poder, os maiores males associados à sua existência. Nesse sentido, a intenção do Legislativo é em conceder uma delegação, sob certas condições, ao Poder Executivo e não realizar uma abdicação do seu poder (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 125-126). Em qual dessas direções a realidade político-institucional brasileira tem se inclinado mais? Para responder a esse questionamento, é preciso analisar especificamente o contexto normativo-institucional do poder de decreto no Brasil, bem como revisitar a memória histórica de sua construção.

3 MEMÓRIA HISTÓRICA DO PODER DE DECRETO PRESIDENCIAL: O FIM DO DECRETO-LEI E A CRIAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA

Para se entender quais foram as intenções dos legisladores na manutenção de uma espécie de delegação legislativa e quais foram as objeções e receios levantados à época, deve-se retomar o debate da Assembleia Constituinte de 1987-1988. A partir disso, será possível determinar se o decreto tem sido utilizado do modo como os constituintes previram.

Tendo em vista o dinamismo da sociedade contemporânea e a existência de situações de emergência que demandam agilidade na tomada de decisões, os legisladores constituintes, em sua grande maioria, estavam convencidos da necessidade de dotar o governo de “capacidade de expedir atos legislativos em determinadas circunstâncias” excepcionais (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 72).

Nas palavras do deputado Jorge Hage “[...] para enfrentar a necessidade de providências realmente urgentes ou que não possam, por sua natureza [sigilosa], ter divulgação anterior à sua entrada em vigor” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 210). Assim, as razões para a manutenção foram: i) de um lado, a urgência do governo na regulamentação, especialmente em matérias do domínio econômico e, de outro, a lentidão do processo legislativo ordinário no Congresso; ii) a natureza sigilosa do ato legislativo, sendo que a

divulgação anterior à sua entrada em vigor tornaria a regulamentação inútil (por exemplo, uma medida de desvalorização do dólar).

Algumas vozes destoantes defendiam a extinção do decreto-lei e de qualquer outra espécie de poder de decreto, sobretudo pela origem totalitária do instrumento e “porque qualquer que seja a redação que se lhe empreste haverá abuso” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 76). Nesse sentido, o deputado Parabolini Júnior propôs como remédio para a urgência governamental a possibilidade de solicitação de regime de urgência a projetos de lei ordinária.

Contudo, a maioria dos constituintes acreditava que era possível manter alguma forma de poder de decreto com um sistema de contenção, mas que era imprescindível conferir-lhe outra designação e diferente estruturação do que aquelas relativas ao decreto-lei. É interessante notar que os constituintes não defenderam a manutenção do instituto do decreto-lei (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 128-129). Entendeu-se que esse instituto estava desgastado e desmoralizado pelos constantes abusos e que era necessário pensar outro instituto de delegação legislativa, que não permitisse ocorrer o mesmo (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 75-76).

Para eles, não se tratava de mera mudança na denominação, mas de uma mudança paradigmática. Bem verdade, na visão dos constituintes, o decreto-lei estava sendo abolido e em seu lugar deveria entrar um instrumento bem diferente, que não permitiria abuso. Nesse sentido afirmaram, “o decreto-lei representa, a nosso ver, um *capitis diminutio* para o Poder Legislativo e é inadmissível a preservação desse instrumento dentro de uma sociedade democrática” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 119).

A ideia era, portanto, criar uma solução para as necessidades extremas do Executivo e, ao mesmo tempo, evitar a exorbitância de poder, criando mecanismos de controle, fiscalização e até mesmo sustação dos atos. Esses receios podem ser resumidos nas palavras do relator da Subcomissão do Poder Legislativo José Jorge:

“O que não podemos aceitar é o Executivo baixar decreto-lei simplesmente para não ter o trabalho de aprovar as leis no Congresso Nacional, porque isso retira toda a importância do Congresso Nacional e tumultua o

processo de hierarquia das leis”. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 71).

Dentre os limites propostos ao substituto do decreto-lei (medida provisória), uma das grandes soluções propostas para o fim do uso excessivo seria a inversão da consequência jurídica do decurso do prazo: agora, ao invés de automaticamente aprovado, se o decreto não fosse apreciado até o fim do prazo, seria considerado automaticamente rejeitado. Isso foi visto como um dos remédios para o Executivo não legislar sozinho e para garantir a participação do Legislativo na elaboração da lei (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 132).

Outra restrição proposta, mas que não prevaleceu no texto constitucional final, foi a de que tais atos legislativos só poderiam ser baixados um por um: apenas após a deliberação acerca de um decreto emitido poderia ser utilizado novamente o instrumento. Novamente o argumento da urgência foi elencado: não existe apenas uma urgência governamental, mas várias. Também foi sugerido (e novamente não acatado) que o espectro de utilização de um ato similar ao decreto-lei deveria ser reduzido ao máximo, sendo que alguns defenderam que só seria realmente justificado em relação especificamente à política monetária, que exige imediata vigência da norma (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 74 e 108).

A solução constituinte para esses anseios opostos foi a adoção pela CF/88 do instituto da medida provisória, cujo espelho foi o art. 77 da Constituição italiana de 1947, e que, para os constituintes, rompia com a inadmissível figura do decreto-lei.

4 A PREVISÃO NORMATIVA E O QUADRO INSTITUCIONAL DO PODER DE DECRETO PRESIDENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: LIMITES E LACUNAS

O instituto da medida provisória veio previsto no *caput* do art. 62 da CF/88, cuja redação original era, *in verbis*:

Art. 62. Em caso de *relevância* e *urgência*, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de

imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Pela literalidade do texto constitucional, são exigidos dois requisitos autorizadores da edição de medidas provisórias: relevância e urgência. Urgência deve ser entendida como “impossibilidade de aguardar o tempo necessário ao trâmite normal” (MARIOTTI, 1999, p. 40) do processo legislativo ordinário para regulamentar a matéria. No entanto, na prática, a urgência tem se resumido a um juízo integralmente discricionário de oportunidade e conveniência – a urgência política (SOBRINHO, 2016, p. 73). Já a relevância se relaciona com uma qualificação especialmente significativa do interesse público envolvido no tema (MAIA, 2006, p. 159). A relevância não deve se limitar à importância da matéria tratada, qualificando também como imprescindível a situação social que ensejou a regulamentação (CLÈVE, 2011, p. 173). Trata-se, bem verdade, de conceitos jurídicos indeterminados e cujo preenchimento está, *a priori*, sujeito apenas à discricionariedade do Presidente da República.

Tendo em vista que as medidas provisórias são submetidas à apreciação do Congresso Nacional, em tese, o exame de mérito do preenchimento desses requisitos também passa pelo posterior crivo do Poder Legislativo (art. 62, §5º)⁸. Contudo, na prática, o Congresso geralmente não rejeita uma medida provisória pela falta desses pressupostos, mesmo quando a sua ausência for evidente.

Por sua vez, o entendimento consolidado do STF⁹ é de que o Judiciário, em regra, não realiza o exame do preenchimento desses requisitos, a não ser em casos excepcionalíssimos de inexistência cabal dos pressupostos, casos nos

⁸ § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

⁹ Sobre o tema ver os seguintes julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-9-1997; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12-6-1998; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-3-1999; ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23-4-2004; ADC 11 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 29-6-2007; ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, *P, DJ* de 23-11-2007; ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, *DJE* de 27-6-2012.

quais se verifica o fenômeno da judicialização da política (SOBRINHO, 2016, p. 75). Assim, a prática da Suprema Corte é se abster dessa análise, sob o manto do princípio da separação dos poderes, analisando o cumprimento desses pressupostos apenas excepcionalmente. Desse modo, os requisitos de relevância e urgência não configuram efetivas restrições à emissão de medidas provisórias, na medida que, na realidade, esse exame fica nas mãos do próprio Presidente da República.

Em sequência, a Constituição traz a exigência de imediata submissão da medida provisória ao Congresso, inclusive prevendo, na redação original, a convocação de sessão extraordinária para o caso de recesso. A primeira parte foi incluída para garantir que o Executivo encaminhe ao Legislativo as medidas provisórias que emitir, assegurando que este tenha conhecimento de sua emissão e, assim, impedindo seu eventual alijamento através da ocultação dos atos emitidos. A justificativa para a sua inserção foi evitar o que ocorria na época dos decretos-leis, que, muitas vezes, eram aprovados por decurso de prazo, sem ao menos o Congresso ter conhecimento de sua emissão (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 110). Nesse mesmo sentido, o art. 2º, §1º da Resolução 01/2002 do Congresso Nacional estabelece que a medida provisória deve ser encaminhada à Casa no mesmo dia de sua publicação (especificando o significado da palavra imediata no texto constitucional), acompanhada da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato.

Já a segunda parte foi retirada pela Emenda Constitucional 32/2001, deixando de ser obrigatória a convocação de sessão extraordinária do Congresso (CLÈVE, 2011, p. 166-167). Com isso, o prazo para conversão em lei da medida provisória, contado da sua publicação, fica suspenso durante os períodos de recessos do Congresso Nacional (§4º do art. 62 CF/88)¹⁰.

Um efeito jurídico dessa alteração foi que, quando uma medida provisória é emitida durante o recesso parlamentar, ela pode exceder o prazo constitucional

¹⁰ § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

de até 60 dias de vigência antes de sua apreciação pelo Legislativo (prorrogável uma vez por igual período, totalizando 120 dias – §7º do art. 62¹¹).

Não é coincidência que os Presidentes emitem MP's no final de dezembro, pois elas operam efeitos desde então e só serão apreciadas em fevereiro, a partir de quando começa a contagem do prazo de 120 dias. É o que mostra o gráfico abaixo; ele compara o volume de MP's emitidas entre 1988 e setembro 2017 conforme o mês do ano e demonstra a predominância de MP's emitidas em dezembro:

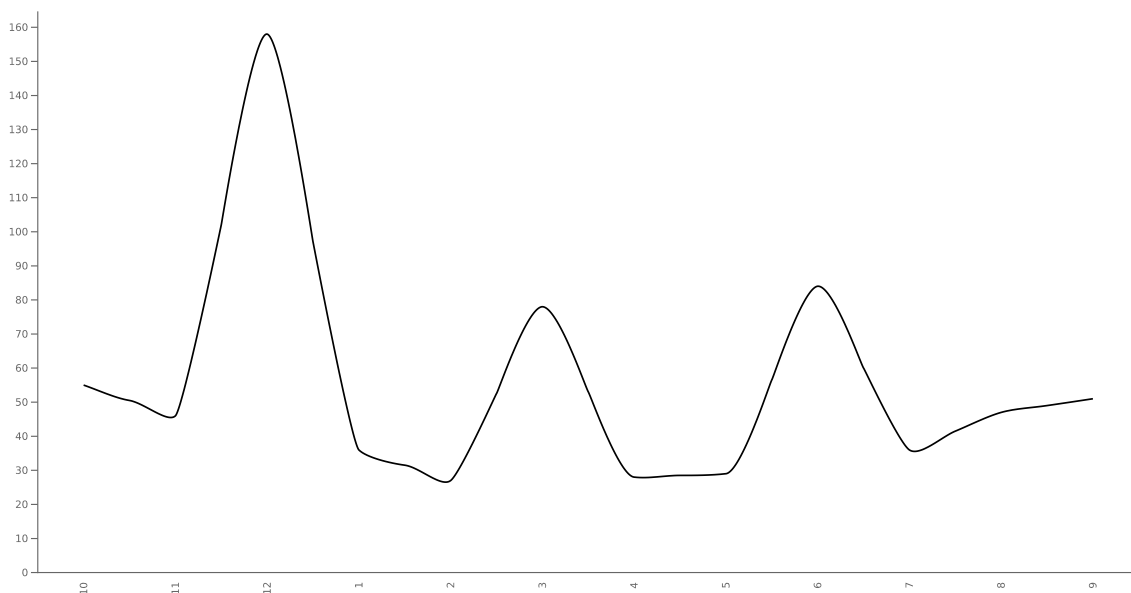


Gráfico 1 – Volume de Medidas Provisórias por mês do ano

Fonte: Banco de dados legislativos do CEBRAP.

Assim, uma medida provisória pode vigorar por cerca de 160 dias (recesso parlamentar + prazo constitucional) sem sequer ter sido verificado pelo Congresso o preenchimento dos pressupostos constitucionais. Para mudar esse quadro, foi recentemente proposta a PEC 161/2015, que pretende vedar a edição de MPs durante o recesso parlamentar, salvo para a abertura de créditos extraordinários.

¹¹ § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

A realidade institucional após a aprovação do texto constitucional de 1988, na sua redação originária, mostrou uma série de falhas na regulamentação sobre o tema e consequentes abusos no uso desse instrumento, supostamente excepcional.

Um dos maiores problemas foi a lacuna constitucional sobre a possibilidade de reedição de MPs, questão que não foi discutida na Assembleia Constituinte (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 133). Reeditar indefinidamente uma medida provisória, estratégia largamente adotada pelos governos pós-1988 e prévios à EC 32/2001, com o aval do STF¹², tornou sem efeito a inversão da consequência jurídica do decurso do prazo de apreciação da MP.

Assim, não fazia mais diferença se o decurso do prazo gerava a rejeição da MP, pois ela, constantemente convalidada, nunca perdia vigência; com isso, também deixou de ser necessária a aprovação da MP pelo Legislativo e a estratégia do Executivo passou a ser negar quórum às votações (sobretudo para evitar a sua rejeição pela oposição) e reeditá-la (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 151), garantindo sua vigência ilimitada. Ademais, era comum o Executivo reeditar a MP, inclusive alterando seu texto primitivo, o que gerava ainda mais insegurança jurídica (FERREIRA FILHO, 2012, p. 260-261).

No período prévio à aprovação da EC 32/2001 (de 1988 a 2001), foram editadas 6.098 medidas provisórias, das quais 634 eram novas medidas provisórias e 5.464 eram reedições¹³. Isso significa que, por 13 anos, a média do Executivo foi de uma nova MP emitida por dia. Nesse período, mais de 75% das leis vieram desse poder (PEREIRA; POWER; RENNÓ, 2008, p. 6).

Outro ponto relevante foi que a redação original da Constituição de 1988 não previa limitações materiais explícitas para a emissão de medidas provisórias,

¹² A jurisprudência do STF vedava tão somente a reedição de medida provisória expressamente rejeitada, conforme a Súmula 651 do STF, *in verbis*: A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição (Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 651**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 20 ago. 2017).

¹³ Dados obtidos na Câmara dos Deputados via pedido de acesso à informação (BRASIL, 2017).

isto é, matérias que não poderiam ser regulamentadas por esse instrumento. Porém, defendia-se que havia limites implícitos, vedando-se sua edição em temas nos quais não era permitido o uso da lei delegada (SOBRINHO, 2016, p. 75-76).

Alguns campos temáticos proibidos por essa interpretação sistemática da CF/88 não chegaram a ser objeto de MP; no entanto, temas relacionados a, por exemplo, direitos individuais, matéria orçamentária e penal, que também seriam vedações implícitas, foram regulados por esse instrumento antes da EC 32/2001 (SOBRINHO, 2016, p. 77-80).

Para resolver essas questões, foi aprovada a EC 32/2001, que, além da mudança no *caput* (fim da obrigatoriedade de convocação extraordinária do Congresso para apreciação de MP's), acrescentou uma série de parágrafos no art. 62, com a finalidade de limitar o poder legislativo emergencial do Presidente. Quanto ao campo temático, trouxe as vedações materiais à edição de MP de maneira explícita (§1º) e as peculiaridades de MP editada sobre matéria tributária (§2º)¹⁴.

¹⁴ § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Acerca das reedições, o §10¹⁵ trouxe sua expressa vedação na mesma sessão legislativa, quando houver a rejeição ou perda de eficácia por decurso de prazo da MP. A redação parece ter deixado uma brecha para a reedição de MP na sessão legislativa seguinte ou ainda antes do decurso de prazo, o que é potencialmente preocupante.

Esperava-se que, com a EC 32/2001, o volume de MPs emitidas diminuísse consideravelmente, mas não foi o que ocorreu. Entre 2002 e 20/08/2019, foram emitidas 872 novas MPs, uma média de 4,1 MP's por mês, o que totalizou 1.510 MPs originalmente emitidas entre 1988 e 2019, desconsiderando-se as reedições (BRASIL, 2017). Comparando com o período anterior à emenda, nota-se que houve um leve aumento no volume e na média mensal de MPs originalmente emitidas. A tabela abaixo mostra a emissão de MPs por ano e por mandato presidencial:

Tabela 1 – Medidas Provisórias por ano

MEDIDAS PROVISÓRIAS POR ANO				
Ano	Presidente	Originárias	Reeditadas	Total
1988		15	9	24
1989	Sarney	93	10	103
1990 (*)		17	3	20
1990		76	69	145
1991	Collor	9	2	11
1992 (**)		4	2	6
1992		4	0	4
1993	Itamar	46	50	96
1994		92	313	405
1995		31	404	435
1996	FHC (1ºMandato)	39	596	635
1997		34	680	714
1998		55	747	802

¹⁵ § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

MEDIDAS PROVISÓRIAS POR ANO				
Ano	Presidente	Originárias	Reeditadas	Total
1999		47	1040	1087
2000	FHC (2ºMandato)	23	1086	1109
2001		53	450	503
2002		82	0	82
2003		58	0	58
2004	Lula (1ºMandato)	73	0	73
2005		42	0	42
2006		67	0	67
2007		70	0	70
2008	Lula (2ºMandato)	40	0	40
2009		27	0	27
2010		42	0	42
2011		36	0	36
2012	Dilma (1º Mandato)	45	0	45
2013		35	0	35
2014		29	0	29
2015	Dilma (2º Mandato)	43	0	43
2016 (***)		16	0	16
2016		40	0	40
2017	Temer	51	0	51
2018		53	0	53
2019 (****)	Bolsonaro	23	0	23
Total		1510	5461	6971

* até março de 1990

** até setembro de 1992

*** até maio de 2016

**** atualizado até 20/8/2019

Fonte: Legim – Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados.

O parágrafo 6^o¹⁶ trouxe o sistema de sobrestamento da pauta de deliberação legislativa da Casa na qual a MP tramita, com a finalidade de garantir a sua

¹⁶ § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

rápida tramitação, para se gerar o mínimo possível de relações jurídicas durante a sua vigência provisória. Assim, ocorre o sobrestamento das deliberações legislativas do Plenário após 45 dias da publicação da MP, até se realize a sua votação; tal sobrestamento não alcança o trabalho das comissões. Bem verdade, trata-se de mais uma expressão do poder de agenda do Executivo, na medida em que permite a suspensão dos trabalhos no Congresso para se priorizar a análise de atos normativos presidenciais.

Esse quadro se agrava com o uso abusivo e frequente das MPs, nem sempre em matérias relevantes e/ou urgentes, que gera o sobrestamento da pauta de forma não-excepcional. Nas sessões deliberativas na Câmara dos Deputados ocorridas entre 2001 e 2007, em 65,1% das vezes a pauta estava sobrestada¹⁷. Em 81,2% dos casos o sobrestamento ocorreu em razão de MPs com prazo vencido e em 18% para apreciação de PLs do Executivo em regime de urgência (NETO, 2008, p. 61-62). Assim, 99,2% das causas de sobrestamento do período foram para priorizar a agenda do Executivo.

Acerca do sobrestamento gerado pela MP, é necessário analisar ainda duas questões de ordens discutidas na Câmara dos Deputados sobre o tema e as respectivas interpretações do texto constitucional fixadas.

A Questão de Ordem nº 536/2005 determinou que a expressão “deliberações legislativas” abarque apenas a formação da lei em sentido material (normas gerais, abstratas, impessoais). Com isso, algumas deliberações não são consideradas legislativas e, por isso, não são sobrestadas (como votação de resoluções e de alguns decretos legislativos, a depender do seu conteúdo).

A Questão de Ordem nº 411/2009 (conhecida como doutrina Temer) decidiu que a MP só tranca a pauta de proposições legislativas que podem ser legisladas via medida provisória. Assim, a pauta não fica trancada, por exemplo, em caso de projeto de lei complementar ou proposta de emenda à constituição, isto é, proposições que pela sua natureza não podem ser objeto de MP. A MP só

¹⁷ As razões desse sobrestamento podem ser: apreciação de veto; apreciação de MP após 45 dias de sua publicação (art. 62, §6º da CF/88); apreciação de PLs do Executivo em regime de urgência; representação contra deputado por quebra de decoro parlamentar.

sobresta a pauta, portanto, de deliberações legislativas ordinárias, desde que não sejam hipóteses de vedação material.

Essas duas interpretações desenvolvidas no Congresso foram importantes para amenizar, pelo menos um pouco, o impacto do sobrestamento da pauta sobre seus trabalhos legislativos. Contribuíram para esse objetivo, porém, o problema está longe de ter sido resolvido, pois, grande parte das deliberações legislativas são justamente acerca de leis ordinárias, que, como regra, continuam sendo sobrestadas.

Em sequência, o §9º do art. 62¹⁸ exige a criação de comissão mista para emitir parecer sobre a MP. A comissão deve se manifestar sobre a sua constitucionalidade (sobretudo relevância e urgência), no mérito, quanto à adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência de imediata submissão da MP ao Congresso (SOBRINHO, 2016, p. 91). Até 2012, o papel dessa comissão mista na apreciação da MP era inexistente ou muito reduzido, sendo que, na maioria das vezes, o parecer nem chegou a ser elaborado (CLÈVE, 2011, p. 233); esse era substituído por parecer do relator (art. 6º, §2º da Resolução 1/2002 CN), normalmente proferido e votado já no Plenário da Câmara dos Deputados (AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 246-247).

No entanto, no julgamento da ADI 4029/DF (DJe 27/06/2012), o STF declarou a inconstitucionalidade da substituição do parecer da Comissão pelo do relator e destacou que “que o parecer da comissão mista, em vez de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo” (BRASIL, 2012). À pronúncia dessa inconstitucionalidade, foi dada eficácia *ex nunc*, com o acolhimento de uma questão de ordem suscitada pela Advocacia-Geral da União (AGU), de tal forma que foi preservada “a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo” (BRASIL, 2012).

¹⁸ § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Entre 2012 e agosto de 2019, foram criadas 298 comissões mistas para apreciação de MPs¹⁹. Dentre elas, 16 ainda se encontram em funcionamento e 5 estão aguardando instalação (BRASIL, 2019). Garantiu-se, contudo, apenas o cumprimento formal do texto constitucional. A exigência de parecer da comissão mista pela CF/88 tem a finalidade de garantir a verificação do preenchimento dos mandamentos constitucionais ensejadores da emissão de uma medida provisória. No entanto, apesar de a partir de 2012 serem criadas as tais comissões mistas, o Legislativo continua a se desviar dessa sua função, sem rejeitar as MPs mesmo quando descumprem cabalmente os requisitos de relevância e urgência. Materialmente, a CF/88 continua sendo descumprida.

Um transtorno trazido pela instalação das comissões mistas na prática parlamentar é relacionado ao cumprimento do prazo constitucional. Tendo em vista o prazo exíguo para a apreciação de MPs, elas passam grande parte do tempo constitucional no âmbito da comissão, sobrando bem pouco tempo para o Plenário da Câmara dos Deputados (CD) e menos ainda para a análise do Senado Federal (SF). Muitas vezes, as MPs já chegam no SF sobrestando a sua pauta.

Nesse contexto, foi discutida a PEC 70/2011, que buscava mais uma vez modificar o art. 62 da CF/88 para lidar com os diversos problemas gerados pela emissão excessiva de MPs. Uma de suas propostas foi fixar prazo específico para a CD e para o SF, evitando a dificuldade acima relatada que o SF tem enfrentado.

A proposição, apresentada em 17/08/2011, aguardava a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados e foi reiteradamente retirada de pauta até 04/06/2019. Finalmente, em 05/06/2019, a PEC foi aprovada pela Câmara, na forma da Emenda Aglutinativa Substitutiva nº 1 e encaminhada para votação

¹⁹ Em consulta via LAI ao Senado quanto à criação de Comissões Mistas a partir da inclusão de tal exigência pela EC 32/2001, foi obtida a seguinte resposta: “As Comissões Mistas para apreciação de Medidas Provisórias passaram a ser criadas a partir de março de 2012. Antes disso, não era necessária a criação de Comissão Mista: a apreciação era realizada por parlamentar através de parecer, de acordo com a ADI 4029, STF”. (BRASIL, 2017). Isto é, apesar da clara redação e exigência constitucional trazida no §9º do art. 62, a prática do Senado era não criar a Comissão Mista e não entender que era obrigatória. Apenas com o julgamento da ADI 4029 do STF a obrigatoriedade constitucional (já existente desde 2001) foi admitida pelo Senado e a Comissão Mista passou a ser criada.

no Senado. No Senado, tramitou como PEC nº 91/2019, foi aprovada em 12/06/2019 e encaminhada para promulgação pelo Congresso Nacional. Está prevista para ser promulgada ainda neste mês de agosto de 2019 (BRASIL, 2019).

A tabela abaixo compara as modificações da nova PEC no texto constitucional:

Tabela 2 – Quadro comparativo da redação do art. 62 da CF/88

Redação atual (dada pela EC 32/2001)	Redação após a promulgação da PEC nº 91/2019
<p>§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no <u>prazo de sessenta dias, prorrogável</u>, nos termos do § 7º, <u>uma vez por igual período</u>, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).</p>	<p>§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 deste artigo, perderão eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes, se não forem:</p> <p>I – apreciadas pela <u>comissão mista no prazo de 40 (quarenta) dias</u>, contado do 2º (segundo) dia útil seguinte à sua edição;</p> <p>II – <u>aprovadas pela Câmara dos Deputados no prazo de 40 (quarenta) dias</u>, contado do 2º (segundo) dia útil seguinte ao recebimento do parecer da comissão mista;</p> <p>III – <u>aprovadas pelo Senado Federal no prazo de 30 (trinta) dias</u>, contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pela Câmara dos Deputados;</p> <p>IV – aprovadas pela Câmara dos Deputados eventuais <u>emendas</u> do Senado Federal à medida provisória ou ao projeto de lei de conversão, <u>no prazo de 10 (dez) dias</u>, contado do 2º (segundo) dia útil seguinte à aprovação pelo Senado Federal.</p>
<p>§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).</p>	<p>§ 4º Os prazos a que se referem o § 3º suspendem-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.</p>
<p>§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até <u>quarenta e cinco dias</u> contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)</p>	<p>§ 6º Se, no caso dos incisos II e III do § 3º deste artigo, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem em até <u>30 (trinta) e 20 (vinte) dias, respectivamente</u>, e no caso do inciso IV do mesmo dispositivo, a medida provisória <u>entrará em regime de urgência</u>, sobrestando todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado e das proposições que veiculem matéria vedada a medida provisória, até que se ultime a votação.</p>



Redação atual (dada pela EC 32/2001)	Redação após a promulgação da PEC nº 91/2019
§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)	§ 7º (Revogado).
§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de <u>medida provisória</u> que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)	§ 10. É vedada a reedição de <u>matéria constante</u> de medida provisória na mesma sessão legislativa em que tenha sido rejeitada ou perdido sua eficácia por decurso de prazo.
Não existe previsão.	§ 13. A medida provisória e o projeto de lei de conversão não conterão matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.”(NR)

Elaborado pela autora com dados extraídos do Senado Federal (2019).

Percebe-se que, a partir da promulgação da referida PEC, no lapso temporal de 120 dias de vigência da MP, passarão a valer prazos específicos para a deliberação da comissão mista, da Câmara e do Senado. Houve também uma modificação no prazo de sobrestamento das pautas das duas Casas legislativas. Chama ainda atenção a expressa proibição dos chamados “jabutis legislativos” e a sutil mudança na redação do §10, que gera uma vedação mais ampla de reedição de um mesmo assunto por MP na mesma sessão legislativa em que tenha sido rejeitada ou perdido a eficácia. No geral, parecem modificações positivas, mas só o tempo dirá se poderão trazer melhorias efetivas na tramitação das MPs.

Por fim, a CF/88 prevê a edição de decreto legislativo para regulamentar as relações jurídicas decorrentes de MP rejeitada, seja expressamente ou por decurso de prazo (§3º)²⁰. Se não for editado em 60 dias, a MP irá regulamentar as relações constituídas durante a sua vigência, como se fosse lei revogada

²⁰ § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

(§11)²¹. Nota-se que o prazo constitucional para tal regulamentação é muito exíguo e, ainda que seja apresentado Projeto de Decreto Legislativo (PDC) de medida provisória, geralmente é arquivado por término do prazo²². Com isso, na prática, o Congresso Nacional em raríssimas vezes regulamentou via decreto legislativo tais relações oriundas de MPs rejeitadas ou que perderam a eficácia. Entre 1988 e 2017, foram editados apenas cinco decretos legislativos para tais fins²³. Consequentemente, a MP – que era para ser um ato normativo provisório, sujeito à chancela do Legislativo para se tornar definitivo – regulamenta eternamente algumas relações jurídicas, funcionando como lei revogada. Esse é um cenário de grave afronta à isonomia e de insegurança jurídica.

Diante do exposto, é possível concluir que o instituto da medida provisória é, em certa medida, uma continuidade do decreto-lei do regime ditatorial; bem verdade, a adoção deste instituto não foi a ruptura esperada pelos constituintes com o uso do poder de decreto presidencial abusivo e recorrente. Hoje, o Poder Executivo se mantém como o principal legislador no ordenamento jurídico brasileiro e apenas a criação de limitações efetivas a esse domínio podem mudar essa realidade.

A solução não é, porém, dar fim a qualquer forma de poder de decreto presidencial no Brasil. Conforme alerta Ferreira Filho (2012, p. 38), “recusar poder de legislar ao Executivo não evita que a democracia se veja em crise”; assim como a existência dessas prerrogativas trazem a ameaça de abuso e arbitrariedade, a sua exclusão traz a de ineficiência e impotência. Em grande parte das democracias ocidentais, Executivo e Legislativo compartilham, de maneira mais equilibrada, as competências para a formação do arcabouço jurídico (CLÈVE, 2011,

²¹ § 11 Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

²² Em consulta ao Sistema de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados, 37 PDC's foram arquivados entre 1988 e 2017 por decurso do prazo constitucional. (BRASIL, 2017).

²³ São eles: Decretos Legislativos 33/1994, 166/1991, 17/1994, 27/1994 e 247/2012. (BRASIL, 2017).

p. 147). Para haver esse equilíbrio e não o atual cenário de preponderância do Poder Executivo, é preciso desenhar estreitos limites à sua competência legislativa, de tal forma que se garanta a excepcionalidade no uso da medida provisória.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do resgate histórico dos debates na Assembleia Constituinte, constatou-se que a intenção dos legisladores era conferir apenas uma delegação legislativa parcial e limitada, quando preenchidos certos requisitos e condições. Os constituintes não pretendiam dar continuidade ao decreto-lei, mas sim substituí-lo por um mecanismo mais democrático.

Todavia, os dados estatísticos levantados mostram como a emissão de medidas provisórias tem sido abusiva. Apesar disso, o Judiciário, em regra, não intervém e não susta os atos emitidos, mesmo quando patente a inobservância dos requisitos constitucionais. Da mesma forma, o Legislativo costuma aprovar as MPs emitidas. Isso pode ser explicado pelo alto custo político de rejeição de um ato que altera imediata e unilateralmente o *status quo* legislativo. Assim, na maioria das vezes, torna-se preferível aprová-la, tendo em vista os efeitos já produzidos e os direitos já gerados.

Além disso, o uso das medidas provisórias como instrumento para aprovação de políticas impopulares funciona como escudo da coalizão partidária, protegendo-a da desaprovação popular. Nesse sentido, a regulação em uma área ou questão que poderia gerar custos políticos para o parlamentar perante o seu eleitorado, quando feita via medida provisória, ameniza para ele tais custos. Por isso, é vantajoso para eles que tais medidas impopulares sejam reguladas via MP, que é usada, portanto, como forma de manter a união e preservar acordos políticos entre o partido do Presidente eleito e os partidos que compõem a coalizão.

Desse modo, muitas vezes é politicamente conveniente até mesmo para o Legislativo a emissão de MPs. Ainda assim, constatou-se que, apesar desse interesse político, o poder legislativo tem sido transferido do Parlamento para o Executivo, que se tornou o maior legislador de fato no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, diante da passividade e omissão do Legislativo, somada ao fato de que emitir medida provisória se tornou a maneira ordinária de legislar, a realidade política e institucional brasileira tem sido de uma verdadeira abdicação legislativa em prol do governo. O cenário atual, é, portanto, de um grande desequilíbrio no exercício das funções do Estado, em afronta ao princípio da separação dos poderes. É necessário revalorizar o Parlamento como espaço democrático em contraposição à atual preponderância legislativa do Executivo.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional nº 32/2001 e o papel do Congresso Nacional**. São Paulo: RT, 2004.

ARNOLD, Douglas. **The Logic of Congressional Action**. New Haven: Yale University Press, 1990.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões: Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo – Subcomissão do Poder Legislativo. **Ata da eleição do Presidente e Vice-Presidente**. Brasília, 1987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/subcomissao3a>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Legin – Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados**. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Sistema de Informação Legislativa**. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>>. Acesso em: 03 set. 2017

_____. Câmara dos Deputados. **Questão de Ordem nº 536/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/306226.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Questão de Ordem nº 411/2009**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/mesa/presidencia/gestoes-antiores/michel-temer-2009-2010/discursos/interpretacao-do-presidente-michel-temer-sobre-o-trancamento-de-pauta-pelas-medidas-provisorias>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação da PEC nº 70/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=516111>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **PEC nº 70/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=549BEB8FFDA8AC0770087D65C9ECF746.proposicoesWebExterno1?codteor=910045&filename=PEC+70/2011>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Congresso Nacional. **PEC nº 161/205**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2028612>>. Acesso em: 24 ago 2017.

_____. Senado Federal. **Sistema de Informação ao Cidadão do Senado Federal**. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. Senado Federal. Site oficial. Atividade legislativa. **Comissões**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/comissoes/pesquisa_comissao;jsessionid=AC93E90FF6F852D21A1445A256898F2A?0&tipo=prm,sub,cpi,tmp,mpv,vet&casa=sf,cn>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 11/DF**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469584>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 162/DF**. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19 set. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266229>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.647/PA**. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ, 26 mar. 1999. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266709>>. Acesso em 15. ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.753/DF**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 12 jun. 1998. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=973>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.213/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 23 abri. 2004. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.527/DF**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 23 nov. 2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>> Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.029/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 27 jun. 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 651**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CAREY, John; SHUGART, Matthew. Calling out the tanks or filling out the forms?. In: CAREY, John; SHUGART, Matthew (eds). **Executive decree authority**. New York: Cambridge University Press, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CONAGHAN, Democracy that matters: the search for authenticity, legitimacy and civic competence in the Andes. In: KELLOGG INSTITUTE.

Project Latin America 2000 Series. South Bend: University of Notre Dame, 1994.

EPSTEIN, David; O'HALLORAN, Sharyn. **Delegating powers: a transaction cost politics approach to policy making under separate powers.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional.** Rio de Janeiro: FGV, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MAIA, Cleusa Aparecida da Costa. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos que a legitimam – relevância e urgência, **Revista Imes – Direito**, ano VII, n. 12, jan./dez. 2006.

MARIOTTI, Alexandre. **Medidas provisórias.** São Paulo: Saraiva, 1999.

NETO, Luiz Gonçalves. **O sobrestamento de pauta no processo legislativo.** 2008. 75 f. Monografia (Curso de Especialização em Processo Legislativo). CEFOR – Câmara dos Deputados, Brasília, 2008.

PEREIRA, C.; POWER, T.; RENNÓ, L. Agenda power, Executive Decree Authority and the Mixed Results of Reform in the Brazilian Congress, **Legislative Studies Quarterly**, v. 33, n. 1, p. 5-33, 2008.

POWER, Timothy. The pen is mightier than the Congress: Presidential decree power in Brazil. In: CAREY, John; SHUGART, Matthew (eds). **Executive decree authority.** New York: Cambridge University Press, 1998.

SHUGART, Matthew; CAREY, John. **Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SOBRINHO, Osvaldo. **Medida provisória: um paralelo entre os direitos brasileiro, italiano e argentino sob a perspectiva da segurança jurídica.** Cuiabá: Carlini & Caniato, 2016.

NOTAS SOBRE A POLÍTICA BRASILEIRA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO: em defesa de uma elaboração legislativa de qualidade

Linara Oeiras Assunção¹

1 INTRODUÇÃO

O impacto (positivo ou negativo) que as leis causam nos projetos de desenvolvimento do Brasil é algo que desperta a nossa atenção como objeto de pesquisa. Acreditamos que o Brasil precisa empreender, reconfigurar os papéis do setor público e do setor privado na economia e nos rumos do desenvolvimento. Nessa trilha, precisa inovar não só em produtos, mas em processos, em aspectos organizacionais e por que não dizer aspectos institucionais. Para tanto, requer um arcabouço normativo de qualidade que dê sustento às políticas públicas.

No sistema constitucional brasileiro qualquer política pública deve ser realizada por meio da compreensão da lei em sentido amplo, como decorrência natural do princípio da legalidade que estabelece os limites de atuação do Estado. Administrar uma política pública nada mais é do que aplicar a lei de ofício, uma vez que na lei em sentido amplo é determinado o interesse público primário, de onde decorrem os objetivos, metas, alocação de recursos etc. (VELOSO, 2014).

¹ Professora Adjunta do Departamento de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Amapá, vinculada ao Curso de Direito. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2017). Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (2009). Coordenadora do grupo de pesquisa “Caleidoscópio Tucuju do Direito: as leis e garantias dos direitos fundamentais no século XXI”.

E-mail: lioeiras@hotmail.com

Em momentos de crise, de políticas de austeridade, de ajuste fiscal, o primeiro questionamento que surge diz respeito à aplicação do dinheiro público e o que se tornará prioridade na gestão e, destarte, são de pronto privilegiadas as atividades que dão retorno visível e imediato, o que não é o caso da área de ciência, tecnologia e inovação, na qual os resultados são mais difusos ou menos palpáveis e demandam tempo.

Mas um raro consenso que ocorre entre os pesquisadores é o de que o progresso da ciência, tecnologia e inovação (CT&I) é preponderante para o desenvolvimento econômico. Neste sentido, existem diversos enfoques teóricos que visam ligar a ciência e a tecnologia ao desenvolvimento. “Mas um importante elemento comum a todos é o papel da inovação. Esta, dentre outros fatores, é fundamental para que o desenvolvimento ocorra” (CALZOLAIO; DATHEIN, 2012, p. 4).

De acordo com a Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE, 2004), a inovação constitui um amálgama das políticas de ciência, de tecnologia e de indústria. Uma boa política de inovação parte da premissa de que o conhecimento tem, em todas as formas, um papel crucial no progresso econômico, e que a inovação é um fenômeno complexo e sistêmico (SALERNO; KUBOTA, 2008).

Mazzucato (2014, p. 23-24) acredita que embora a inovação não seja o principal papel do Estado, “mostrar o seu caráter potencialmente inovador e dinâmico – sua capacidade histórica, em alguns países, de desempenhar um papel empreendedor na sociedade – talvez seja a maneira mais eficiente de defender sua existência, e tamanho, de maneira proativa”. Isso porque, não raro, “o Estado tem sido atacado e crescentemente desmontado por meio de imagens de seu caráter burocrático, paralisante, pesado”.

A área de ciência, tecnologia e inovação é conhecida por políticas públicas centradas na figura do governo federal em uma sistemática questionável, por grandes desigualdades socioespaciais em termos de investimentos públicos e privados e por marcos regulatórios complexos, confusos, até incoerentes, em que pese a ainda recente aprovação da Lei nº 13.243/2016 (BRASIL, 2016).

Nesse contexto, o presente estudo traz algumas notas sobre a política brasileira de ciência, tecnologia e inovação com o objetivo de defender que leis

coerentes para esta área geram segurança, criam ambientes propícios aos investimentos, fomentam a inovação, induzem o desenvolvimento econômico e social e, por fim, garantem a fruição dos direitos fundamentais.

A abordagem é qualitativa e possui um enfoque compreensivo pautado em pesquisa bibliográfica e documental. A argumentação assenta-se em duas frentes, quais sejam: a necessidade de reconstrução do arranjo institucional da política brasileira de ciência, tecnologia e inovação, com destaque para a contribuição de Coutinho e Mouallem (2015), e a organização dos marcos legais de CT&I, a partir de uma elaboração legislativa de qualidade – com aplicação da Legística – baseada em Soares e Santos (2010) e Wintgens (2012), dentre outros.

Este processo de investigação justifica-se pela necessidade de equilíbrio e de cuidado do Estado frente ao projeto de desenvolvimento nacional (art. 3º da Constituição Federal de 1988) (BRASIL, 1988) e pela crença de que um conjunto normativo mais fluido e adaptável pode estabelecer um melhor acerto de interesses e coordenação das instituições, permitindo ao Estado um dinamismo e, ao cabo, o fortalecimento da democracia.

2 DA NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DO ARRANJO INSTITUCIONAL DA POLÍTICA BRASILEIRA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

A inovação tem hoje presença obrigatória nas estratégias de desenvolvimento no mundo todo. Gerada em ambiente cada vez mais globalizado, destaca-se atualmente como uma das mais significativas fontes do bom desempenho econômico das nações. Com diferentes formatos, dimensões e características, os processos de inovação geram aumento de produtividade, empregos de melhor qualidade e elevação do nível de bem-estar, além de auxiliar no enfrentamento de todos os desafios ligados ao meio ambiente (ARBIX *et al.*, 2010).

Todavia, como bem alerta Willig (2014), o discurso da inovação deve ser avaliado sempre em um aspecto integral para que a tríade ciência, tecnologia e inovação seja percebida como, de fato, realizadora de direitos fundamentais. É imprescindível a superação do pensamento imediatista que vincula à inovação

ao desenvolvimento com foco somente no aspecto econômico, minimizando o social, provocando reflexos negativos na sequência.

Para esclarecer a inserção da temática “ciência, tecnologia e inovação” (CT&I) no Brasil é preciso compreender que o país passou por diversos processos de desenvolvimento que foram marcados pela conjuntura econômica, pelas ideologias dos governos vigentes e pelos inúmeros atores influentes, como acadêmicos, empresários e organizações da sociedade civil. O Estado buscou e busca constantemente elaborar políticas voltadas para o desenvolvimento/crescimento com a manutenção ou aumento do seu status de potência econômica (SALERNO; KUBOTA, 2008).

Entre 2003 e 2014, as principais políticas do governo federal que impactaram a área de CT&I foram: a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE: 2003-2007), a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP: 2008-2010) e o Plano Brasil Maior (PBM: 2011-2014).

Em 2003, com a adoção da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE: 2003-2007) e os demais instrumentos normativos gerados com ela, destacando-se a Lei do Bem², Lei de Inovação³, a Lei de Biossegurança⁴, a Lei de Informática⁵, criação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Industrial (CNDI) e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI)⁶ foi possível fortalecer o sistema de promoção à inovação das empresas (QUEIROZ, 2011).

Com a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP: 2008-2010), lançada em 12 de maio de 2008, procurou-se expandir os incentivos em pesquisa e desenvolvimento. A PDP teve um forte apelo de incentivos fiscais na política de CT&I ao criar diversos mecanismos de financiamento, desonerações fiscais e

² Lei do Bem: Lei nº 11.196 de 21/11/2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.798, de 07/07/2006.

³ Lei nº 10.793, de 02/12/2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.563, de 11/10/2005.

⁴ Lei nº 11.1105, de 23/11/2005.

⁵ Lei nº 8.248 de 1991, alterada pelas Leis nº 10.176 de 2001 e nº 11.077 de 2004.

⁶ Lei nº 11.080, de 30/10/2004 e regulamentada pelo Decreto nº 5.353, de 24/01/2005.

fundos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou de novas fontes na Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) e no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), ou seja, o Estado passou a apoiar fortemente o setor por meio de medidas de apoio ao financiamento mais arrojadas (BRASIL, MDIC, 2015).

O Plano Brasil Maior (PBM: 2011-2014) envolveu diversos setores do governo (13 Ministérios, empresas públicas e uma agência paraestatal), além de um corpo múltiplo de atores privados. Visou estabelecer uma rede de participação extensa e aberta aos atores interessados e contou com um amplo arranjo institucional que se dividiu em ações transversais e setoriais (CARDOSO, 2011). O PBM se empenhou em atuar de maneira articulada com a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (ENCTI), política de CT&I do MCTI, seguindo um arranjo no qual a ENCTI constituiu a base de estímulos à inovação (BRASIL, MCTI, 2015).

Considerando a série de ações desencadeadas pelo poder público na busca pela estruturação da inovação no ordenamento jurídico brasileiro, muitos autores (como Grizendi, 2011), citam um conjunto de legislações como sendo o marco legal de CT&I no Brasil.

Desta feita, podemos considerar a área alicerçada, especialmente, sobre as seguintes normas: Lei nº 8.248/1991, Lei de Informática e suas alterações; Lei nº 10.973/2004, Lei de Inovação, regulamentada pelo Decreto nº 5.563/2005, e suas alterações; Capítulo III da Lei nº 11.196/2005, Lei do Bem, regulamentado pelo Decreto nº 5.798/2006, e suas alterações; Lei Complementar nº 123/2006, Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e suas alterações; Leis estaduais de inovação; Lei nº 13.123/2015, que trata do acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; a Emenda Constitucional nº 85/2015, os arts. 218 e 219 da CF/88; a Lei nº 13.243/2016 (novo marco legal de ciência, tecnologia e inovação); e o Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018 (que regulamentou a Lei nº 13.243/2016).

Apesar da criação de um ambiente mais favorável, da construção de marcos legais, a política de CT&I ainda não foi fincada como mecanismo de ampliação do potencial social e econômico do país.

Lascoumes e Galès (2012) lembram que as políticas públicas não existem no vazio. São estruturadas por normas, orçamentos e instituições que enquadram as ações de diversos atores governamentais e não-governamentais. Neste sentido, a política de CT&I está demandando maior sinergia entre normas, instituições e atores e demandando sua associação estratégica à visão global do desenvolvimento que se deseja para o Brasil.

Na busca pela construção política do desenvolvimento é fundamental para o Estado pensar sobre a legislação, pois ela é uma das formas mais importantes de expressão da vontade estatal, principalmente quando se compreende que ela não só cria obrigações e direitos, como estabelece diretivas para a atuação do governo dentro dos limites estabelecidos no texto constitucional (SOARES; SANTOS, 2010).

É preciso debater a melhoria da atividade normativa, proveniente tanto do Parlamento (Poder Legislativo), quanto do Governo (Poder Executivo), isso porque não raro o Poder Executivo apropria-se da agenda do Poder Legislativo, ou ainda de outras entidades com competências normativas.

Ao agir normativamente, o Poder Executivo torna-se legislador e como tal é responsável por seus atos, no sentido de que deve apresentar justificção para legislar, pois a justificção é parte do processo de legitimação dos atos legislativos. Nesse cenário, a política não é excluída do direito, pois o legislador, a despeito da máxima discricionariedade com que pode atuar, é considerado um ator jurídico (WINTGENS, 2012), que deve justificar a restrição de liberdade que seus atos impõem aos cidadãos, já que a liberdade é vista como ponto de partida e princípio fundante da organização do espaço político.

Para Coutinho e Mouallem (2015), a capacidade de um país gerar inovação demanda um complexo arranjo institucional no qual a ação governamental não apenas não pode ser dispensada, como se mostra decisiva para o desempenho das empresas ou firmas inovadoras, desde as grandes às pequenas. O Estado não é o agente diretamente responsável pela inovação, mas sem ele não é possível reunir as condições institucionais para ela ocorra. A inovação é, por isso, resultado da habilidade de a política pública estruturar arranjos capazes de induzir as empresas a investir em inovação e estimular a interação entre elas, as universidades e o próprio Estado. Ou seja, para fomentar a inovação é necessário conceber,

estruturar e articular políticas públicas e arranjos institucionais capazes de coordenar atores-chave como o Estado, as empresas e empresários e as universidades.

Os quadros abaixo descrevem as políticas ligadas à inovação.

Quadro 1 – Políticas diretamente ligadas à política de inovação

Políticas diretamente ligadas à política de inovação
<ul style="list-style-type: none">- políticas industriais e de competitividade- políticas de comércio exterior- políticas de fomento e de financiamento voltadas ao campo da pesquisa e desenvolvimento (P&D)- políticas de defesa da concorrência e regulação- políticas de propriedade intelectual- políticas de apoio às pequenas e médias empresas- políticas de educação para formação de mão-de-obra qualificada

Fonte: elaboração a partir de Coutinho e Mouallem (2015).

Quadro 2 – Políticas indiretamente ligadas à política de inovação

Políticas indiretamente ligadas à política de inovação
<ul style="list-style-type: none">- políticas macroeconômicas- políticas fiscais- políticas monetárias

Fonte: elaboração a partir de Coutinho e Mouallem (2015).

O caso brasileiro de inovação mostra, não obstante a existência de entraves para que a legislação cumpra, em seu propósito sistêmico e de modo efetivo, as funções para que foi criada, que os subsistemas de normas – tributárias, orçamentárias, financeiras, licitatórias ou patentárias, por exemplo, não se articulam adequadamente e não são vistos de forma orgânica pelos seus respectivos operadores – cada um opera as suas normas (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

A complexidade institucional das políticas de inovação é reflexo dos sistemas nacionais de inovação, tidos como um conjunto complexo de instituições cuja atuação coordenada determina o desempenho inovador de um país (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

A trajetória de evolução do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) brasileiro é marcada pela necessidade de emparelhamento do país com os sistemas mais avançados do mundo. Os principais atores desse

sistema são as instituições de ciência e tecnologia, as entidades da gestão pública e as empresas (MCTI, 2016).

Nesse ponto, a Figura 1 dá conta da visualização desses principais dos atores do sistema nacional.



Figura 1 – Principais atores do SNCTI

Fonte: Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação – 2016-2019 (MCTI, 2016, p. 18).

Vê-se que muitos atores compõem o SNCTI, alguns com níveis de atuação mais abrangentes, outros com funções mais restritas no funcionamento do sistema. Diversos papéis devem ser desempenhados por esses atores: tomar decisões estratégicas, operar instrumentos, realizar pesquisas, elaborar programas, etc. Cabe aos atores políticos a definição de diretrizes estratégicas que nortearão as iniciativas do sistema. O poder decisório desses atores deriva tanto dos resultados da democracia representativa (Poderes Executivo e Legislativo), como das escolhas realizadas no âmbito das entidades de representação setoriais (empresários, trabalhadores e pesquisadores). Às agências de fomento compete o domínio dos instrumentos que viabilizarão as decisões tomadas pelos atores políticos. Já aos operadores do sistema compete a execução das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação planejadas (MCTI, 2016).

O sistema brasileiro conta com um nada desprezível arcabouço jurídico resultante, historicamente, do acúmulo em “camadas geológicas” de instituições criadas em diferentes contextos e fases desde a segunda metade do século passado (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

O resultado da evolução histórica das políticas de CT&I no país demonstra que angariamos um arcabouço jurídico e institucional diversificado e abrangente. Mas que este ainda não se revelou suficiente à empreitada, pois o fomento à inovação exige capacidades jurídicas estatais ainda mais funcionais, operativas e legitimadoras. Mais do que isso, exige que certos “gargalos jurídicos e institucionais” à inovação sejam deslindados (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Para melhor compreensão desses gargalos, cabe aproveitar a divisão de Coutinho e Mouallem (2015) em: a) gargalos de coordenação entre órgãos públicos; b) gargalos de sinergia nas relações público-privadas; c) gargalos de aprendizado e experimentação na política; d) gargalos na seletividade da política.

Com relação aos *gargalos de coordenação entre órgãos públicos* destaca-se o rigor no controle e ambivalência na interpretação legislativa por órgãos públicos, que têm atingido não apenas as atividades de empresas, mas também de instituições de ciência e tecnologia (ICT), além das próprias agências de fomento, que relatam um cenário de grande insegurança jurídica (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Há um distanciamento e ausência de diálogo institucional entre instituições gestoras e órgãos de controle. Este padrão de controle, a um só tempo dúbio e rígido, produz pelo menos duas consequências deletérias à inovação: gera tempo perdido ao pesquisador brasileiro no cumprimento de procedimentos – se comparado ao padrão internacional –, tornando projetos de pesquisa muito mais custosos; contribui com a formação de um ambiente de incerteza ainda maior em torno destas atividades que, somado à legislação confusa e obsoleta, cria um ambiente de enorme insegurança jurídica (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Em fevereiro de 2017, o Conselho Nacional das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica (CONFIES) divulgou em seu *site* a seguinte notícia: “Cientistas gastam mais de 30% do tempo de estudo com burocracia dos projetos”. De fato, a notícia abordou um

levantamento feito pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e pelo CONFIES, o qual revela que os cientistas gastam, em média, mais de 30% do tempo de estudo com a gestão dos projetos. Na maioria das vezes, a burocracia ocasiona demora na aquisição de insumos e gera perdas reais nos resultados da pesquisa (CONFIES, 2017).

O Brasil tem uma qualidade muito boa de pesquisa, mas não consegue transformar esse conhecimento em bens e serviços. “O problema do país não é só falta de recursos, é a agilidade para fazer a relação entre universidade, governo e empresas para gerir esses recursos”⁷. Temos vários projetos prejudicados pela burocracia, porque o fluxo de recursos é lento (CONFIES, 2017).

Dos 301 cientistas que responderam à pesquisa⁸, 69% afirmaram que o grau de burocracia aumentou nos últimos anos. Quando perguntados sobre a quantidade de formulários que precisam preencher para solicitar apoio ao projeto, 63% disseram que o número é maior que antes. Considerando a amostra do levantamento, 64% dos projetos têm financiamento público. A questão é que a burocracia exige a previsão de tudo o que vai acontecer durante a pesquisa, o que é inviável (CONFIES, 2017).

Peregrino ([s.d], p. 23) em uma apresentação sobre o “Novo Marco Legal e Inovação no Brasil”, “pontuou as patologias da burocracia *versus* a inovação, inspirado em Kafka”: sacralização das regras; muda lentamente; é impessoal com todos, mas é operada por pessoas; inflexível, incapaz de adaptar-se às novas realidades; regras perfeitas, as pessoas nem tanto; padroniza condutas, inibe a criatividade; a burocracia tenta ser neutra, mas seu tamanho e complexidade induzem ao conflito, ao interesse e à corrupção; e, no Brasil, o medo de transgredir paralisa o gestor.

Na pesquisa do MCTIC e CONFIES, neste viés, um questionamento foi bem relevante para demonstrar a realidade brasileira: “Qual a principal medida

⁷ Trecho retirado da fala do Dr. Fernando Peregrino, diretor de Orçamento e Controle da COPPE/UFRJ e presidente do CONFIES.

⁸ Foram respondidos 301 questionários, nas 5 regiões do país, por 23 Estados e DF, por meio de 46 fundações que apoiam 34 IES e seus 37.664 representados (MCTIC; CONFIES, 2017).

de desburocratização que deveria ser tomada pelas agências de fomento à pesquisa ou pelos órgãos que financiam a pesquisa?” (MCTIC; CONFIES, 2017). Vejamos o gráfico com as respostas.

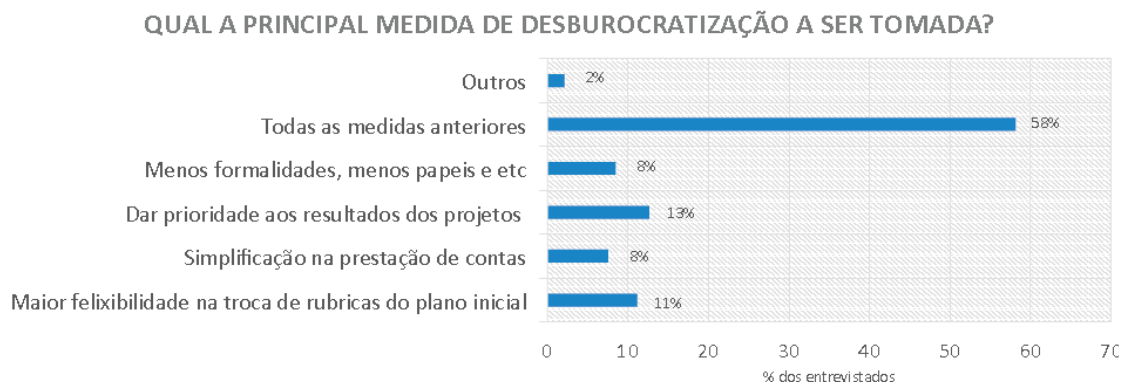


Gráfico 1 – Medidas de desburocratização

Fonte: Relatório MCTIC e CONFIES (2017).

Em síntese, o estudo concluiu que o fenômeno da burocracia é amplamente percebido pelo pesquisador brasileiro (MCTIC; CONFIES, 2017).

Coutinho e Mouallem (2015), no que se refere à solução para os gargalos de coordenação entre os órgãos públicos, acreditam na contínua informação e capacitação profissional de controladores para que conheçam as especificidades e dificuldades que envolvem a atividade de CT&I; e a adoção de um modelo de controle menos pautado pelo rigor no procedimento e mais finalístico ou pautado por resultados, o que, por sua vez, requer aproximação entre instituições gestoras e controladores da política.

Já os desafios que se apresentam para a melhor coordenação entre os órgãos públicos são: coordenar a atuação das diferentes agências de fomento, deixando claras as funções a serem desempenhadas por cada uma delas, que possuem instrumentos de fomento à inovação assemelhados que, frequentemente, se sobrepõem; garantir sintonia às diferentes políticas governamentais, evitando criar incentivos ambíguos ou contraditórios; e, promover integração no interior das próprias agências que operacionalizam mais de um instrumento de apoio, de modo a combinar estrategicamente diferentes meios para obter melhores resultados (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Sobre os *gargalos de sinergia nas relações público-privadas* comenta-se que não apenas as relações entre instituições públicas encontram-se desarticuladas, mas também entre setor público e empresas privadas há pouca sinergia. Para Coutinho e Mouallem (2015) dois vetores compõem esse gargalo: a dificuldade de se direcionar políticas de inovação diretamente às empresas; e a fragilidade da relação entre Estado, empresas e universidades. Políticas de subvenção econômica destinam-se primordialmente às universidades e centros de pesquisa (ou ICT) e não às empresas, o que se deve ao desenho de incentivos criados pela legislação brasileira. Contribui para este cenário a reduzida divulgação dos programas e recursos disponíveis, ou, em poucas palavras, a falta de informação.

Um estudo da FIESP (2011, p. 7) sobre os obstáculos à inovação deixou evidente o desconhecimento por parte das empresas sobre os serviços prestados pelas universidades (27%) e sobre os instrumentos de apoio à inovação (22%).

No tocante aos *gargalos de aprendizado e experimentação na política*, o destaque é que o sucesso das políticas de inovação depende não apenas da capacidade governamental de coordenar atores, mas também de um esforço contínuo de revisão e aperfeiçoamento. O que demanda, de um lado, certo grau de experimentalismo na política e, de outro, a capacidade de avaliar suas ações e aprender com a própria experiência ao longo do tempo (o sistema nacional de inovação brasileiro encontra dificuldades também nesse quesito). Ademais, por envolver um significativo grau de incerteza que lhe é próprio, a atividade de inovação requer das agências estatais um modelo de acompanhamento e avaliação contínuo e mais sofisticado, possibilitando uma avaliação mais completa e, ao mesmo tempo, sujeita à revisão (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Os *gargalos na seletividade da política* apontam que parte importante dos problemas relativos ao fraco desempenho brasileiro em inovação se deve à estrutura da indústria, ou melhor, à fragilidade dos setores industriais que mais inovam. Um dos obstáculos à sinergia público-privada, como já mencionado, diz respeito à reduzida capacidade do Estado em alocar parte dos recursos diretamente nas empresas, levando-o a favorecer antes as ICT do que efetivamente o setor produtivo. Mas, para além disso, o Estado tem encontrado uma enorme dificuldade também em realizar escolhas sobre qual setor (ou quais setores) irá intervir, de modo que tem sido preferível contemplar um vasto número de

projetos com poucos recursos a eleger prioridades e negar demandas por recursos para uma parte dos projetos. O que está em jogo é a legitimidade da atuação estatal para decidir sobre atores ou setores a que se destina o apoio público (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Por certo, para que a inovação ocorra ela reclama um concerto de interesses entre diferentes indivíduos e de instituições que adequadamente devem canalizar uma coordenação econômica-social. Como reforçaremos adiante, as leis ganham um lugar de destaque, posto que os sistemas de ciência, tecnologia e inovação buscam operar com marcos regulatórios mais fluidos e mais adaptáveis aos riscos e incertezas típicos dessas atividades, propiciando uma ligação eficiente entre os atores governamentais e não governamentais envolvidos (COOTER; SCHAEFER, 2011).

3 ORGANIZANDO OS MARCOS LEGAIS DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO E TRILHANDO CAMINHOS PARA UMA ELABORAÇÃO LEGISLATIVA DE QUALIDADE

Não resta dúvida que o lastro de criatividade normativa do Poder Executivo Federal Brasileiro demanda planejamento e consenso (participação e contraditório). Não podemos esquecer que o Poder Executivo participa de uma boa “fatia” do processo de decisão na escolha do conteúdo das normas porque a ele é delegada a tarefa de densificação da legislação, ou seja, de precisão do conteúdo normativo com base na realidade em que a norma vai ser aplicada (SOARES; SANTOS, 2010).

As leis são instrumentos que implicam uma escolha do Estado para realizar os seus objetivos em todas as suas esferas de atuação e que implicam ainda decisões governamentais que estabelecem, de forma direta ou indireta, comportamentos para os cidadãos e para as empresas (SOARES; SANTOS, 2010).

Nas políticas de CT&I, desenhadas ao longo de 2003 a 2014, percebemos a profusão de normas e de programas implementados, nos quais o Poder Executivo fez uso de sua criatividade normativa. Ganhos e perdas foram perceptíveis.

Pode-se dizer que o fraco desempenho das políticas de inovação é produto, sobretudo, da inefetividade e da desarticulação do SNCTI. E que, apesar do

crescente esforço de estímulo à inovação, persiste uma série de obstáculos – que são, em larga medida, de ordem jurídico-institucional –, que impossibilitam o país de “dar um salto em ciência e tecnologia” (BEIRÃO, 2010).

As normas brasileiras de CT&I foram introduzidas no ordenamento em diferentes contextos e segundo racionalidades distintas. É preciso organizar o direito positivo na área de CT&I para torná-lo mais claro, preciso, enxuto, atualizado e racional. Esse labor tem 2 (duas) dimensões distintas: sanear o passado com o tratamento eficiente do entulho legislativo; e cuidar do presente com a adoção de técnicas que sirvam para preservar a legalidade da lei e a sua lesa integração no ordenamento.

No tocante às dimensões mencionadas, é necessário enfrentá-las com elementos de Teoria da Legislação, estudando todo o circuito de produção das normas, sendo que ainda é preciso buscar a qualidade das leis com a adoção de técnicas de Legística.

A Legística como um ramo do conhecimento que propõe tanto questões teóricas, quanto práticas diante da necessidade de legislar e regular, preocupa-se com o uso do poder regulatório que concretize, mediante participação, o fim de atender às necessidades coletivas e o bem comum, uma vez que os Estados devem estar atentos para o fato de que a qualidade da regulação exerce enorme impacto no seu desenvolvimento, bem como no grau de confiança nas instituições (SOARES; SANTOS, 2010).

Autores como Delley (2004), Mader (2009) e Soares (2004) vão defender a Legística como um conhecimento que dá atenção ao momento de criação do direito, dá atenção à fase pré-legislativa, considerando os ônus de uma futura ação normativa para os cidadãos, empresas e administração pública.

Mader (2009) ao dividir os campos de interesse da Legística separa-os em Legística material e formal. A Legística material trata do teor normativo da legislação ou, mais especificamente, propõe uma forma metódica de se elaborar o seu teor normativo. Também procura desenvolver ferramentas de uso prático, que venham a facilitar as diferentes etapas analíticas, a sequência de passos inerentes à abordagem metodológica. A Legística formal, por sua vez, trata dos aspectos legais: os diferentes tipos de atos normativos, as instituições jurídicas, a estrutura

formal dos atos normativos e a forma por meio da qual novas leis são introduzidas ou integradas no arcabouço normativo preexistente.

Do ponto de vista da Legística, algumas tendências são preocupantes. O aumento acentuado da quantidade de legislação, por exemplo, está parcialmente relacionado com o fato de que os legisladores estão a cada dia mais inclinados a elaborar leis cada vez mais detalhadas porque não confiam na legislação ou porque consideram que os tribunais precisam desse detalhamento (MADER, 2009; SOARES, 2004).

Outro problema é a aceleração do processo legislativo e a instabilidade cada vez maior da legislação, a vida muito curta da lei. Estabilidade é essencial à legislação e precisa ser garantida para que esta possa cumprir realmente sua função fundamental perante a sociedade (SOARES, 2004).

Ao longo dos anos, a maioria dos países, seja de *civil law*, seja de *common law*, acumulou um grande estoque de leis, de atos normativos e isso gerou (e vem gerando) vários problemas, tais como: “a) dificuldades na interpretação-aplicação; b) distanciamento entre a lei e o cidadão provocado por falhas de compreensão e de acesso ao texto; c) incerteza acerca do direito vigente, sobretudo em sistemas normativos complexos” (SOARES, 2007, p. 138).

Em razão desses cenários, vários documentos internacionais (protocolos, resoluções, recomendações etc.) começaram a ser produzidos por organismos multilaterais como a OCDE e o Grupo de alto nível para a melhoria da qualidade legislativa (Grupo Mandelkern – EU), denunciando o impacto negativo que marcos regulatórios complexos e euxarientes deixam no desenvolvimento econômico e social dos países.

Nessa linha de raciocínio, dentre os defensores de uma elaboração legislativa de qualidade, devemos citar Wintgens (2012), estudioso que estrutura a Teoria da Legisprudência com base no princípio da liberdade, adotando-a como ponto de partida para qualquer análise e reflexão.

Na compreensão de Wintgens (2012) qualquer restrição à liberdade do sujeito só pode ser imposta pelo próprio sujeito. A restrição de origem exterior deve ser dialogada e a adoção só será justificada se for a opção mais adequada para solucionar questões envolvendo outros. O autor entende que a liberdade

como princípio requer que o sujeito tenha iniciado um processo de autoconhecimento, de reconhecimento do seu lugar no mundo, para que possa se apoderar sem que o Estado tome por ele as decisões relativas ao exercício da sua liberdade.

A Legisprudência importa muito em face do fenômeno vivenciado nos dias atuais de proliferação legislativa, no qual o Estado tudo quer regular, reduzindo a liberdade dos indivíduos com base apenas no requisito formal de submissão ao processo legislativo ou no exercício problemático do poder regulamentar do Poder Executivo.

Debatendo as vertentes que chama de legalismo forte⁹ e de legalismo fraco¹⁰, Wintgens (2012) defende a racionalidade da legislação, que deve estar ligada à noção de que a legislação implica em tomar decisões e que essas decisões incluem escolhas. Nesse sentido, é obrigação do legislador demonstrar que a decisão tomada reflete uma escolha informada. Retomando a liberdade como princípio, o legislador tem que estar vinculado ao contexto social, pois a legitimação de suas ações deve ser feita com base em um processo democrático, onde o próprio destinatário participa do debate sobre como, quanto e em que medida a sua liberdade será limitada.

A Legisprudência tem uma faceta instrumental para aferir a qualidade da legislação e guia-se por meio de 4 (quatro) princípios: alternatividade, densidade normativa, temporalidade e coerência. Todos eles baseados no princípio maior da liberdade.

Assim, um sistema legal é coerente na medida em que faz sentido como um todo. A limitação externa à liberdade dos sujeitos deve ser sempre uma alternativa justificada e dialogada (argumentada). De acordo com o princípio da temporalidade é necessário que haja uma avaliação que possibilite a suspensão da vigência da norma obsoleta e até mesmo sua revisão e adequação. Ainda, no momento de elaboração normativa, ao se concluir que a produção de um novo ato normativo é a melhor alternativa, pelo princípio da densidade normativa

⁹ A legalidade da norma é definida por sua forma.

¹⁰ A ação do legislador com os critérios formais da lei é condição necessária, mas não suficiente para que seja considerada legítima.

há que se justificar a escolha, pois quanto mais densa, maior será o alcance da limitação externa à liberdade dos sujeitos (WINTGENS, 2012).

Não é possível desenvolver um país, economicamente e socialmente, sem pensar em legislação previsível, segura e confiável, com uma visão de responsabilização,

Em que pesem os avanços obtidos com as recentes alterações legislativas na área de CT&I, acredita-se que é essencial para o país um projeto voltado para a racionalização da produção jurídica existente.

Auxilia nessa tarefa o instituto da consolidação: fusão de fontes normativas preexistentes com objeto ou âmbito de aplicação idêntico, análogo ou conexo (segundo critérios predefinidos), acompanhada de alterações formais destinadas a eliminar eventuais divergências, colisões ou repetições de normas, acrescentando todas as disposições, de modo a conferir, em alguma medida, certa unidade interna ao corpo normativo resultante (SILVA, 1993).

A tarefa da consolidação pode e deve, no entanto, ser precedida de ou integrada por outros mecanismos visando ao aligeiramento do número de fontes a consolidar. Na verdade, uma vez definido o critério de delimitação da área jurídica a consolidar, é imprescindível fazer a identificação e, depois, uma triagem das fontes existentes, a fim de determinar, entre as várias normas, quais sejam aquelas cuja justificção se mantém no momento presente (e numa óptica de ponderação das necessidades futuras efetivamente previsíveis), a fim de eliminar as que se revelem desnecessárias. A ideia é, pois, a de que a consolidação não deve ser um mecanismo de eternização de regulamentações objetivamente prescindíveis, mas de racionalização do direito, o que torna imperativa a avaliação legislativa (simultaneamente ou sobretudo avaliação de política pública) (SILVA, 1993).

Nesse sentido, o país pode aprender com experiências positivas no direito comparado de compilação e consolidação legislativa, especialmente esta última que visa à fusão de fontes normativas preexistentes com objeto ou âmbito de aplicação idêntico, análogo ou conexo, acompanhada de alterações formais destinadas a eliminar eventuais divergências, colisões ou repetições de normas, acrescentando todas as disposições de modo a conferir certa unidade interna ao conjunto normativo (SILVA, 1993).

As políticas de CT&I brasileiras carecem disso, de uma unidade interna no conjunto normativo posto. Hoje, por exemplo, os incentivos fiscais encontram-se espalhados em diferentes leis, com critérios e exigências diversos, causando entraves para as empresas e o próprio governo.

É preciso também aproximar mais os juristas, que têm um papel relevante na elaboração de normas, das discussões atinentes à CT&I. Aumentar a expertise e a familiaridade dos operadores do direito com a inovação trará ganhos reais para o funcionamento do SNCTI.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política brasileira de ciência, tecnologia e inovação, dentre tantos aspectos, traz à tona algo que já vem sendo discutido em diversos documentos internacionais e nacionais: a necessidade de se enfrentar o dilema do ajuste dos arcabouços legais nacionais às aceleradas mudanças em curso na produção do conhecimento científico e no desenvolvimento de novos produtos, processos e serviços, suscitando o velho debate do “tempo como matéria clássica da norma” (HESPANHA, 2009).

Observa-se no país, no tocante à inovação, o imperativo de utilização seletiva e pragmática de instrumentos jurídicos variados, que se baseiam em diferentes racionalidades. As soluções e os remédios jurídicos devem dar conta da dimensão sistêmica e multifacetada dos desafios a serem equacionados. Iniciativas regulatórias parciais ou fragmentadas serão insuficientes e interpretações desconectadas da realidade concreta da implementação da política pública encontrarão limites (COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Devemos concordar com os autores que os mais significativos “gargalos à inovação” no Brasil resultam da visível dificuldade de fazer as leis relacionadas ao setor de CT&I operarem simultânea e coordenadamente.

Assim, vale a pena utilizar a Legística como meio de operacionalização da razão prática ao processo legislativo, buscando leis mais eficientes e evitando efeitos danosos causados pela legislação mal concebida e a Legisprudência como substrato filosófico da problematização do impulso legislativo.

A gênese da norma exige a compreensão ou estudo do que efetivamente impulsiona ou desperta o seu processo criativo (ABURACHID, 2012). A Legística atua de forma complementar no campo da teoria do direito. Não mira na determinação do conteúdo exato das regras, mas na estrutura e funcionalidade de um sistema que se legitima democraticamente pela participação de seus sujeitos e destinatários no processo contínuo de constituição do direito (SANTOS, 2011).

Para que se enfrentem esses desafios as políticas de CT&I devem operar em um ambiente normativo claro e confiável. O ideal de desenvolvimento, tal como insculpido no art. 3º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), sempre vai abarcar a compreensão do direito pelos seus operadores: de como agir para efetivar o acesso dos cidadãos aos diversos bens. O oposto, a incompreensão por parte desses operadores, pode gerar um risco para o êxito das políticas públicas ou mesmo um obstáculo para a efetivação de direitos.

REFERÊNCIAS

ABURACHID, Frederico José Gervasio. **Função Normativa do Executivo e seus limites**. Dissertação [mestrado]. UFMG/Faculdade de Direito/Belo Horizonte. Belo Horizonte: UFMG, 2012, 218p.

ARBIX, G.; SALERNO, M. S.; TOLEDO, D.; MIRANDA, Z.; ALVAREZ, R. R. [Orgs.]. **Inovação: estratégia de sete países**. Série Cadernos da Indústria ABDI. Volume XV. Brasília, DF: ABDI, 2010. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf>. Acesso em: 10/11/2016.

BEIRÃO, Paulo Sérgio Lacerda. Arcabouço legal ou entraves legais? Consolidação do Sistema Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação (SNCTI). O ambiente regulatório – entraves e desafios. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE). **Parcerias Estratégicas**, vol. 15, nº 31, 2010, p. 47-51. Brasília, DF: CGEE, 2010. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/473/452. Acesso em: 28/09/2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10/08/2016.

BRASIL. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. DOU de 3.12.2004 e retificado em 16.5.2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 10/08/2016.

BRASIL. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica [...]. DOU de 22.11.2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 10/08/2016.

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. [...] dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. DOU de 14.5.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10/08/2016.

BRASIL. **Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação [...]. DOU de 12.1.2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm. Acesso em: 10/08/2016.

BRASIL. **Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991**. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. DOU de 24.10.1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8248.htm. Acesso em: 10/08/2016.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC). **BRASIL MAIOR. Inovar para Competir. Competir para crescer.** Plano 2011/2014. Texto de Referência. Ago./2011. Disponível em: http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/wpcontent/uploads/2011/11/plano_brasil_maior_texto_de_referencia_rev_out11.pdf. Acesso em: 17/10/2015.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC). **Política de Desenvolvimento Produtivo.** Resumo Executivo. Balanço de Atividades 2008/2010. Disponível em: http://www.pdp.gov.br/Relatorios/Resumo%20Executivo_vers%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 17/10/2015.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC). **Política de Desenvolvimento Produtivo.** Resumo Executivo. Relatório de Macrometas. Disponível em: http://www.pdp.gov.br/Relatorios/Macrometas%20_%20Balan%C3%A7o%20geral_vers%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 17/10/2015.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC). **Plano Brasil Maior.** Disponível em: <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/>. Acesso em: 17/05/2011.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC). **Política de Desenvolvimento Produtivo. Resumo Executivo – Balanço de Atividades 2008/2010.** Disponível em: http://www.pdp.gov.br/Relatorios/Resumo%20Executivo_vers%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 17/10/2015.

BRASIL. Ministério da Ciência Tecnologia e Inovação (MCTI). Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Nacional. **Estratégia Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação 2016 – 2019.** Brasília, 2016.

CALZOLAIO, Aziz Eduardo; DATHEIN, Ricardo. **Políticas fiscais de incentivo à inovação:** uma avaliação da Lei do Bem. Porto Alegre: UFRGS/ FCE/DERI, 2012. Disponível em: http://www.ufrgs.br/decon/TD15_calzolaio_dathein.pdf. Acesso em: 17/10/2015.

CARDOSO, Elis Ferrante. **Plano Brasil Maior**. Avaliação preliminar. Campinas: UNICAMP, 2011.

CONFIES. “**Cientistas gastam mais de 30% do tempo de estudo com burocracia dos projetos**”. 13 fev. 2017. Disponível em: <http://confies.org.br/institucional/cientistas-gastam-mais-de-30-do-tempo-de-estudo-com-burocracia-dos-projetos/>. Acesso em: 14/02/2017.

COOTER, Robert D.; SCHAEFER, Hans-Bernd. **Solomon’s Knot: How Law Can End the Poverty of Nations**. Princeton University. Dez. 2011. Disponível em: https://works.bepress.com/robert_cooter/156/. Acesso em: 20/08/2016.

COUTINHO, Diogo R.; MOUALLEM, Pedro S. B. Gargalos jurídico-institucionais à inovação no Brasil. *In*: COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da; SCHAPIRO, Mario G. (Coords.). **Direito Econômico Atual**. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 86-119.

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.

FIESP. Departamento de Competitividade e Tecnologia. **Obstáculos à Inovação**, Set./2011. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/obstaculos-a-inovacao/>. Acesso em: 10/09/2016.

GRIZENDI, Eduardo. **Manual de Orientações Gerais sobre Inovação**. Ministério das Relações Exteriores. Departamento de Promoção Comercial e Investimentos. Divisão de Programas de Promoção Comercial. 2011. Disponível em: <http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/estudos/PUBEstudosManualDaInovacao.pdf>. Acesso em: 10/01/2017.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009.

LASCOUMES, Pierre; GALÈS, Patrick le. **Sociologia da Ação Pública**. Alagoas: Edufal, 2012.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. *In: Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento* (2007: Belo Horizonte, MG), Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 43-54.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Tradução Elvira Serapicos. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MCTIC; CONFIES. **Relatório “O que pensa o pesquisador brasileiro sobre a burocracia?”**. 2017. Disponível em: http://confies.org.br/institucional/wp-content/uploads/2017/03/pesquisa_o_que_pensa_o_pesquisador.pdf. Acesso em: 01/03/2017.

OCDE; FINEP. **Manual de Oslo: Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de dados sobre Inovação**. 2004. Disponível em: http://www.finep.gov.br/images/a-finep/biblioteca/manual_de_oslo.pdf. Acesso em: 10/03/2015.

PEREGRINO, Fernando Otávio de Freitas. **Novo Marco Legal e a Inovação no Brasil**. [s.d], p. 1-39. Disponível em: http://agencia.portalfadesp.org.br/midias/anexos/485_slide_da_apresentacao_de_fernando_peregrino.pdf. Acesso em: 11/11/2017.

QUEIROZ, Glauber Pimentel de. **Políticas de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil no período de 2001 a 2010: uma análise de impacto orçamentário**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33540796.pdf>. Brasília: Universidade de Brasília, 2011. Acesso em: 16/10/2015.

SALERNO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. **Estado e Inovação. Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica**. Brasília: Ipea, 2008.

Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/capitulo01_27.pdf. Acesso em: 08/05/2015.

SANTOS, Letícia Camilo dos. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência:** o diálogo das fontes do direito. Dissertação de Mestrado. UFMG, Belo Horizonte, 2011.

SILVA, Filipe F. Proliferação legislativa: Que hipóteses de superação? *In: LEGISLAÇÃO*. Cadernos de Ciência da Legislação, Instituto Nacional de Administração. n. 7. Abr. Jun. 1993. Oeiras, Portugal: Instituto Nacional de Administração, 1993, p. 83-95.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. n. 50. Jan. – Jul., 2007, p. 124-142.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da Legislação:** formação e conhecimento da Lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SOARES, Fabiana de Menezes; SANTOS, Letícia Camilo dos. Projeto de Pesquisa – Resultado – Diagnóstico e Análise do Sistema Normativo de Defesa Agropecuária Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 57, p. 321-434, jul./dez. 2010.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. **Direito ao Planejamento**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

WILLIG, Júnior Roberto. **Inovação Tecnológica no Brasil:** uma análise do contexto normativo e conceitual da inovação e a (in)definição dos seus limites éticos. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014. 437f. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/00000b/00000b8b.pdf>. Acesso em: 30/09/2016.

WINTGENS, Luc Jean. **Legisprudence:** Practical Reason in Legislation. Farnham: Ashgate, 2012.

DIRETRIZES, DESAFIOS E POTENCIALIDADES PARA UMA CULTURA LEGÍSTICA: o que podemos aprender com os guias da França e da Suíça?

Marcus Vinícius de Freitas Teixeira Leite¹

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, legislar é um ato visto predominantemente como sendo pertinente apenas à atuação política, sem tanta relevância para as ciências e os campos do conhecimento em geral. Contudo, há algum tempo, no Brasil, a Legística vem ganhando espaço como uma área de estudos sobre os processos de produção normativa, no intuito de buscar principalmente o constante aprimoramento não só das leis, mas também dos processos de criação legislativa.

Ocorre que, em alguma medida, é importante buscar compreender referências de experiências que sejam úteis para se pensar a Legística na prática. Nesse sentido é que a proposta aqui é apresentar, de maneira muito simplificada, como são os guias na França e na Suíça, considerando que são lugares onde há um caminho mais consolidado na Legística e nas discussões sobre o processo de produção normativa. Esses estudos, porém, de forma alguma pretendem simplesmente transpor as experiências desses países para o contexto brasileiro, já que são realidades distintas.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Observatório para qualidade da lei (CNPq). *E-mail*: marcusvftl@gmail.com.

Assim, como os guias são oriundos de um histórico de experiências práticas, a relevância de uma análise como essa consiste em identificar algumas diretrizes da implementação de noções da Legística, além de entender alguns dos desafios enfrentados e as potencialidades que essa análise pode trazer para o contexto brasileiro. Trata-se, então, a partir desse estudo, de compreender e destacar alguns pontos que sejam interessantes para a discussão sobre a Legística no Brasil e contribuir para se pensar formas de melhoria da qualidade da lei.

2 O QUE SE QUER DIZER COM “QUALIDADE DA LEI”?

Sempre que se fala em Legística e, mais especificamente, em procedimentos metódicos para a produção de normas e políticas públicas, pensa-se em mecanismos para melhorar a qualidade da lei de maneira geral. E, de fato, as diretrizes metódicas da Legística possuem grande utilidade para os processos legislativos, principalmente por servirem como estrutura de raciocínio para a produção normativa.

É preciso, porém, compreender melhor o que se quer dizer com “qualidade da lei”, pois trata-se de uma expressão vaga em alguma medida, sem muita precisão em seu significado. A qualidade da lei, portanto, pode ser analisada a partir de diferentes critérios. Para o autor Alexandre Flückiger, o primeiro critério seria o jurídico, resultante de noções como a legitimidade democrática, a subsidiariedade e a proporcionalidade, a segurança jurídica e a transparência do processo legislativo. Os critérios jurídicos levam em conta, notadamente, o respeito às regras e princípios jurídicos, como a legalidade, o interesse público e os direitos fundamentais, dentre outros (FLÜCKIGER, 2008. pp. 14-15).

Os outros critérios para aferição da qualidade da lei seriam, ainda, os “factuais” e os “redacionais”. Os factuais permitem analisar a capacidade de agir da lei sobre os fatos, ou seja, a eficácia da norma, que pode ser medida pela avaliação de impacto e a simplicidade da ação estatal. Assim, é preciso considerar as demandas da sociedade e atingir os objetivos pretendidos, o que implica na necessidade de adequação das soluções apontadas aos problemas que se quer

resolver. Já os critérios de qualidade redacional dizem respeito aos elementos textuais da norma, como clareza, simplicidade, coerência, precisão e concisão, priorizando a acessibilidade e a compreensão do texto (FLÜCKIGER, 2008. pp. 14-15).

Como se vê, então, há uma heterogeneidade nos critérios que ajudam a pensar no que vem a ser “qualidade da lei”, inclusive porque vários dos elementos inseridos nesses critérios são, por si só, também vagos e com significados flexíveis. É o caso, por exemplo, da noção de “clareza” textual da norma, que “*é tudo, menos clara*” (FLÜCKIGER, 2008. p. 1).

Essas dificuldades de compreensão até mesmo do que se entende por qualidade da lei reforçam a necessidade, por consequência, de um aprimoramento dos mecanismos que dão concretude à tal qualidade. Daí a importância de se pensar em práticas que realmente possam contribuir à melhoria da qualidade da lei, buscando entender também os limites de cada uma dessas práticas.

Nesse sentido, o que acontece com frequência é que, ao se pensar sobre a eficácia da norma, em geral a avaliação é feita no plano meramente teórico, com uma análise sobre a “*performance planejada*” em relação à estratégia de fixação prévia dos objetivos. Contudo, Flückiger chama a atenção ao fato de que essa noção de eficácia não é a mais adequada, pois seria relativamente distante de uma eficácia real e concreta, permeada pelas constantes alterações contextuais que influenciam nos efeitos de uma norma. Para o autor, mensurar a eficácia de uma lei deve estar muito mais relacionado a uma consciência da transformação contínua da realidade, da complexidade resultante de diferentes racionalidades divergentes e da incerteza decorrente de todo esse processo, de modo que esses fatores não seriam armadilhas do fato de se legislar e fazer políticas públicas, mas sim constitutivas da atuação estatal (2007. pp. 99-100).

Além disso, o processo de criação normativa e essas reflexões sobre a qualidade da lei e sua eficácia estão inseridos em uma racionalidade legislativa, isto é, em um modo de pensar a lei. E os guias de Legística condensam, em alguma medida, caminhos práticos para essa racionalidade legislativa.

Ocorre que também a noção de racionalidade é por vezes muito apartada da realidade fática. Luc J. Wintgens afasta, assim, as concepções mais tradicionais

e cartesianas de racionalidade, propondo uma noção vinculada à capacidade de resolver conflitos. Essa racionalidade é, ainda, contextualmente situada, de modo a ser influenciada por “tempo, lugar e circunstâncias”, o que nos permite compreender a racionalidade em um sentido mais real, com limitações, condicionada, fora das definições fechadas e ideais (WINTGENS, 2013. pp. 5-6).

Patricia Popelier e Victoria Verlinden também criticam o paradigma da racionalidade absoluta, aplicável à lei e ao legislador, no sentido de que a lei racional é clara, efetiva e em conformidade com a realidade e os valores da sociedade. Segundo as autoras, as pessoas são limitadas interna e externamente, quando fazem escolhas, pelas incertezas, limitações de memória, capacidades, preconceitos, etc. (2009. pp. 15-16).

Por isso, trabalhar para melhorar a lei implica em conhecer qual definição de qualidade legislativa se tem em mente. É importante, então, ter consciência que por trás da escolha de métodos tidos como melhores para legislar, se escondem diversas questões políticas e sociais. A Legística, enquanto procedimento metódico para melhorar a produção normativa, não se resume a uma simples tecnologia axiologicamente ou politicamente neutra (FLÜCKIGER, 2008. p. 24).

Aliás, até mesmo essas questões metodológicas estão também sob influência do que Eberhard Bohne chama de “racionalidade política”. Para o autor, a avaliação de impacto legislativo é inerentemente política, o que significa que ela pode ser conduzida por atores que dão informações falsas, enganosas ou incompletas, por exemplo. Ademais, em muitos casos a avaliação de impacto é utilizada para justificar ações legislativa pré-concebidas. Diante disso, esses fatores não podem ser ignorados ou considerados meramente acidentais, pois em alguma medida fazem parte de um processo inevitavelmente político. Segundo Bohne, os instrumentos de avaliação não sobrevivem ao processo político se ignorarem as demandas dessa racionalidade, que tem no horizonte objetivos políticos de ganho ou manutenção de poder (BOHNE, 2009. pp. 65-66).

Isto posto, considerando todas essas questões que envolvem o processo legislativo e a busca pela melhoria na qualidade da lei, a questão que se coloca é justamente como pensar uma cultura para Legística e estruturar um caminho

concreto a ser traçado para tornar viável o esforço para leis melhores. Por isso mostra-se tão relevante analisar, mesmo que superficialmente, como esse caminho é percorrido em outros contextos.

3 O CASO SUÍÇO DO *GUIDE DE LÉGISLATION*

Como já dito, o estudo de um guia de legislação de outro país não tem por objetivo estimular uma simples transposição do conteúdo para o Brasil. Na verdade, a forma como a Legística se estrutura na Suíça tem suas razões históricas e contextuais particulares, o que impede qualquer movimento imprudente de mera imitação das experiências internacionais.

Isso se revela ainda mais importante de ser destacado ao pensarmos que o “fazer lei” envolve questões práticas de cada contexto, contingências de toda ordem (sociais, econômicas, políticas) e legisladores que também estão inseridos em uma cultura e em uma sociedade próprias, com suas características e particularidades. Assim, é preciso algum cuidado e prudência ao fazer esse tipo de análise, sem deixar de levar em conta, porém, que o estudo da experiência de outros países também pode contribuir de algum modo para a reflexão sobre a Legística no contexto brasileiro.

Na Suíça, a Legística tem origem no Código Civil de 1907, sobretudo através de Eugène Huber. Embora o termo “Legística” só tenha surgido tempos depois no sentido aqui utilizado, já naquela época o Código Civil mostrou-se um marco para a redação legislativa, com diretrizes que até hoje são utilizadas pelos redatores de textos legislativos federais (FLÜCKIGER, 2007a. p. 4).

Flückiger ressalta, nesse sentido, que a ideia ao se redigir o Código Civil àquela época era de se fazer uma lei “inteligível” não para os juízes, mas para todos os cidadãos. Já nesse contexto, Eugène Huber exprimiu a necessidade de se ter leis redigidas de maneira clara, concisa e simples. E, em relação à Legística material, o autor atribui a popularização de metodologias para pensar a lei ao penalista suíço Peter Noll, em 1973, embora reconheça a existência de outras origens para essa tradição (2007a. pp. 8-18).

De maneira geral, o Guia de Legislação² da Suíça para elaboração de legislação a nível federal, de 2019, se destaca primeiramente por uma forma de exposição simples e clara, bem dividida em itens e parágrafos, com uma linguagem acessível, apesar de utilizar em vários momentos termos técnicos não tão acessíveis. E, de início, há uma explanação sobre alguns tipos de normas no ordenamento jurídico suíço, com descrição das fases do processo legislativo de cada uma dessas normas.

Para as leis ordinárias, o processo legislativo envolve uma fase de concepção, anteprojeto e relatório explicativo, seguida de uma fase de consulta e, posteriormente, de deliberações parlamentares, para chegarmos à implementação da medida aprovada. O interessante de se notar aqui é a relevância dada à fase de concepção da norma, onde são feitos estudos sobre a real necessidade ou não da criação da lei, em que se define o problema a ser atacado, a fixação dos objetivos e a escolha das soluções. E, desde já, o guia salienta a importância da interdisciplinaridade para esses estudos de concepção. É nessa fase que se faz uma base que servirá para a elaboração da norma propriamente dita.

O guia trata, ainda, de estabelecer diretrizes básicas para a definição do problema, a fixação de objetivos, a busca por soluções e a avaliação dos efeitos prováveis do anteprojeto, o que já serve para orientar as pessoas que trabalham na elaboração normativa. Além disso, é estabelecida a obrigatoriedade de um processo de consulta aos partidos políticos, aos cantões, às associações e aos meios implicados na proposição legislativa em questão.

Embora esse processo de consulta tenha por objetivo determinar se os projetos são pertinentes, se são executáveis e se têm chances de serem bem aceitos, na realidade ele é alvo de críticas há algum tempo, em razão de um prazo teoricamente curto para consulta em alguns casos e por não ser capaz de contribuir para redução de conflitos, enquanto eleva o tempo dos processos de tomada de decisão (FLÜCKIGER, 2011. pp. 187-188).

Na segunda parte do guia, são expostas as formas e estruturação dos atos legislativos. Aqui, explica-se o conceito de regra, detalha-se o que é uma lei federal, dentre outros elementos dessa natureza. Também são colocados alguns

² Pode ser acessado pelo link: <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html>>. Acesso em: 14 set. 2019.

princípios que estruturam os atos legislativos, como a harmonia da ordem jurídica e a unidade material (separar ou não a matéria em outros atos normativos).

Já a terceira parte trata mais especificamente de aspectos jurídicos pertinentes ao ato de legislar, como as competências federais e dos cantões e a compatibilidade em relação ao direito internacional, algo muito relevante no direito suíço. Sobre os aspectos jurídicos, algo que chama mais a atenção é o destaque dado aos direitos fundamentais. O guia traz uma explicação sobre o que são os direitos fundamentais e expõe alguns deles com mais detalhes, como as liberdades individuais, as garantias do Estado de Direito e os direitos sociais. O interessante, nesse caso, é perceber como a produção normativa deve levar em conta o respeito aos direitos fundamentais, de modo que a avaliação de impacto mostra-se muito mais ampla e complexa que simples análises de impacto orçamentárias, por exemplo.

A quarta e penúltima parte do guia traz, ainda, os tipos de ação estatal possíveis, com a diferenciação dos instrumentos de ação do Estado. A questão aqui é adequar os fins pretendidos a um meio de atuação apropriado. Alguns dos instrumentos citados são as obrigações e interdições, as disposições financeiras, as disposições penais, os meios de coerção administrativa, dentre tantos outros.

Por fim, a quinta parte trata sobre a entrada em vigor, a implementação e a avaliação da norma. Além de explicar questões como ab-rogação, suspensão e retroatividade, o guia detalha de maneira muito concreta as formas de avaliação das medidas adotadas pelo Estado.

Essas avaliações são tidas como análises direcionadas e limitadas no tempo, com o objetivo de identificar e compreender bem a implementação e os efeitos das medidas estatais, se possível quantificar essas questões e avaliar até que ponto as medidas adotadas contribuem para alcançar os objetivos pretendidos e melhorar o bem-estar coletivo. Nesse sentido, as avaliações têm a função de elucidar pontos que oferecem perspectiva de melhora na atuação estatal, provocando um processo de aprendizagem que poderá servir para a melhor adoção de medidas no futuro, além de ampliar os conhecimentos sobre as condições requeridas para que a ação do Estado seja mais eficaz.

Em geral, as avaliações são feitas por especialistas de vários domínios diferentes pertinentes à matéria em questão. Por isso, não se espera que as pessoas

encarregadas de elaborar a legislação tenham conhecimentos tão aprofundados sobre os temas legislados. Elas devem saber, porém, que há uma necessidade de observação à implementação e aos efeitos das medidas adotadas, bem como conhecer os conceitos e instrumentos disponíveis para tal, tomando de antemão medidas preparatórias necessárias para atender a esses propósitos, sob risco de gerar custos elevados para resultados ruins.

Nesse sentido, é nítido como o contexto suíço está já estruturado para realizar essas avaliações a nível federal, pois o próprio guia especifica que a “*Unité Projets et méthode législatifs*”, do “*Office fédéral de la justice*”, oferece assistência para quaisquer questões relativas à avaliação de eficácia das medidas adotadas pelo Estado. Há, portanto, um aparato estatal feito justamente para auxiliar nos processos de avaliação de eficácia, algo que é próprio do contexto suíço e precisa ser assim entendido ao se pensar a Legística e a avaliação de impacto no Brasil.

No caso suíço, há uma obrigação legal para observância da implementação e avaliação dos efeitos das ações estatais. Deve-se observar se a implementação está ocorrendo conforme o esperado e examinar se as condições gerais para o cumprimento da avaliação estão sendo atendidas. Caso não estejam, é dever da autoridade federal buscar a melhoria da implementação, informar as instâncias políticas sobre os problemas observados, iniciar um processo de revisão ou ab-rogação da ação estatal ou começar a elaboração de um novo ato legislativo. Como se vê, a noção de eficácia já tratada mais acima, relativa a uma consciência de transformação contínua da realidade, parece estar presente também nas concepções trazidas pelo guia.

Para realizar essas avaliações de eficácia, o guia prevê a utilização de alguns instrumentos de informação, que funcionam com o fim de coletar dados para que os órgãos responsáveis analisem o andamento da implementação e os efeitos gerados. Os principais instrumentos são o Monitoramento (*Monitoring*), o Controle (*Controlling*) e a Avaliação retrospectiva (*Évaluation rétrospective*). O guia traz, assim, uma tabela com os pontos mais relevantes e que bem resumem esses instrumentos de informação³:

³ Essa tabela é uma adaptação, em tradução livre, da tabela constante na página 300 do *Guide de Législation: guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2019 – Office fédéral de la justice*.

	Monitoramento	Controle	Avaliação retrospectiva
Objetivo	Observação permanente da implementação da medida.	Instrumento de condução que permite selecionar, acompanhar, controlar e desenvolver projetos e programas de maneira focada.	Elaboração de afirmações verificáveis empiricamente sobre a interação de diferentes efeitos de medidas estatais.
Questões essenciais	Como a situação evolui no campo da intervenção?	Um projeto tem o potencial de eficácia necessário para alcançar seus objetivos e os indicadores escolhidos evoluem na direção esperada?	De que forma uma medida é implementada e quais são seus efeitos na prática?
Frequência	Estudo permanente de dados a partir de um sistema de coleta autônoma.	Estudo permanente de dados no âmbito da implementação e do acompanhamento do projeto.	Estudos científicos aprofundados realizados em momentos específicos.
Vantagens	Feedback contínuo para saber se o problema visado ainda persiste; identificação precoce.	Feedback rápido; melhoramento dos processos; registro automático na organização da implementação.	Conhecimento aprofundado da implementação e dos efeitos da medida adotada; compreensão de pontos negativos e positivos da implementação e de sua interação.
Pontos fracos	Falta uma relação entre a medida adotada e seus efeitos; margem de interpretação; seleção de indicadores difícil de se explicar;	Sem comprovação da interação dos efeitos postulados; não permite explicar os insucessos.	Custo alto; demanda muito tempo.

Como é possível notar, os instrumentos de informação elencados acima têm suas vantagens e desvantagens em relação a cada propósito pretendido. Nesse sentido, o próprio guia alerta que em alguns casos pode ser conveniente a utilização complementar de diferentes instrumentos.

Para exemplificar um pouco mais concretamente como se dá a utilização de um desses instrumentos, a avaliação retrospectiva faz uso de métodos de entrevista, interpretação de dados qualitativos e quantitativos, ou seja, métodos de pesquisa próprios das ciências sociais, o que escancara mais uma vez o caráter pluridisciplinar da Legística e da avaliação de impacto. Além disso, o guia também destaca o fato de que os indicadores para avaliação não são explícitos e fáceis de obter e analisar, pois envolvem uma coleta complexa, muitas vezes com informações permeadas de fatores multifacetados.

Ademais, uma outra informação trazida pelo guia consiste no tempo de elaboração da lei. Em média, os trabalhos parlamentares duram 51 meses, sendo que normalmente 2/3 desse tempo são dedicados aos trabalhos preparatórios e 1/3 ao debate parlamentar e à fase pós-parlamentar.

De todo modo, é notório como o processo de elaboração legislativa a nível federal na Suíça exige um trabalho de estudo minucioso, que busca dotar as ações estatais da maior efetividade possível, mesmo com limitações que o próprio guia admite e é apontada também por autores como Alexandre Flückiger, citado aqui. Embora a Suíça já possua uma cultura legística consolidada (bem como uma série de outras questões contextuais) que permite a implementação tão aprofundada desses mecanismos, há vários elementos que precisam ser notados para que a Legística seja também melhor estabelecida no Brasil.

4 O GUIA DE LEGÍSTICA DA FRANÇA

Na França, o Guia de Legística⁴ tem várias semelhanças com o guia suíço, mas também várias diferenças, a começar pelo nível de detalhamento das informações trazidas pelo guia francês, que conta com mais de 700 páginas ao todo.

O guia francês é elaborado pelo Secretariado Geral do Governo, com membros do Conselho de Estado, visando à elaboração de textos legislativos e regulamentares e foi escrito pela primeira vez em 2005. Para Eric Millard, a partir de considerações teóricas e de fichas práticas, o guia busca orientar a concepção de textos (a necessidade das normas, sua eficácia, sua hierarquia e o acesso ao direito), as etapas dessa concepção, a redação dos textos (questões de contexto, construção, língua, etc.) e algumas orientações próprias para determinadas categorias de textos (2008, p. 120).

O guia francês inicia com uma exposição sobre a necessidade das normas, apresentando de antemão a importância dos estudos de avaliação de impacto. No contexto francês, o estudo de impacto serve para fornecer uma análise prévia da alteração legislativa pensada, de maneira completa, objetiva e factual. Não poderá ser um exercício formal de justificação de uma solução pré-determinada, nem uma observação tecnocrata que venha a substituir a decisão política.

⁴ Pode ser acessado pelo link: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique2>>. Acesso em: 16 set. 2019.

Assim, a ideia trazida pelo guia francês é a de fornecer um método para esclarecer as escolhas possíveis, levando ao governo e ao parlamento os elementos de apreciação pertinentes ao caso, tais como a natureza das dificuldades a serem resolvidas, benefícios e inconvenientes das opções possíveis em função do objetivo perseguido e avaliação detalhada das consequências que podem ser esperadas para cada um dos grupos afetados. Isso poderia ajudar a fazer uma demonstração rigorosa da necessidade de uma nova legislação e da proporcionalidade da resposta jurídica considerada, tendo em vista o intuito de assegurar um bom equilíbrio entre os objetivos de interesse geral que inspiram a mudança legislativa e a percepção dos diferentes interesses particulares presentes no caso.

Além disso, a obrigatoriedade dos estudos de impacto ocorre nos casos de projetos de lei orgânica e ordinária, projetos de lei de “programação” (como políticas públicas), projetos envolvendo as finanças da seguridade social e projetos relativos a tratados ou acordos internacionais. Dessa forma, há uma certa limitação do campo de aplicação dos estudos de impacto.

O guia demonstra, ainda, os principais elementos que devem estar contidos nos estudos de impacto. O primeiro deles consiste em uma breve explicação sobre a situação fática atual e as principais normas que regem a matéria, a fim de traçar um panorama geral sobre a questão. Nesse mesmo sentido, é necessário que o estudo aponte como as normas atuais são insuficientes para resolver os problemas apontados.

Posteriormente, como decorrência do diagnóstico feito, é preciso indicar os objetivos visados pela nova legislação, da maneira mais precisa e concisa possível. E, então, o estudo parte para uma comparação das opções disponíveis para resolver o problema, a fim de escolher aquela que melhor se adequa ao caso concreto. Em seguida, procede-se uma análise dos possíveis efeitos da nova legislação, sobretudo em relação às consequências econômicas, financeiras, sociais e ambientais e à avaliação do custo-benefício da medida a ser adotada pela administração pública, com um detalhamento que forneça as informações necessárias à tomada de decisão.

Aqui, é possível notar uma proximidade muito grande com a teoria de Jean-Daniel Delley para um procedimento método para se pensar a lei, que conta com algumas fases como a definição do problema, determinação de objetivos,

estabelecimento de cenários alternativos, escolha das soluções, avaliação prospectiva, etc. (DELLEY, 2004. p. 102).

Ainda sobre os estudos de impacto, o guia destaca a obrigatoriedade de se levar em conta os processos de consulta realizados ao longo da análise, para melhor fundamentar todo o estudo feito. Por fim, é preciso compreender as condições de aplicação da nova legislação: se os serviços públicos terão que fazer adaptações em razão da nova legislação, principalmente no que tange a novos procedimentos e a novos meios de informação.

Depois de especificar os aspectos pertinentes aos estudos de impacto, o guia traz informações sobre a aplicação da norma no tempo e no espaço e hierarquia das normas no direito francês. Passa-se, então, às regras de elaboração do texto legislativo, com as consultas aos órgãos competentes, notificações e informações exigidas pelo direito europeu, publicação no boletim oficial, regras para elaboração de decreto, dentre outras questões.

Um ponto que chama a atenção no guia francês, em comparação ao guia da Suíça, é a centralidade que se dá à redação das normas. No guia francês, há realmente uma exposição de enorme detalhamento sobre como e o que se escrever nas normas a respeito de diferentes elementos, tais como: exposição de motivos, organização do texto, sintaxe, vocabulário, remissões, entrada em vigor, dentre tantos outros. Por fim, o guia apresenta algumas informações sobre casos mais particulares, como textos internacionais e da União Europeia, além de mostrar alguns exemplos de casos práticos.

Evidentemente, há uma série de nuances e detalhes atinentes à ordem jurídica francesa que compõem o guia, porém vários desses fatores, por serem muito contextuais, não carecem de maior exploração para o estudo aqui feito. Mas alguns outros elementos possuem maior pertinência para se pensar a Legística.

No caso francês, a avaliação retrospectiva não é mencionada como instrumento de análise, enquanto tem grande proeminência no guia suíço. Isso parece indicar uma diferença de concepção da Legística e da racionalidade legislativa, que no caso suíço leva muito mais em conta as contingências e as incertezas inerentes ao processo de implementação de uma norma, ao passo que o guia

francês não volta tanto suas atenções a essas questões da fase pós-parlamentar e concentra-se nos trabalhos preparatórios. Talvez, a cultura legística mais consolidada na Suíça explique tal diferença.

Outra discrepância percebida diz respeito ao tratamento dado à Legística formal. Enquanto o guia suíço pouco explora essa questão (embora haja uma tradição no país em relação ao cuidado com a escrita normativa, como já mencionado), enquanto o guia francês é mais detalhista nesse ponto.

De todo modo, em ambos os casos a existência de guias robustos como esses demonstra um caminho relativamente longo já percorrido, que envolve uma consolidação institucional da Legística. Claro que não se pode ignorar as limitações desses guias e tampouco é possível colocá-los como o ponto mais essencial para o aprimoramento dos processos de produção normativa, inclusive porque os guias na verdade são apenas produto de uma política pensada há mais tempo para a melhoria da qualidade da lei. A questão, aqui, é compreender os desafios enfrentados no Brasil para a implementação de práticas nesse sentido e refletir sobre algumas possíveis saídas.

5 DESAFIOS E POTENCIALIDADES PARA O CONTEXTO BRASILEIRO

Como visto, os guias de Legística na França e na Suíça servem como um documento para condensar as informações mais relevantes para a criação de normas, o que pode ser de grande valia para todas as instâncias do processo legislativo. Contudo, os guias refletem uma cultura institucional mais sólida, com uma estrutura pensada para a utilização em maior escala, por exemplo, dos instrumentos de avaliação de impacto legislativo.

Assim, como essas realidades são originárias de um contexto que propiciou um fortalecimento das noções de melhoria da qualidade da lei, é preciso pensar os fatores presentes no contexto brasileiro – seus desafios, suas nuances e suas potencialidades – para pensarmos também uma Legística com algumas diretrizes importantes para a realidade aqui vivida. Por isso, a análise de experiências internacionais é relevante para compreender como isso foi e é feito em outros lugares, mas não pode redundar em uma adaptação irrefletida de projetos

provenientes de outras realidades, o que corrobora a necessidade da reflexão aqui proposta.

5.1 Cultura quantitativa

Um dos primeiros desafios a ser enfrentado pelas práticas de melhoria da qualidade da lei diz respeito à cultura quantitativa de produção normativa, responsável por uma proliferação de normas, em relação às quais estão associadas três condicionantes: (i) jurídicas, atinentes à tradição romano-germânica e ao estado federativo; (ii) políticas, através da ampliação da regulação estatal e do aumento da legislação simbólica; e (iii) procedimentais: abertura à possibilidade de diversos agentes apresentarem projetos, além do baixo rigor e técnica legislativa (VIEIRA, 2017. p. 48).

Segundo o autor Eduardo Vieira, o exacerbado número de proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional reflete uma cultura política que “estabelece o sucesso do parlamentar em razão dos resultados atingidos em termos de projetos de lei elaborados, emendas apresentadas, projetos de lei aprovados.” (2017. p. 48-49). Nesse sentido,

“A combinação (...) do baixo custo da introdução de um novo projeto de lei na pauta do Congresso Nacional, em razão da ampla gama de agentes políticos com poderes para iniciar sua tramitação, e de uma cultura política que valoriza elementos quantitativos da atuação parlamentar, não parece constituir, à primeira vista, o ambiente mais propício à implantação de uma avaliação rigorosa das proposições legislativas. A despeito disso, o Congresso Nacional tem funcionado como um filtro bastante seletivo para as proposições legislativas em trâmite, se considerarmos que o índice de conversão de proposições em normas jurídicas tem-se situado ao redor de 5%, ou seja, apenas uma em cada vinte proposições apresentadas é convertida em norma jurídica.” (VIEIRA, 2017, p. 50)

Diante de tantas proposições e mesmo com um baixo índice de conversão em normas jurídicas, há um quadro de inflação legislativa, considerando a quantidade de normas vigentes no país. A Legística, então, é vista também como uma forma de conter a inflação legislativa, na medida em que tem o foco voltado para uma produção qualitativamente melhor da lei, reduzindo a

possibilidade de criação de normas simbólicas e sem utilidade prática. De fato, como visto pelos exemplos dos guias apresentados, a ideia de se fazer com frequência estudos detalhados sobre a necessidade da regulação normativa, em relação a determinado problema detectado, é uma aliada para que se evite as normas prescindíveis.

Contudo, é preciso também colocar em perspectiva esse combate à inflação legislativa. Isso porque em muitos casos o argumento de enfrentamento à inflação legislativa torna-se pretexto para instrumentalização da Legística em proveito de uma “desjuridicização” da sociedade e até uma “reprivatização” das relações sociais. Assim, muitas vezes a simplificação da lei pode trazer complexificações que geram outros tipos de problema, sobretudo em relação à aplicação da norma (FLÜCKIGER, 2008. p. 30).

Além disso, Flückiger acredita ser necessário aceitar em alguma medida um processo de complexificação da legislação, já que por vezes ela reflete apenas uma sociedade também mais complexa. “A complexidade da lei reflete apenas a complexidade do mundo e qualquer tentativa de simplificá-la parece irrisória, para não dizer ingênuo.”⁵ (2008, p. 30).

Assim, no contexto brasileiro, é importante ter cuidado com a noção de inflação legislativa, para que isso não se torne argumento para simplesmente não se legislar sobre questões que carecem de regulação. Os caminhos metódicos possíveis na legística, como alguns sugeridos nos guias, não servem meramente para a redução quantitativa das normas, mas, sim, para processos melhores de produção normativa, mais efetivos na realidade social.

5.2 Tempo de tramitação

Um obstáculo apontado por Eduardo Vieira para a implementação da avaliação de impacto legislativo consiste no tempo de tramitação das proposições. Segundo o autor, procedimentos como a avaliação de impacto são vistos como potencialmente prejudiciais ao tempo de tramitação dos projetos de lei, tornando-os ainda mais morosos (2017. p. 51).

⁵ Em tradução livre. No original: “*La complexité de la loi ne fait que refléter la complexité du monde et toute tentative de simplifier la loi apparaît dérisoire, pour ne pas dire naïve*”.

Contudo, Vieira afirma que essa percepção parte “de um lugar comum relativamente à valoração que se faz do processo legislativo no Brasil, no sentido de que a morosidade no trâmite de um projeto de lei seria uma demonstração de ineficiência do sistema.”. Ocorre que, novamente, é importante repensar o critério de tempo de tramitação como indicador de qualidade do processo legislativo, já que tramitações muito rápidas podem significar a supressão de instâncias importantes de debate (2017. p. 51), o que levaria também a resultados qualitativamente piores em relação às leis criadas.

Ainda segundo Vieira, na verdade o tempo de tramitação dos projetos está relacionado muito mais à força política dos atores que aos estudos de impacto:

“A diferença na capacidade dos atores políticos de fazer com que sejam aprovados os projetos de sua autoria reflete-se, também, no tempo médio de tramitação das matérias. No período entre 2002 e 2015, com exceção do ano de 2014, o tempo de tramitação dos projetos de iniciativa do Poder Executivo foi menor que o daqueles apresentados por outros atores e, em mais da metade dos anos, o tempo médio de tramitação dos projetos de iniciativa do Executivo foi inferior à metade do tempo médio dos demais. Os dados confirmam a hipótese de que o tempo de tramitação de um projeto no Congresso Nacional depende, em larga medida, da força política daqueles que pretendem aprová-lo. Por consequência, o Poder Executivo, que exerce forte domínio sobre a agenda legislativa, obtém melhores índices de aprovação de seus projetos, bem como menor prazo médio de tramitação.” (VIEIRA, 2017. p. 53)

Como se vê, o componente político faz a diferença nesse quesito, o que reforça a ideia de que há uma racionalidade política que interfere diretamente no processo de produção normativa, como mencionado anteriormente.

Além disso, de todo modo é preciso realmente priorizar o aspecto qualitativo da lei, mesmo que isso possa redundar em um acréscimo no tempo de tramitação dos projetos. A experiência suíça – onde o tempo médio de tramitação é de 51 meses, sendo que dois terços desse tempo são dedicados aos trabalhos preparatórios, como já dito – é um bom exemplo da importância de se ter um estudo preparatório relevante para as proposições legislativas, principalmente se isso for feito com participação da população, garantindo um processo aberto, transparente e polifônico.

Dessa forma, usar as instâncias preparatórias como forma de chamar a população a participar do processo pode ser um caminho muito interessante para o caso brasileiro também, dando voz aos potencialmente afetados pelas propostas legislativas.

5.3 O discurso tecnocrata

Um dos principais desafios na implementação de uma cultura legística diz respeito aos riscos de uma instrumentalização tecnocrata da legística e de seus procedimentos para a melhoria da qualidade da lei. Esse risco, aliás, em alguma medida deve-se inclusive à própria literatura sobre a avaliação de impacto, que é em grande parte “*a-histórica, apolítica e técnica*”⁶ (BOHNE, 2009. p. 67).

Evidentemente, não há problema algum em discursos técnicos no processo legislativo. Ao contrário, a Legística e os estudos de avaliação de impacto devem necessariamente levar em conta os saberes (inclusive técnicos) de várias áreas diferentes, no intuito de construir um raciocínio que de fato abarque as variadas facetas existentes na criação de uma norma. O risco, na verdade, é o de reduzir a Legística a uma tecnologia axiologicamente e politicamente neutra, conforme já mencionado.

Nesse sentido, não se pode também imaginar uma Legística que sirva exclusivamente à realização de análises de impacto orçamentário das proposições. Fazer uma lei ou uma política pública envolve muito mais que gastos para o Estado. Embora esse seja um fator absolutamente importante, há outros elementos igualmente essenciais para se analisar. É por isso que tanto o guia francês quanto o guia suíço preveem a observância aos direitos fundamentais, por exemplo. Essa é uma maneira de explicitar a impossibilidade de uma Legística axiologicamente neutra.

No caso suíço, Flückiger entende que a institucionalização da avaliação legislativa fez com que os juristas renunciassem de alguma forma à expertise que eles tradicionalmente possuem em matéria legislativa, em favor de representantes de outros campos do conhecimento, como a ciência política, a economia, a

⁶ Em tradução livre. No original: “*ahistorical, apolitical and technical*”.

sociologia, dentre outros. Daí a necessidade de se pensar uma Legística metódica e pluridisciplinar, que busca recolocar o cidadão e a política no centro do processo ao lembrar que as escolhas axiológicas não vêm da ciência exclusivamente, mas que a ciência deve contribuir para esclarecer os fatores presentes no processo de escolha, no intuito de colocar em evidência os valores subjacentes a esse processo. É o que ajudaria a prevenir a “tecnocratização” da Legística (2008. p. 26).

Ademais, ao pensarmos no procedimento metódico desenhado por Jean-Daniel Delley (2004) – com a definição do problema, determinação de objetivos, escolha das soluções, avaliação prospectiva, etc. –, é perceptível a necessidade de um olhar interdisciplinar no processo de produção normativa. Os problemas detectados na realidade social são sempre multifacetados e repletos de influências de áreas distintas, o que impõe um olhar mais completo para a situação.

Diante disso, é preciso pensar a Legística dentro de seu contexto inerentemente político e inter/pluridisciplinar, a fim de não ceder a qualquer reducionismo tecnocrata dos procedimentos para melhoria da qualidade da lei, considerando toda a complexidade que envolve a produção normativa. E, também, é imprescindível que se leve em conta os problemas sociais do país e suas especificidades contextuais para lograr uma produção normativa de fato apropriada à realidade fática vivida no Brasil.

5.4 Estrutura institucional

Por fim, outro relevante obstáculo a ser enfrentado refere-se à construção de uma estrutura institucional de promoção a essa cultura legística. Tanto na França quanto na Suíça é possível notar um aparato institucional já elaborado para atuação no processo de produção normativa com as diretrizes da Legística, de modo que os guias são provenientes disso. Na Suíça, o *Office fédéral de la justice* centraliza essas questões a nível federal e oferece suporte para os agentes envolvidos no processo legislativo.

No Brasil, existem espaços que elaboram estudos importantes para contribuir nos processos de discussão das proposições, como as Consultorias Legislativas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e as Consultorias de Orçamento, Fiscalização e Controle, também presentes nas duas casas. Contudo,

esses são órgãos de assessoramento, com menos centralidade que o devido para uma melhoria efetiva na qualidade da lei. Isso acontece em razão, também, da ausência de obrigatoriedade dos estudos de impacto na maior parte dos casos.

Nesse sentido, Eduardo Vieira afirma ser importante destacar “que o fato de não haver, atualmente, uma avaliação sistemática de impacto legislativo implantada no País não significa que os projetos de lei apreciados pelo Poder Legislativo estejam dispensados de uma análise minimamente criteriosa.” (2017. p. 60). Ocorre, porém, uma subutilização desses mecanismos, em que pese os vários relatórios feitos anualmente.

Assim, um caminho possível para o contexto brasileiro seria a discussão e posterior delimitação de casos em que a avaliação de impacto seria imprescindível, o que poderia ser levado a cabo por um órgão próprio que sistematizaria as questões relativas a tais estudos e à Legística de modo geral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi discutido aqui, a partir da noção de qualidade da lei, das experiências internacionais trazidas e de alguns desafios e potencialidades apontados no contexto brasileiro, é possível destacar algumas reflexões necessárias para a implementação da Legística no Brasil. Essas reflexões vêm não só do estudo teórico, mas também da análise dos guias que compõem uma realidade prática da Legística, consolidando um caminho factível para o processo de produção normativa.

Nesse sentido, o primeiro desafio a ser enfrentado diz respeito à criação de um aparato estatal que possa servir de referência para os trabalhos de avaliação de impacto. Apesar de remotas origens históricas, a Legística na Suíça é vista como uma prática política importante e ganha alguma centralidade a partir do papel do *Office fédéral de la justice* na promoção dos instrumentos de melhoria para qualidade da lei, que resulta em um guia como o aqui apresentado. O mesmo acontece no caso da França, onde o *Secrétariat général du Gouvernement* também ocupa papel relevante nesse contexto.

Assim, é preciso promover as ideias envolvendo a Legística e mobilizar as forças políticas para que institucionalmente isso passe a ser uma questão

central no processo legislativo brasileiro, sem ignorar as experiências positivas que temos, como as consultorias legislativas no Congresso Nacional. Uma estrutura institucional de apoio e promoção da Legística é essencial para construir parâmetros próprios para o contexto brasileiro e consolidar uma cultura nesse sentido.

Além disso, a noção de inter/pluridisciplinaridade para a Legística é uma diretriz que se mostra imprescindível para se ter em mente uma melhor constituição de um caminho das práticas de Legística no Brasil. As experiências aqui levantadas mostram como, na práxis, pensar melhores formas de se fazer lei só pode funcionar com um diálogo constante entre os diversos campos do conhecimento. Como exemplo, ficou nítido como até a coleta de dados pode utilizar métodos de pesquisa das ciências sociais. Não há problemas reais que sejam resolvidos a partir de noções vindas de uma única área do conhecimento. Quando define-se um problema que carece de legislação, necessariamente várias nuances estão presentes e precisam ser levadas em conta, seja no campo econômico, orçamentário, social, jurídico ou político. A Legística é, antes de tudo, um chamado à interdisciplinaridade.

Por fim, em parte como consequência desse caráter multifacetado dos problemas fáticos que são legislados, é fundamental que haja uma polifonia no processo decisório. Em geral, as legislações afetam grupos sociais relativamente grandes e heterogêneos, que sentem os possíveis efeitos da norma de maneiras distintas. Por isso, chamar os grupos afetados para opinar e construir conjuntamente saídas para os problemas detectados é primordial não só para melhores leis, mas também para processos de produção que sejam melhor aceitos e até mais legítimos perante à população.

É evidente que a discussão sobre a implementação da Legística em larga escala no Brasil envolve muitos outros fatores e é algo muito complexo e difícil, como se verifica até nas experiências em países com caminhos mais consolidados nesse sentido. Contudo, espera-se que os elementos aqui trazidos possam servir como contribuição ao menos para a discussão sobre o assunto, para que se pense na Legística a partir de algumas diretrizes importantes, sem ceder a reducionismos que podem ser prejudiciais para a temática.

REFERÊNCIAS

- BOHNE, Eberhard. **The Politics of the Ex Ante Evaluation of Legislation.** *In: The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation.* Org. Jonathan Verschuuren. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p. 63-79, 2009.
- DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. **Legislação:** Cadernos da Escola do Legislativo, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan.-jun. 2004.
- FLÜCKIGER, Alexandre. **L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois.** *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, vol. 45, no. 138, p. 83-101.
- FLÜCKIGER, Alexandre. **Les racines historiques de la légistique en Suisse.** Séminaire Commission européenne, 19 octobre 2007a – Bruxelles, p. 1-18.
- FLÜCKIGER, Alexandre. Qu'est-ce que «mieux légiférer»? *In: Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: le rôle des guides de légistique.* Genève: Schulthess, 2008, p. 11-32.
- FLÜCKIGER, Alexandre. Consulter pour mieux légiférer: Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires. **LeGes: Législation & évaluation**, 2011, p. 185-190.
- FRANCE, 2017. **Guide de légistique 3 édition mise à jour 2017** – Premier Ministre, Secrétariat général du Gouvernement, Conseil d'État. La documentaion Française.
- MILLARD, Eric. **Les limites desguides de légistique:** l'exemple du droit français. *In: Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: le rôle des guides de légistique.* Genève: Schulthess, p. 117-128.

POPELIER, P.; VERLINDEN, V. **The Context of the Rise of Ex Ante Evaluation.** *In: The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation.* Org. Jonathan Verschuuren. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p.13-37, 2009.

SUISSE, 2019. **Guide de législation** :Guide pour l'élaboration de la législation fédérale – Office fédéral de la justice, Confédération suisse.

VIEIRA, S. S. Eduardo. **Desafios e estratégias para a implantação da avaliação de impacto legislativo.** *In: Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação / Eduardo S. S. Vieira [et al.]; organizadores: Fernando B. Meneguim, Rafael Silveira e Silva. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, p. 46-69, 2017.*

WINTGENS, J. Luc. **The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence.** *In: The Rationality and Justification in of Legislation: Essays in Legisprudence. (Legisprudence Library) Hardcover – Switzerland: Springer, p. 1-31, 2013.*

REGTECHS: ferramentas de *compliance* e da Legística para otimização da atividade regulatória do estado

Felipe Lélis Moreira¹

1 INTRODUÇÃO

Acompanhar a atividade normativa do Estado é uma tarefa desafiadora e custosa para cidadãos, empresas e membros do poder público, que devem lidar com uma multiplicidade de tipologias normativas, oriundas de diversas instâncias legiferantes, inclusive internacionais. No presente trabalho, nossa abordagem sobre a complexidade do ambiente regulatório compreende o arcabouço normativo como um todo, não estando restrita aos regulamentos e demais atos normativos secundários, mas à legislação em sentido amplo, que engloba todas as normas de regulação da sociedade pelo Estado.

No primeiro tópico iremos apresentar as *Regulatory Technologies (RegTechs)*, que são ferramentas de inteligência artificial, *data analytics* e *cloud computing* oferecidas geralmente por *startups* para monitorar e garantir o cumprimento do ordenamento jurídico. Mostraremos que seu desenvolvimento tem se dado especialmente no ecossistema das *FinTechs (Financial Technologies)* particularmente na área de *compliance*, que tende a crescer drasticamente em contextos de crise.

¹ Consultor e Advogado. Fundador da iniciativa Lobby Para Todos que visa democratizar boas práticas de *lobby* e *advocacy* no Brasil. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. E-mail: flelismoreira@gmail.com

A matéria prima e o combustível das *RegTechs* são dados governamentais. Por isso, no segundo capítulo iremos demonstrar a importância do papel do Estado como indutor da inovação e do desenvolvimento, ressaltando a importância da disponibilização de dados em formato aberto, bem como da adoção de práticas de colaboração com o Poder Público para o ganho de transparência e aumento da eficácia da ação estatal.

Por fim, traçamos considerações sobre o potencial impacto das *RegTechs* sobre a realidade dos operadores do direito, que concorrem com essas ferramentas tecnológicas na tarefa de compreensão e cumprimento do direito vigente.

2 REGTECHS: CONTEXTO DE SURGIMENTO E ESCOPO

A mudança do cenário regulatório pós-crise global de 2008 é um fator que impactou radicalmente a natureza do mercado financeiro (ARNER *et al*, 2016). De 2008 a 2015, estima-se que o volume anual de publicações, mudanças e anúncios relacionadas ao ambiente regulatório cresceu em 492% (KOCIANSKI, 2016). Para se ter uma ideia, em 2004, os bancos lidavam com uma média de dez alterações normativas por dia. Em 2017, eram cerca de 185 mudanças diárias, sendo que mais de um terço das empresas do setor financeiro gastam o equivalente a um dia inteiro por semana com o monitoramento e análise de alterações na legislação (LIKHODED, 2017).

Por outro lado, segundo a consultoria McKinsey, de 2010 a 2014, o pagamento de multas e acordos por grandes bancos dos Estados Unidos e da União Europeia cresceu quase 45 vezes (KAMINSKI; ROBU, 2016). Ademais, desde a crise até 2016, os bancos foram multados em mais de US\$ 200 bilhões (ARNER *et al*, 2016) num contexto que foi chamado de “vingança regulatória” dirigida aos bancos “grandes demais para falir” (LENZER, 2014).

Esse cenário levou ao incremento da área de *compliance* dos bancos, que no caso do *Citi Bank* chegou a ser composta por cerca de 30.000 (trinta mil) colaboradores espalhados pelo mundo (PATEL, 2014). Segundo a consultoria Bain & Company, o custo da área de governança, gestão de risco e *compliance* dos grandes bancos internacionais consome algo em torno de 15% a 20% do total

de seus custos operacionais (MEMMINGER, *et al*, 2016), podendo atingir o montante de US\$ 1 bilhão/ano (DE LIS *et al*, 2015).

Além da crise global, outro elemento que contribuiu para a transformação do mercado financeiro foi o desenvolvimento tecnológico e o surgimento das chamadas *Financial Technologies (FinTechs)*, que são *startups* que passaram a promover a inovação no oferecimento de produtos e serviços financeiros com o emprego da tecnologia.

A eclosão das *FinTechs* foi impulsionada pelas deficiências causadas pela crise de 2008 e pela resposta dada pelos órgãos reguladores, mas também: a) pela falta de confiança do público nos serviços e instituições financeiras; b) pela pressão por soluções alternativas para pequenas e médias empresas; c) pela demissão de profissionais do setor financeiro que passaram a buscar alternativas para ingressar no mercado e aplicar suas habilidades; d) pela comoditização dos serviços provocada pela tecnologia; e d) pelo crescente uso dos *smartphones* (ARNER *et al*, 2016).

As *FinTechs* representam para os *players* tradicionais do mercado financeiro o risco de perda de US\$ 4, 7 trilhões em receitas (ARNER *et al*, 2016).

Ainda que em diferentes níveis, o fato é que tanto para as *Fintechs* quanto para os grandes bancos, existe a tarefa de cumprimento da legislação emitida por um Estado cada vez mais regulador em tal segmento. Conforme ressaltado por KASSAI (2017), a maior força das *FinTechs* reside na habilidade de corajosamente adentrar em novos mercados. Porém, este é ao mesmo tempo o maior risco, haja vista a possibilidade de surgimento de novos atos normativos que podem inviabilizar suas atividades.

Nesse sentido KRISHNAKUMAR (2017) observa que toda vez que as *FinTechs* visam expandir para um novo país, elas frequentemente enfrentam cenários de incompatibilidade e/ou de conflito com o ambiente regulatório local, que podem implicar o retardamento do início de suas operações e/ou ajustes no modelo de negócios. Alguns países optam por adotar, num primeiro momento, uma postura de não-intervenção, para após o desenvolvimento das *startups*, editar normas reguladoras de suas atividades. Foi o que ocorreu na China em 2015, onde após uma série de experiências negativas, foram editadas várias normas para disciplinar as atividades das *FinTechs* (ARNER *et al*, 2016).

É importante ressaltar que o modelo de negócio das *FinTechs* atrai a atenção dos órgãos reguladores para temas que antes da revolução tecnológica não estavam na agenda, tais como a disciplina da coleta e guarda de dados de usuários de aplicações, supervisão de algoritmos, cybersegurança, dentre vários outros que perpassam o desafio da governança da *internet*. Portanto, é de se esperar o surgimento cada vez mais frequente de novas legislações que também impactam esses novos atores do mercado financeiro.

Destarte, se para os grandes bancos o ambiente regulatório implica investimentos astronômicos nas áreas de governança, gestão de risco e *compliance*, para as *FinTechs* e outras *startups* a regulação desafia a sua própria sustentabilidade. Por isso, para além de serem consideradas ameaças ou alvos de aquisição, as *FinTechs* podem ser vistas como potenciais parceiras, sendo que alguns bancos europeus já as veem como tal (MEOLA, 2016).

Esses fenômenos acima delineados – crise financeira, inflação regulatória e revolução tecnológica – fizeram surgir recentemente no ecossistema das *FinTechs* as chamadas *Regulatory Technologies (RegTechs)* que têm despertado o interesse de grandes bancos, empresas de consultoria e órgãos de regulação (DE LIS *et al*, 2015).

O aumento exponencial do volume e tipos de dados que passaram a ser exigidos pelos órgãos reguladores, bem como a necessidade de monitoramento constante do ambiente regulatório, levou a indústria financeira, especialmente os grandes *players* a investir na aplicação de tecnologias para a automação de processos em busca do ganho de eficiência (ARNER *et al*, 2016).

ARNER *et al* (2016) explicam que a associação das *RegTechs* às *FinTechs* se deve ao fato de que a crise global de 2008 foi catalizadora de ambas. Os autores anotam, entretanto, que muito embora haja causas comuns que levaram ao surgimento de cada uma, há também questões que as diferenciam. No caso das *RegTechs* a inflação normativa atraiu incentivos da parte dos grandes bancos – vistos, num primeiro momento, como antagonistas das *FinTechs* – que tinham em vista a redução do custo dos departamentos *compliance*. A título de exemplo, é possível citar o *Future of Finance Challenge 2017* deflagrado pelo UBS, grande banco suíço, com o propósito de atrair desenvolvedores de ferramentas tecnológicas e premiar soluções de *RegTech*, *LegalTech*, dentre outras. (UBS, 2017)

Por outro lado, da parte estatal, os esforços dos reguladores para melhorar a eficiência das ferramentas de supervisão, promover a concorrência, defender a estabilidade financeira e integridade do mercado, também são considerados indutores do desenvolvimento das *RegTechs* (ARNER *et al*, 2016).

Mas um ponto fulcral que contribuiu para o surgimento das *Regulatory Technologies*, que inclusive as diferenciam dos tradicionais sistemas de automação é o desenvolvimento da Ciência de dados, que tornou possível a análise de *Big Data* e o uso da inteligência artificial (ARNER *et al*, 2016). O processo de produção normativa pode demandar o exame, num curto espaço de tempo, de uma ampla variedade de informações produzidas em diversos formatos pelas autoridades regulamentadoras (texto, áudio, vídeo, imagens, etc.). Por isso, o grande volume de dados produzidos no âmbito das instituições pode ser visto como um “*Big data*”, conceito que pode ser compreendido a partir da conjugação dos chamados “4 Vs” (Volume, Velocidade, Variedade e Valor), ou seja, um grande volume de dados, produzidos em grande velocidade e em grande variedade, que requer novas tecnologias e técnicas para capturar, armazenar e analisar seu conteúdo, tendo em vista a extração de valor. (ORACLE, 2016)

Hoje, a análise de *Big Data* pelas *RegTechs* é uma realidade que permite que ferramentas tecnológicas forneçam *insights* e subsidiem a tomada de decisão a partir da visualização estruturada de dados produzidos por diversos atores do ambiente regulatório.

Na medida em que um grande volume de dados são produzidos e em uma variedade de formatos, abre-se a possibilidade para que os mesmos métodos e técnicas de análise estatística, predição de futuro e *data-driven insights* possam ser utilizados para visualizar a relação da regulação e seu processo de produção com sistemas de negócio, sociais e econômicos. (GREENWOOD, 2015)

Ademais, o desenvolvimento da inteligência artificial (IA) permite que *softwares* sejam capazes de tomar decisões normalmente feitas por pessoas (HOOK 2017) o que abre espaço para a automação cada vez maior dos processos e consequente redução da equipe de regulação e *compliance*.

Atenta ao surgimento das *RegTechs*, a multinacional IBM adquiriu uma empresa composta por cerca de 600 consultores para “ensinar” seu supercomputador Watson, por meio da revisão e validação de resultados, como aplicar a

inteligência artificial no gerenciamento de risco e *compliance* (CROSSMAN, 2016). Segundo Marc Andrews, responsável pela área de serviços financeiros do Watson na IBM, o foco inicial da companhia foi o de gerenciamento de alterações do ambiente regulatório. O objetivo é permitir que Watson leia as normas, seu processo de elaboração e também comentários, guias, discursos, jurisprudência bem como toda informação que possa auxiliar os clientes na identificação de riscos e potenciais obrigações decorrentes da regulação (SINGH, 2016).

DE LIS *et al* (2015) citam como principais atrativos das *RegTechs* a agilidade no processamento de *Big Data* e a adoção de mecanismos de *cloud computing* que garantem o armazenamento de dados na nuvem para gerenciamento remoto. Os autores apontam como vantagens das soluções *cloud based*: a) a redução de custos, pois só se paga pelo que é utilizado; b) a flexibilidade na customização do controle dos dados, com facilitação do acesso e compartilhamento de informações; c) o aumento de performance pela facilidade de adição ou remoção de funcionalidades; e d) a segurança permitida por mecanismo de encriptação na guarda e transmissão de dados.

Os escritos sobre as *RegTechs* frequentemente as tratam como um segmento das *FinTechs* (FCA, 2016; DE LIS *et al*, 2015; KEHOE *et al*, 2016). Inclusive, inclui-se no rol de soluções oferecidas pelas *RegTechs*, serviços como: a) identificação de fraudes; b) combate à corrupção e lavagem de dinheiro; e criação de perfis de clientes para a prevenção de riscos.

É de se notar que a maioria das soluções citadas são especialmente atrativas aos atores do sistema financeiro, cujas peculiaridades, como visto, levaram não só ao surgimento das *RegTechs*, mas também contribuíram para que este fosse o ambiente em que iniciativas ligadas ao uso da tecnologia nas áreas de regulação e *compliance* estivessem em estágio mais avançado. (ARNER *et al*, 2016)

Porém, assim como Arner *et al* (2016), entendemos que o panorama das *RegTechs* não está restrito a tal setor financeiro, tampouco limitado ao círculo das *FinTechs*. Um olhar mais abrangente sobre o verdadeiro potencial das *RegTechs* permite vê-las como ferramentas que garantem muito mais que um ganho de eficiência e prevenção de riscos no setor privado. Para além disso, as *RegTechs* contribuem para a afirmação de um novo paradigma no processo de produção normativa, notadamente quanto à necessidade de adequação e conexão do

legislador aos mais avançados padrões tecnológicos, que pode resultar na redução da complexidade do sistema normativo, favorecendo o desenvolvimento econômico e a inovação. Nesse sentido, ARNER *et al*, (2016, p. 14-15) asseveram que:

“Num futuro próximo, a aplicação de tecnologias de monitoramento e compliance oferecerão enorme economia de custos para empresas financeiras estabelecidas e oportunidades potencialmente enormes para empresas emergentes como as FinTechs, empresas de TI e de consultoria. Do ponto de vista do regulador, as RegTechs acionam a perspectiva de monitoramento contínuo que melhoraria a eficiência, liberando o excesso regulatório e diminuindo o tempo necessário para investigar uma empresa após uma violação de alguma norma. No entanto, as RegTechs oferecem mais: a capacidade potencial de monitoramento contínuo, fornecendo insights em tempo real, através de aprendizado profundo de máquinas e filtros de inteligência artificial sobre o funcionamento dos mercados nacional e global, buscando identificar problemas antecipadamente em vez de simplesmente tomar medidas de fiscalização após os fatos.”²

Com efeito, do ponto de vista do legislador, as *RegTechs* também fornecem meios para o gerenciamento de dados que permitem uma supervisão mais ampla e efetiva dos mercados, inclusive com ganho de transparência, que pode levar à redução do risco de captura regulatória e ao aumento da capacidade do planejamento normativo (ARNER *et al*, 2016).

Desse modo, as *RegTechs* podem ser entendidas como ferramentas da Legimática³, que permitem o uso da tecnologia da informação para o incremento da

² Tradução livre. No original: “In the near future, the application of technology to monitoring and compliance offers massive cost savings to established financial companies and potentially massive opportunities to emerging FinTech start-ups, IT and advisory firms. From a regulator’s perspective, RegTech enables the prospect of continuous monitoring that would improve efficiency by both liberating excess regulatory capital, and decreasing the time it takes to investigate a firm following a compliance breach. RegTech however offers more: the potential of continuous monitoring capacity, providing close to real-time insights, through deep learning and artificial intelligence filters, into the functioning of the markets nationally and globally, looking forward to identify problems in advance rather than simply taking enforcement action after the fact.”

³ Cf SOARES; BARROS; FARAJ, 2008.

qualidade da produção legislativa e pavimentam o caminho para a efetivação do Estado Democrático de Direito, a partir do desenvolvimento de novas formas de interação tecnológica entre Estado e Sociedade.

As *RegTechs* possuem, ainda, o potencial de induzir os mais variados atores sociais à compreensão das “regras do jogo” do mercado e do ordenamento jurídico, bem como informar sobre a existência de riscos e oportunidades decorrentes da tramitação e aprovação de proposições normativas. São tecnologias, portanto, que vão ao encontro dos preceitos da Legística Formal, que visa aproximar o legislador de seus destinatários e “atua sobre a otimização do círculo de comunicação legislativa e fornece princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativos.” (SOARES, 2007, p.126).

A comunicação legislativa é anônima e despersonalizada, tanto do lado do emissor quanto do receptor. Desse modo, a regulação não emana de pessoas eventualmente identificáveis, e sim, de um ente abstrato: O Estado. Essas normas regulatórias, em tese, não possuem receptores/destinatários específicos, dado o seu caráter de abstratividade e generalidade. Sendo assim, no que se refere ao polo receptor, o caráter despersonalizado da comunicação legislativa abre espaço, por exemplo, para a criação do mito da presunção de conhecimento da regulação⁴, o que seria impensável no quadro de uma comunicação personalizada.⁵

Tratar o processo de elaboração normativa como um diálogo entre o Estado-regulador (emissor) e a sociedade (receptora) favorece a identificação de parâmetros para a construção do Direito à luz do Estado materialmente democrático.

De acordo com Ferraz Júnior (1997) não é possível, do ângulo da pragmática do discurso, ver a norma como uma entidade *a se*, separada de uma situação comunicativa. Por sua vez, Soares (2002) ensina que a elaboração normativa é um processo argumentativo, que exige uma ação comunicativa por parte de todos os envolvidos.

⁴ Sobre o mito da presunção de conhecimento da lei Cf SOARES, 2002, p. 257 *et seq.*

⁵ Cf MORAND, 1994.

Trata-se, pois, de uma visão que rompe com a separação hermética própria do paradigma legalista, que tinha a lei como fonte quase exclusiva do Direito, desconectada do fato de que a eficiência, a eficácia e a efetividade da regulação dependem de uma dimensão dialética (SANTOS, 2011). Esse tipo de abordagem, segundo Santos (2011), permite o reconhecimento do Direito como produto social, constituído por meio da comunicação linguística e pela argumentação.

Neste contexto, as *RegTechs* permitem um diálogo mais profícuo entre reguladores e regulados, emissores e destinatários. Contudo, é importante ressaltar que as *RegTechs* trabalham sobretudo com dados públicos primários, oriundos das mais variadas instâncias legiferantes. Desse modo, torna-se fundamental a implementação dos padrões de Governo Aberto que passaremos a expor no tópico seguinte.

3 GOVERNO ABERTO⁶: UMA NECESSIDADE DAS REGTECHS

O termo *Open Government* (Governo Aberto) ganhou força no cenário internacional no início da gestão do presidente americano Barack Obama, que em 21 de janeiro de 2009, no primeiro dia de expediente, encaminhou um memorando a todos os membros da alta administração federal contendo orientações que visavam congregar os princípios da a) participação; b) colaboração, c) transparência; e d) *accountability*, tendo a utilização das ferramentas tecnológicas como eixo fundamental e transversal da iniciativa (MOREIRA, 2017). Nas palavras de NOVECK (2011), a ideia de *Open Government* pode ser compreendida como:

“uma estratégia inovadora para mudar a forma como o governo funciona. Ao usar tecnologias para conectar o público ao governo e ambos a outros

⁶ Faria (2016), considera mais apropriado o uso do termo “Estado Aberto” para que se compreenda que o conceito de Governo Aberto, sua respectiva principiologia e ferramentas, não estão restritas ao âmbito do Poder Executivo, podendo (e devendo) ser estendidas ao Legislativo e ao Judiciário.

via dados abertos, um governo aberto pede ajuda para resolver problemas. O resultado final são instituições mais eficazes e uma democracia mais robusta.”⁷

Os chamados “dados abertos” (*open data*) são informações que podem ser acessadas e tratadas sem restrição por qualquer pessoa ou máquina, inclusive para fins de reutilização. Eaves (2009) concebeu três leis sobre dados abertos governamentais que são bem elucidativas:

- 1) Se o dado não pode ser encontrado e indexado na Web, ele não existe;
- 2) Se não estiver aberto e disponível em formato legível por máquina, o dado não pode ser reaproveitado; e
- 3) Se algum dispositivo legal não permitir sua replicação, ele não é útil.

Quanto à primeira “lei”, Eaves explica que os motores de busca devem ser capazes de encontrar o dado, ressaltando que se ferramentas como o *Google* e similares não encontrarem o dado, para a maioria dos cidadãos e empresas, é o mesmo que dizer que a informação não existe. A segunda lei significa que uma vez encontrado, deve ser possível fazer *download* do dado em um formato útil, ou seja, em formato que permite a utilização do dado em *softwares* e aplicações. Um exemplo de dado não-útil, é um documento digitalizado em formato “.jpeg” ou “.pdf” que não consegue ser lido facilmente por um robô como um documento em formato .doc, .txt, .csv, .xls, .html, etc. Um exercício simples que ilustra esse problema é a tentativa de utilização do comando “localizar” (Ctrl+L) em um documento de texto digitalizado. É muito provável que o editor de texto não consiga localizar palavras, pois não consegue “ler” o texto contido na imagem. Por fim, a terceira lei versa sobre a inexistência de embaraços legais para reutilização do dado, como por exemplo normas de proteção a direitos autorais sobre os dados disponibilizados pelo poder público.

Para cumprir a função de monitorar o ambiente regulatório, as *RegTechs* dependem de dados governamentais. Desse modo, o processo de elaboração

⁷ Tradução livre. No original: “an innovative strategy for changing how government works. By using network technology to connect the public to government and to one another informed by open data, an open government asks for help with solving problems. The end result is more effective institutions and more robust democracy.”

normativa deve ser, do início ao fim, um processo de disponibilização de dados abertos, ou seja, as informações sobre o ambiente regulatório devem ser encontráveis e indexáveis na web; devem estar disponíveis para acesso em formatos legíveis por máquinas; e não devem encontrar empecilhos legais que inviabilizem sua replicação.

Conforme reportado pela consultoria PWC (2016) a disponibilização da regulação em formato legível por máquina permite maior automação e pode reduzir de forma significativa os custos decorrentes das mudanças na legislação, garantindo maior consistência na implementação das normas. Ademais, o conhecimento comum dos dados relacionados à regulação aumenta a eficiência, reduz custos, facilita interações e ajuda na remoção de ambiguidades.

Portanto, para favorecer o desenvolvimento das *RegTechs*, o Estado deve instituir uma política de dados públicos abertos que garanta a disponibilização do *Regulatory Big Data* em formatos abertos, sobretudo via interfaces de programação de aplicativos (*Application Programming Interface* – API). Tal medida permite a integração e interoperabilidade entre sistemas, ajuda na redução de custos, no aumento da eficiência e favorece a inovação. (PWC, 2016).

A Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011) dispõe em seu art. 8º que é dever dos órgãos e entidades públicas implementar medidas de transparência ativa na disponibilização de dados de interesse coletivo. A norma estipula, ainda, que as informações devem estar na internet, em linguagem acessível e em formato aberto (vide inciso III). A ver:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

(...)

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I – conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

- II – possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;
- III – possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

Vê-se, portanto, que o dever de disponibilização de dados em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina, já possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, a falta de definição de parâmetros de interoperabilidade, entendida como “a capacidade de diálogo entre os sistemas de informação que se integram e se interagem” (SOARES, 2002, p. 67) bem como a omissão dos entes federados, notadamente dos municípios, quanto à disponibilização de dados relevantes para a compreensão plena das atividades estatais, são fatores que pesam em desfavor da efetividade da Lei de Acesso à Informação.

Feitas essas considerações sobre a importância do dado aberto, voltemos aos princípios de Governo Aberto para lembrar que a colaboração é um valor fundamental. Sendo assim, não basta ao ente regulador disponibilizar dados, é necessário que haja uma interação entre o público e o privado para que a ação estatal seja mais eficaz (NOVECK, 2011). Uma boa prática nesse sentido são as chamadas Maratonas Hacker ou *Hackathons*, que podem ser entendidas como eventos convocados pelo Poder Público, onde desenvolvedores de *softwares*, designers, profissionais, acadêmicos e empresários do setor tecnológico, dentre outros profissionais, se reúnem com servidores públicos para a testagem e prototipagem de soluções tecnológicas no âmbito de um dado tema.

No Reino Unido, a *Financial Conduct Authority* (FCA) convocou a comunidade de *RegTechs* para uma *Hackathon*, que chamaram de “*Regulatory Sandbox*”⁸ conceituada como “um espaço seguro no qual as empresas podem testar produtos, serviços, modelos empresariais e mecanismos de entrega inovadores sem

⁸ No Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) colocou em audiência pública no mês de agosto de 2019, edital para apresentação de manifestações sobre opções regulatórias relacionadas às regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (*sandbox* regulatório). Cf <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20190828-1.html>> Acesso em: 27 de setembro de 2019.

incorrer imediatamente em todas as consequências regulamentares normais do exercício da actividade em questão.”⁹ (FCA, 2015). Ao discorrer sobre a *Hackathon* que teve como tema “*Unlocking Regulatory Reporting*” a FCA (2016) afirmou a importância do princípio da colaboração, declarando que:

“Concordamos que a FCA tem um papel ativo a desempenhar com as RegTechs. Pretendemos concentrar nossos esforços em aumentar nosso engajamento e colaboração com a comunidade RegTech, usando nossa autoridade de convocação para ajudar a reunir os participantes do mercado para trabalhar em desafios compartilhados; e para agir como um catalisador para a mudança que ajuda a desbloquear os benefícios potenciais da inovação tecnológica.”¹⁰

Na *Regulatory Sandbox*, os convidados tiveram a oportunidade de desenvolver tecnologias para o aumento da eficiência, eficácia e efetividade do processo de prestação de contas à FCA. Durante a maratona de 36 horas, onde participaram representantes de diversas empresas, os desenvolvedores de *software* da *startup* ClauseMatch¹¹ e da instituição financeira JWG¹² se juntaram e elaboraram um protótipo capaz de “literalmente destrancar” o processo de prestação de contas à FCA. A ferramenta desenvolvida conecta as mudanças regulatórias às políticas internas dos bancos. (LIKHODED, 2017)

Outra iniciativa da FCA foi o lançamento de uma consulta pública que teve por objetivo colher subsídios para a compreensão de como a entidade poderia auxiliar no desenvolvimento das *RegTechs*. Dentre os vários *inputs* recebidos,

⁹ Tradução livre. No original: “a safe space in which businesses can test innovative products, services, business models and delivery mechanisms without immediately incurring all the normal regulatory consequences on engaging in the activity of question.”

¹⁰ Tradução livre. No original: “We agree with the sentiment that the FCA has an active role to play in RegTech. We intend to concentrate our efforts on increasing our engagement and collaboration with the RegTech community, using our convening authority to help bring together market participants to work on shared challenges; and to act as a catalyst for change that helps to unlock the potential benefits of technology innovation.”

¹¹ Cf <http://www.clausematch.com/>

¹² Cf <https://jwg-it.eu/>

verificou-se a demanda pela decodificação da regulação para formatos abertos: “Deverá ser elaborada uma versão do novo regulamento legível por máquina para que as regras possam ser aplicadas automaticamente, melhorando a rapidez, a eficiência e a eficácia da sua aplicação” (FCA, 2016, p. 12)¹³. Os participantes da consulta destacaram também que a ausência de uma aprovação e recomendação das funcionalidades das *RegTechs* pelos órgãos reguladores gera uma desconfiança dos *players* tradicionais do mercado, dentre eles os bancos, que acabam optando por não arriscar na adoção das soluções inovadoras oferecidas pelas *RegTechs*. Foi verificada também a preocupação dos participantes com normas que impedem a reutilização dos dados colhidos das instâncias governamentais. Por fim, chama atenção também a preocupação com a incerteza do ordenamento regulatório, que contém tipologias variadas de atos normativos, conceitos complexos e baixo nível de padronização (FCA, 2016).

Todo o exposto revela que o Estado – que deve ser aberto – possui um papel fundamental no desenvolvimento das *RegTechs*. A colaboração entre atores do setor público e do setor privado possui o potencial de beneficiar todos os envolvidos, numa relação “ganha-ganha” que pode resultar na estabilidade e integridade do ambiente regulatório.

É importante destacar novamente que a despeito do significativo sucesso das experiências ligadas às *RegTechs* no setor financeiro, o potencial destas ferramentas não está restrito a tal ambiente, tampouco à esfera dos órgãos reguladores. Nesse sentido, FARIA *et al* (2016) destacam que os parlamentos podem contribuir fortemente para o aumento de transparência do processo legislativo por meio da adoção de experiências como as conduzidas pela FCA do Reino Unido e, sobretudo, pela disponibilização de dados abertos. Uma experiência digna de nota no Brasil é o Laboratório Hacker da Câmara dos Deputados¹⁴, onde são desenvolvidos processos permanentes de uso e aplicação sustentável de ações de transparência em formato aberto.

¹³ Tradução livre. No original: “A machine-readable version of new regulation should be made so that rules could be applied automatically, improving the speed, efficiency and effectiveness of implementation.”

¹⁴ Cf <http://labhackercd.net/>

Aos poucos, o que se vê é que com o apoio do Estado, as *Regulatory Technologies* podem contribuir para reduzir a complexidade do ordenamento jurídico como um todo, indo ao encontro dos preceitos da Legística Formal. Naturalmente, a evolução tecnológica há de impactar severamente o mercado ligado ao monitoramento e análise da atividade estatal, inclusive os operadores do direito, conforme demonstraremos a seguir.

4 REGTECHS E SEU POTENCIAL IMPACTO PARA OS OPERADORES DO DIREITO

Segundo Likhoded (2017), até 2020, o mercado global de *softwares* ligados à área de regulação e *compliance* deve corresponder a US\$ 118 bilhões, tendo Londres como principal polo de *RegTechs*. Como visto, o setor financeiro tem sido a área mais promissora para o desenvolvimento destas tecnologias, sobretudo por uma questão de necessidade de absorção das consequências da crise de 2008.

No Brasil, a entrada em vigor da chamada “Lei anticorrupção” (BRASIL, 2013) e o avanço da Operação Lava Jato (BRASIL, 2014) impulsionou a adoção de práticas de gerenciamento de riscos no setor privado e a demanda por serviços de *compliance* por bancas de advocacia. Uma pesquisa realizada pela Câmara Americana de Comércio revelou que para 60% dos empresários entrevistados, as ações de anticorrupção em curso no Brasil trouxeram impacto direto no investimento em programas integridade de suas empresas. Por outro lado, apenas 31% dos empresários consideram maduros e culturalmente implementados seus programas de *compliance*. (AMCHAM, 2016)

Outro setor impactado pela crise ética e política brasileira é a área de *Lobbying* (também chamada de Relações Institucionais e Governamentais ou de *Advocacy*).¹⁵ Para 61% dos entrevistados, a regulamentação do *lobby* deve

¹⁵ A despeito de ser uma atividade lícita, a defesa de interesses (que não deve ser confundida com corrupção e tráfico de influência) é marcada por um estigma de marginalidade e cercada de preconceitos. A ausência de regulamentação do *lobbying* no Brasil e a imprecisão do uso da palavra por parte da imprensa são fatores que contribuem para essa realidade. Devido à carga negativa que permeia a prática do *lobby*, há iniciativas que visam mudar a denominação da

ser tida como prioridade pelas autoridades brasileiras no combate à corrupção. (AMCHAM, 2016)

As áreas de *compliance* e *lobbying* estão bem conectadas, especialmente em dois pontos. O primeiro diz respeito à rotina de monitoramento do processo legislativo, que é comum em ambas (e objeto das *RegTechs*). O segundo diz respeito ao relacionamento do lobista com as autoridades públicas, que deve respeitar padrões de integridade normalmente colecionados pelas áreas de *compliance*.

É importante assinalar que o último estágio, e não o primeiro, de uma estratégia de *lobby* é a pressão e o contato direto com tomadores de decisão. Inclusive, muitos escritórios de advocacia não participam dessa etapa (MAGRO *et al*, 2017) que precede uma cadeia de práticas que pode envolver, por exemplo: a) análise de cenário político; b) monitoramento de legislações em fase de elaboração, tramitação ou em vigor; c) mapeamento de *stakeholders*; d) mapeamento de potenciais espaços de *lobby* (audiências públicas, consultas públicas, canais institucionais, etc.); e) produção de estudos técnicos; f) elaboração de campanhas midiáticas; g) formação de coalizões; e h) contato corpo-a-corpo com agentes públicos. (MOREIRA, 2017)

Interessa-nos destacar que a mesma crise que resultou no crescimento exponencial da oferta e da demanda por serviços de *lobbying* (MAGRO *et al*, 2017) e de *compliance* (DCI, 2016) em grandes bancas de advocacia, pode ser vista como oportunidade para o desenvolvimento das *RegTechs*.

As *RegTechs* são um fenômeno recente mas já é possível visualizar algumas *startups* brasileiras que representam esse segmento. Uma delas é a Dado Capital¹⁶ que se apresenta como:

“uma plataforma tecnológica para Gestão de Risco Regulatório. Acreditamos que a Regulação e Políticas Públicas são Variáveis do Negócio, e

atividade. No mercado de trabalho vários termos são utilizados para caracterizar a atividade de *lobby*, de modo que os lobistas apresentam-se como profissionais de relações governamentais; *advocacy*; políticas públicas; relações institucionais; relações públicas; assuntos regulatórios; assuntos corporativos; *public affairs*; consultoria estratégica; análise e assessoria política; advocacia corporativa, entre outras. Cf (MOREIRA, 2017)

¹⁶ Cf <http://www.dadocapital.com/>

como tal devem ser cuidadosamente acompanhadas por toda Sociedade – Cidadãos, Empresas Privadas, Associações de Classe, ONG’s, etc. Aliamos tecnologia de ponta a conhecimento de causa para integrar processo de gestão de risco regulatório: Entregamos conhecimento acionável! Desvendamos as prioridades regulatórias dos governantes, e entregamos aos nossos clientes aquilo que realmente importa. Oferecemos uma ferramentas de acompanhamento das atividades do Governo (executivos, legislativo e judiciário), capaz de antecipar mudanças regulatórias, prevendo a chance de aprovação e o tempo hábil para ação. Monitoramos uma vasta gama de fontes de informações sobre o governo e seus atores – Congresso, D.O.U, Tribunais, e outros – e aplicamos ferramentas computacionais de ponta – Modelagem Comportamental Dinâmica, Redes Neurais, *Machine Learning* – aliada à décadas de experiência na gestão analógica de risco regulatório, para decifrar o futuro regulatório.”

Quanto mais instável o ambiente político-institucional e econômico, maior é a necessidade de monitoramento das alterações promovidas no ordenamento jurídico, e nesse contexto, as *RegTechs* podem auxiliar na redução, ao mesmo tempo e de forma substancial, dos custos relacionados às áreas de monitoramento da legislação, *compliance* e prevenção de sanções pelos órgão reguladores (DE LIS *et al*, 2015).

Portanto, assim como na relação entre os bancos e as *FinTechs*, as *RegTechs* podem ser vistas pelos operadores do direito tanto como ameaças às suas receitas, como potenciais parceiras para o ganho de eficiência nos serviços prestados.

5 CONCLUSÕES

Atribui-se a Albert Einstein a frase de que “no meio da dificuldade, encontra-se a oportunidade.” No presente trabalho, tal reflexão faz muito sentido. Foi possível perceber que as crises político-econômicas provocam transformações no ambiente regulatório, que o tornaram ainda mais complexo e resultou no aumento dos custos de todos atores sociais que necessitam acompanhar de perto a atividade do Estado.

Como se não bastassem as consequências da crise de 2008, o setor financeiro foi também impactado pelo desenvolvimento tecnológico e pelo surgimento

de tecnologias disruptivas, tais como as oferecidas pelas *FinTechs*. Num ambiente altamente regulado, como é o caso do setor financeiro, abriu-se a oportunidade para a aplicação de tecnologias avançadas de inteligência artificial e análise de dados para o monitoramento e cumprimento das exigências regulatórias, bem como para a redução da equipe das áreas de *compliance* e gestão de risco dos grandes atores do mercado financeiro. Foi nesse contexto que surgiram as *RegTechs*.

Como visto, as *RegTechs* podem ser vistas como ferramentas de Legimática e o potencial delas não está restrito ao setor financeiro. Tais tecnologias vão ao encontro dos preceitos da Legística Formal, sobretudo no que tange à inteligibilidade e acessibilidade dos textos normativos. Com efeito, a compreensão das “regras do jogo” do mercado e do direito vigente interessa aos cidadãos, associações de classe, ONGs e empresas de todos os segmentos. Assim, as *RegTechs* podem ser vistas como catalizadoras da transparência da ação estatal e de redução da complexidade do ordenamento jurídico.

Todavia, é importante destacar o papel fundamental do Estado como fomentador da inovação e do desenvolvimento. Em contextos complexos e de grande dificuldade, vem a socorro os princípios de Governo Aberto que favorecem a conexão entre o Poder Público e a sociedade para o aumento da eficiência, a eficácia e a efetividade da ação estatal. Nessa esteira, a publicação de dados em formato aberto (*open data*) permite não só às *RegTechs*, mas também a qualquer ator social, recorrer à tecnologia para a redução da opacidade das atividades do Estado e densificação do princípio da transparência pública.

É natural que o desenvolvimento tecnológico impacte significativamente os mercados, trazendo ônus e bônus para diferentes atores. No que se refere ao mercado de serviços relacionados ao ambiente jurídico-regulatório, o serviço público, as bancas de advocacia e consultorias especializadas concorrerão com as soluções oferecidas pelas *RegTechs*, mas também poderão as ter como parceiras. De todo modo, é fundamental destacar a importância do fomento destas tecnologias, haja vista que elas cumprem o importante papel de aproximar o legislador de seus destinatários e atuar na otimização do círculo de comunicação legislativa entre o Estado regulador e a sociedade.

REFERÊNCIAS

- AMCHAM. **Lava Jato e Lei Anticorrupção impulsionaram compliance em 60% das empresas, aponta pesquisa Amcham**. 2016. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/competitividade-brasil/noticias/lava-jato-e-lei-anticorruptao-acelerou-compliance-em-60-das-empresas-aponta-pesquisa-amcham-3525.html>>. Acesso em: 30 jun 2017.
- ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos Nathan; BUCKLEY, Ross P. “FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation” IN: **Northwestern Journal of International Law & Business**. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2847806> >. Acesso em: 30 jun 2017.
- BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.
- _____, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.
- _____, **Operação Lava Jato**. [online] 2014. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato> 2014>. Acesso em: 30 jun 2017.
- CROSSMAN , Penny Crossman, “IBM Buying Promontory Clinches It: Regtech is Real” IN: **American Banker**, 2016. Disponível em: <<https://www.americanbanker.com/news/ibm-buying-promontory-clinches-it-regtech-is-real>>. Acesso em: 30 jun 2017.
- DCI - Diário Comércio Indústria & Serviços. **Escritórios de advocacia investem em consultoria de compliance**, 2016. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/capa/escritorios-de-advocacia-investem-em-consultoria-de-compliance--id562072.html>>. Acesso em: 30 jun 2017.
- DE LIS, Santiago Fernández; RUBIO, Ana; GOUVEIA, Olga; RUESTA, Macarena; José IZQUIERDO, Félix; ÁLVAREZ, José María; CEBRIÁN, José Manuel. “RegTech, the new magic word in FinTech” IN: **BBVA Research**. 2015. <https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2016/03/Banking-Outlook-Q116_Cap6.pdf>. Acesso em: 30 jun 2017.

EAVES, David. **The Three Laws of Open Government Data**. 2009. Disponível em: <<https://eaves.ca/2009/09/30/three-law-of-open-government-data/>>. Acesso em: 30 jun 2017.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. “Os desafios do Estado Aberto: Facilitar a visão do cidadão e dar poder à sua voz.”. IN: **Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro: TIC governo eletrônico 2015** [livro eletrônico]. 2016. Disponível em: <<http://tinyurl.com/h53hkm3>> Acesso em 11 nov. 2016.

_____; RODRIGUES, Malena Rehbein; SATHLER, André Rehbein. “Netizen em ação: hackeando o parlamento a partir de dentro” IN: DA SILVA, Sivaldo Pereira; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso (Orgs). **Democracia Digital, Comunicação Política e Redes** [livro eletrônico] 2016. Disponível em: <<http://livro.democraciadigital.org.br/>>. Acesso em: 30 jun 2017.

FCA. **Call for input on supporting the development and adopters of RegTech**. 2016. Disponível em: <<https://www.fca.org.uk/publication/feedback/fs-16-04.pdf>>. Acesso em: Acesso em: 30 jun 2017.

_____. **Regulatory sandbox**. 2015. Disponível em: <<https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo. Saraiva: Saraiva, 2.ed, 1997.

GREENWOOD, Daniel. **Computational Legal Science: Legal physics of human dynamics**. Cambridge: MIT Human Dynamics Lab. 2015. Disponível em: <https://youtu.be/G2_1I9aUwgs>. Acesso em: 30 jun 2017.

HOOK, Thomas. “Artificial Intelligence: The Next Step in Financial Crime Compliance Evolution” IN: **Finextra** [online] 2017. Disponível em: <<https://www.finextra.com/blogposting/14225/artificial-intelligence-the-next-step-in-financial-crime-compliance-evolution>> Acesso em: 30 jun 2017.

KAMINSKI, Piotr; ROBU, Kate. “A best-practice model for bank compliance” IN: **Mckinsey&Company** [online] 2016. Disponível em: <<http://www.mckinsey.com/business-functions/risk/our-insights/a-best-practice-model-for-bank-compliance>>. Acesso em: 30 jun 2017.

KASSAI, Husayn. “The rise of ‘RegTech’ and why it’s the next big thing in banking”. IN: **World Economic Forum** [online] 2017. <<https://www.weforum.org/agenda/2017/06/how-rethinking-regulation-is-helping-the-worlds-unbanked/>>. Acesso em: 30 jun 2017.

KEHOE, Lory; DALTON, David; SMITH, Sean. “RegTech is the new FinTech” IN: **Deloitte** [paper] 2016. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/FinancialServices/IE_2016_FS_RegTech_is_the_new_FinTech.pdf>. Acesso em: 30 jun 2017.

KOCIANSKI, Sarah. “The Regtech Report: Global regulatory requirements are creating a huge opportunity for regtech firms.” IN: **Business Insider** [online] 2016. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/the-regtech-report-global-regulatory-requirements-are-creating-a-huge-opportunity-for-regtech-firms-2016-8>>. Acesso em: 30 jun 2017.

KRISHNAKUMAR, Arunkumar. “International Regtech Association Launch and IBM Watson announce Regtech Apps” IN: **Daily Fintech** [online] 2017. Disponível em: <<https://dailyfintech.com/2017/06/16/international-regtech-association-launches-and-ibm-watson-announce-regtech-applications/>>. Acesso em: 30 jun 2017.

LENZER, Robert. “Too Big To Fail Banks Have Paid \$251 Billion As the Cost of Regulatory Revenge” IN: **Forbes** [online] 2014. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/robertlenzner/2014/08/29/too-big-to-fail-banks-have-paid-251-billion-in-fines-for-sins-committed-since-2008/#760c1d077f72>>. Acesso em: 30 jun 2017.

LIKHODED, Evgeny. “RegTech is already helping banks to improve compliance and cut costs” IN: **Techbullion** [online] 2017. Disponível em:

<<http://www.techbullion.com/regtech-already-helping-banks-improve-compliance-cut-costs/?platform=hootsuite>>. Acesso em: 30 jun 2017.

MAGRO, Maíra, OLIVON, Beatriz; OMS, Carolina. “Maíra Magro, Beatriz Olivon e Carolina Oms” IN: **Valor Econômico** [online] 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4831122/crise-impulsiona-lobby-na-advocacia>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MEMMINGER, Matthias; BAXTER, Mike Baxte; LIN, Edmund. “Banking RegTechs to the Rescue?” IN: **Bain&Co** [online] 2016. Disponível em: <<http://www.bain.com/publications/articles/banking-regtechs-to-the-rescue.aspx>>. Acesso em: 30 jun 2017.

MEOLA, Andrew. “1 in 5 European banks would buy fintech startups” IN **Business Insider** [online] 2016. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/1-in-5-european-banks-would-buy-fintech-startups-2016-6/?r=AU&IR=T>>. Acesso em: 30 jun 2017. Acesso em: 30 jun 2017.

MOREIRA, Felipe Lélis. **Governo Aberto, Lobby e qualidade legislativa**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2017.

NOVECK, Beth Simone. **Defining Open Government**. 2011. Disponível em: <<http://tinyurl.com/zujrvvr>> Acesso em 11 jan. 2017.

ORACLE. **Enterprise Architect’s Guide to Big Data Reference Architecture Overview**. 2016. Disponível em: <<http://www.oracle.com/technetwork/topics/entarch/articles/oea-big-data-guide-1522052.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2017.

PATEL, Sital S. “Citi will have almost 30,000 employees in compliance by year-end”. IN: **Market Watch** [online] 2014. Disponível em: <<http://blogs.marketwatch.com/thetell/2014/07/14/citi-will-have-almost-30000-employees-in-compliance-by-year-end/>>. Acesso em: 30 jun 2017.

SINGH, Pathay. “IBM On Regtech And The Future Of Compliance” IN: **The compliance Grid** [online] 2017. <<https://www.thecompliancegrid.com/>

blog/2017/06/ibm-on-regtech-and-the-future-of-compliance>. Acesso em: 30 jun 2017.

PWC. **The changing landscape: How to use RegTech and make regulatory compliance your strategic advantage.** 2016. Disponível em: <<https://www.pwc.com/ca/en/banking-capital-markets/publications/pwc-changing-landscape-2016-12-en.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2017.

SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da Decisão Judicial no Quadro da Legisprudência: o diálogo das fontes do Direito.** Dissertação. (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2011.

SOARES, Fabiana de Menezes. “Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação.” IN: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007.

_____. **Produção e conhecimento da lei à luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação.** Tese de doutorado (Doutorado em Filosofia do Direito) Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2002.

_____; BARROS, Louise Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. Legimática: A Tecnologia da Informação Aplicada à Qualidade da Produção Legislativa. IN: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG,** Belo Horizonte, n. 53, p. 45-78, jul/dez. 2008.

UBS. “UBS Future of Finance Challenge 2017” IN: **UBS** [online] 2017. Disponível em: <https://www.ubs.com/microsites/future-of-finance-challenge/en/challenges.html#secure_banking_challenge>. Acesso em: 30 jun 2017.

YU, Harlan Ming-Tun; ROBISON, David G. 2012. The New Ambiguity of ‘Open Government. IN: **UCLA Law Review Disclosure.** V. 59, n. 38, pp. 178-218. Disponível em: <<https://tinyurl.com/zssppo3>> Acesso em: 30 jun 2017.

A INCORPORAÇÃO DO DISSENSO NO PROCESSO LEGISLATIVO E SEU PAPEL NA JUSTIFICAÇÃO DA LEI: condições para a *advocacy* parlamentar

Fabiana de Menezes Soares¹
Flávia Pessoa Santos²

1 INTRODUÇÃO

A ideia de “crise do Estado Democrático de Direito” alimenta a expectativa de que mudanças prementes venham resgatar valores, promessas e utopias que a democracia contemporânea, sob o manto do exclusivo do liberalismo, não tem logrado cumprir. A crescente insatisfação dos cidadãos quanto à condução pelo Estado dos interesses da sociedade leva à consolidação de um *ethos* participativo fortemente presente no ideário democrático, como modo de suprir os defeitos – ou o fracasso – da democracia representativa.

Esse estudo considera a hipótese de que a incorporação institucional do conflito no processo legislativo, muito mais que a busca sistemática pela formação do consenso, pode contribuir para que o processo criador do Direito positivo assuma contornos que o tornem efetivamente deliberativo, aproximando-se da materialização dos ideais da soberania popular.

¹ Profa. Associada da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora do Observatório para a Qualidade da Lei.

² Mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, pesquisadora do Observatório para a Qualidade da Lei. Consultora Legislativa da ALMG.

Tal escopo conduz-nos às formulações teóricas desenvolvidas por Chantal Mouffe, que introduz na filosofia política e social conceitos inovadores sobre a cidadania e sobre os elementos circunstanciais que levam os cidadãos a se engajarem nas atividades políticas. Inspirando-se em Carl Schmitt, ela defende que os atores coletivos se constituem politicamente por meio dos conflitos e dos antagonismos – que ela denomina de pluralismo agonístico – decorrentes do pluralismo de ideias e de valores que coabitam na sociedade heterogênea (MOUFFE, 1994).

O exercício do político, para Carl Schmitt, é o exercício da manifestação das hostilidades que permeiam as relações humanas, decorrentes da multiplicidade de valores e preferências dos cidadãos – as hostilidades forjam o espaço político (MOUFFE, 2005, p. 21). O político permeia o convívio entre os homens, configurando e reconfigurando o seu agir. Considerando o pluralismo agonístico, de Mouffe (2005) e o “modelo agonístico de democracia deliberativa” (URBINATI 2010), entende-se que o processo de positivação do Direito deve buscar incorporar muito mais o conflito do que o consenso, pelo menos o consenso imediato, que nem sempre é obtido por meio de uma deliberação democrática.

O processo de positivação do Direito deve refletir a complexidade e a pluralidade social, estando aberto aos conflitos decorrentes das disputas entre múltiplas preferências e constituindo-se em efetivo *locus* das lutas democráticas, espaço público inclusivo, dialógico e conflituoso, receptivo, pois, às paixões próprias ao exercício do político (MOUFFE, 2005, p. 21).

Discorrendo sobre a representação política, Nadia Urbinati vê a soberania popular como um “princípio regulador” a guiar a ação e o juízo político dos cidadãos, o papel de “motor central para a democratização da representação” de modo a promover a circularidade do processo político deliberativo. (URBINATI, 2006, p.192).

Ademais, com a introdução de novos meios de comunicação social, como a internet e a interconexão de redes sociais e outros canais interativos, uma nova dinâmica se afigura na troca de informações entre os cidadãos e o Estado, trazendo significativo impacto na maneira como ocorrem as lutas por direitos. Portanto, o Parlamento precisa dispor de mecanismos institucionais que ampliem os canais de interação com a sociedade.

Torna-se cada vez mais difícil que leis produzidas segundo um modelo normativo estritamente formal sejam capazes de alcançar os efeitos esperados e de atender às expectativas de uma sociedade complexa e multifacetada. A função do legislador passa por uma mudança substancial: não mais se espera dele a capacidade sobre-humana de solução antecipada de todo e qualquer problema social por meio de uma legislação racional, que ele redige conforme suas preferências subjetivas:

“[...] a norma jurídica se vê doravante obrigada a conquistar uma legitimidade, que já não lhe é inerente, demonstrando o rigor dos seus métodos de elaboração, mas também, e sobretudo, porque essa racionalização é indissociável da nova concepção instrumental do direito, de que ela é a concretização.” (CHEVALLIER, 1992, p. 9, destaques do autor).

Sendo assim, uma das questões que se apresenta neste estudo é: como promover a abertura radical do processo de produção das leis aos conflitos sociais, de modo a torná-lo apto a lidar com o pluralismo que caracteriza a democracia contemporânea? O melhoramento dos mecanismos institucionais responsáveis pelo circuito de informações no processo legislativo colabora para a agregação de preferências ao processo deliberativo?

Uma ordem institucional capaz de recepcionar e mediar os desacordos da sociedade, permitindo a troca de razões, a livre expressão de interesses plurais e o seu confronto, contribui para a redução das assimetrias informacionais entre os partícipes do confronto, gerando decisões políticas que tenham sido efetivamente o resultado de um processo deliberativo de captação, de concertação e de resposta às demandas sociais.

Vários modelos deliberativos já foram propostos para traduzir essa ordem, mas é preciso buscar um delineamento institucional para o processo legislativo que seja informado pelas novas concepções estruturantes do modelo deliberativo democrático, as quais consideram a livre manifestação dos desacordos sociais uma condição essencial para a expressão da soberania popular.

2 O DISSENSO COMO EXERCÍCIO DO POLÍTICO E SEU PAPEL NA DINÂMICA DEMOCRÁTICA

Em face de um pluralismo sem precedentes, a sociedade contemporânea reclama por novos arranjos deliberativos que confirmem maior legitimidade ao Estado Democrático de Direito, à luz dos fundamentos constitucionais, no contexto da Era do Conhecimento.

Chantal Mouffe fornece muitos elementos para tratar da democracia contemporânea. Ao avaliar as propostas oferecidas por teóricos da democracia liberal que se estabeleceram no século XX, Mouffe tece uma crítica aos modelos da democracia deliberativa, propondo uma refundação de alguns de seus princípios. Para ela, “o tão apregoadado triunfo da democracia liberal chega num momento em que se verificam cada vez mais discordâncias quanto a sua natureza.” (MOUFFE, 1996, p. 179).

Desde a segunda metade do século XX, a partir da apresentação do modelo agregativo, por Joseph Schumpeter, no trabalho *Capitalism, Socialism and Democracy*, de 1947, consolidou-se o entendimento de que, com o desenvolvimento da democracia de massa, o ideal da soberania popular, tal como entendido pelos modelos clássicos de democracia, só poderia concretizar-se por meio da agregação das preferências dos cidadãos, vocalizadas por partidos políticos selecionados pelo voto em intervalos regulares.

Por conseguinte, o modelo democrático agregativo sustentou-se na premissa de que não é o bem comum, mas o auto interesse, o fator desencadeante do agir político, constituindo o parâmetro das organizações partidárias que hoje sustentam a democracia representativa (MOUFFE, 2005, p. 13).

Contra o predomínio da concepção agregativa, com a consequente redução da democracia aos procedimentos puros para o tratamento do pluralismo de grupos de interesse, seguiram-se as teorias deliberativas, as quais, por um longo tempo, têm desempenhado um papel central no pensamento democrático.

Nesse contexto, duas correntes se destacam: a teoria política normativa, inaugurada por Rawls (1971), a qual, em sequência, foi desafiada pelo modelo teórico deliberativo, defendida por Habermas (1996), ambas buscando alcançar

um consenso mais profundo do que um “mero acordo sobre procedimentos”, característico do modelo agregativo (MOUFFE, 2005, p. 12).

Jonh Rawls, questionando a perspectiva excessivamente instrumental do modelo agregativo, busca introduzir no modelo democrático liberal uma dimensão moral, desenvolvendo uma teoria normativa e abstrata. O escopo teórico de Habermas, por sua vez, mais concreto e procedimental, busca fundamentar autoridade e legitimidade em formas de razão pública. Ambos os modelos, porém, são tributários de um procedimentalismo, embora sob diferentes perspectivas, que encara o Direito como uma prática social argumentativa racional a lidar com o pluralismo de interesses e de valores por meio do estabelecimento de consensos.

Em uma crítica ao racionalismo das teorias deliberativas, as quais buscam a formação de consensos sociais por meio da razão, em Mouffe a busca do consenso racional não só tolhe o exercício do político como se funda em atos de exclusão, embora de modo dissimulado. Para ela, Rawls e Habermas querem fundamentar a adesão à democracia liberal com um tipo de consenso racional que fecharia as portas para a possibilidade de contestação. Eles precisam, por esse motivo, relegar o pluralismo para um domínio não público, isolando a política de suas consequências (MOUFFE, 2005, p.16).

O pluralismo de valores impossibilita que desacordos sejam erradicados por meio de discussões racionais, dependentes de uma reciprocidade persuasiva. Ora, adversários não compartilham das mesmas identidades políticas, portanto, não se conformam à posição de neutralidade exigida para o estabelecimento do consenso racional. Aceitar a visão do adversário implica uma mudança radical de identidade, ou seja, uma conversão à identidade do outro.

Dessa maneira, Mouffe insiste em que os acordos nem sempre – ou quase nunca – implicam a erradicação dos antagonismos, os quais persistem enquanto houver pluralismo identitário. Portanto, é descabida a procura de uma solução racional final” (MOUFFE, 2005, p. 16), mas, sim, a “interrupção temporária de uma confrontação contínua”, por meio dos pactos, acordos ou compromissos que se realizam no cotidiano da política. Em síntese, os entendimentos são alcançados por meio da prática política, e não pela persuasão por meio da racionalidade argumentativa.

Mouffe, assim, concede maior relevo à prática política e aos jogos de linguagem, em substituição aos procedimentos buscados pelos teóricos deliberativos, que sustentam a possibilidade de se obter uma espécie de consenso universal pela racionalidade e pela imparcialidade argumentativa. A prática política, por sua vez, requer o reconhecimento do poder como “constitutivo das relações sociais” (MOUFFE, 2005, p. 19). Vale dizer, o poder é inescapável ao convívio humano, e, sendo excludente por sua própria natureza, acaba por configurar a hegemonia de quem o detém. A questão que se põe para a política democrática não é a de eliminar o poder, mas de se erigirem formas de exercício que sejam compatíveis com os valores democráticos (LACLAU; MOUFFE, 1985, p.107).

Mouffe busca uma alternativa de democracia que parece preservar, assim como os teóricos da democracia agregativa e deliberativa, os princípios mais caros ao liberalismo, quais sejam, a liberdade e a igualdade. Nesse contexto, uma questão que se apresenta diz respeito à forma como o Estado liberal atua perante o pluralismo social. Junto com Ernesto Laclau, Mouffe desenvolveu a ideia de democracia radical, cuja base teórica está delineada em *Hegemony and Socialist Strategy* (LACLAU; MOUFFE, 1985).

Ao reconhecer a diversidade dos interesses da sociedade e a real possibilidade de conflitos, estabeleceu as bases para a defesa de sua teoria política democrática, que sustenta **a importância do dissenso, ao contrário da perspectiva liberal tradicional, que almeja o consenso** (grifo nosso). Ao admitir a inevitabilidade do conflito, que Mouffe chama de “pluralismo agonístico”, seu projeto de democracia radical não tenta obturar os antagonismos, mas deixá-los em evidência, “abrindo espaço para o conflito, a paixão e o político.” (MOUFFE, 2005, p. 21).

As reflexões sobre a relação amigo/inimigo extraídas de Carl Schmitt são o ponto de partida de Mouffe ao considerar que o fundamento do “político” se encontra justamente na existência do elemento de hostilidade entre os seres humanos. Concordando com o raciocínio de Schmitt, ela também distingue a “política” do “político”, associando a primeira a uma série de práticas, instituições e discursos através dos quais uma ordem é criada, e situando o segundo no terreno dos conflitos sociais e nas relações de opressão que dividem a sociedade em lutas pela igualdade e/ou liberdade (MOUFFE, 2005, p. 21)

Em Mouffe, enfrenta-se, portanto, a questão da antinomia entre o liberalismo, que compreende a ideia de pluralidade, e a democracia, que, ao identificar a vontade soberana com a lei, traduz a ideia de homogeneidade. Sob tal aspecto, revela a utopia de se sustentar a existência de uma vontade geral que possa ser expressa por uma comunidade orgânica unificada em torno do bem comum.

Ainda que uma vontade geral tenha que ser extraída por meio de procedimentos racionais, o que é feito pelos governos, partidos e representantes políticos, a ideia da soberania popular deve ser compatibilizada com o pluralismo social. E a vontade geral soberana deve, também, compatibilizar-se com as liberdades individuais que emergem do pluralismo social.

Contrapondo-se a Carl Schmitt, ao mesmo tempo em que aproveita parte do seu pensamento, a teoria democrática de Mouffe rechaça a existência de uma verdade absoluta, pois o liberalismo implica que a verdade se dissolva em uma discussão infinda e é nesse ponto que mais diverge de Schmitt, um franco adversário do liberalismo justamente pelo fato de que o individualismo que lhe é inerente impede a formação de uma identidade coletiva.

Ressalte-se que o conflito mouffeano não é a guerra. Para que seja legítimo, não pode destruir a associação política, erradicando os oponentes. No antagonismo, as partes são inimigas e não partilham qualquer referencial em comum. Em Mouffe, o antagonismo é transformado em agonismo, para que as partes em conflito se tornem adversárias, mas não inimigas, reconhecendo-se umas às outras como partícipes de um embate democrático (MOUFFE, 2005, p 11-23).

3 O PROCESSO CIRCULAR DE REPRESENTAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA SOBERANIA: A DEMOCRATIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

No ponto das indagações a que chegamos, cumpre trazer o pensamento da italiana Nadia Urbinati, que se tem destacado no pensamento democrático e liberal contemporâneo por sua teoria sobre a representação política. Essa autora desenvolve ideias embrionárias do liberal John Stuart Mill, cujos vislumbres,

estabelecendo um elo entre governo representativo, representação proporcional e caráter agonístico da assembleia, não estão muito distantes das teorias da democracia deliberativa (URBINATI, 2010, p. 56).

No tocante à pesquisa que desenvolve sobre a representação, Urbinati vale-se especificamente dos trabalhos de Bernard Manin e Hanna Pitkin “para demonstrar que a representação política é um processo circular (suscetível ao atrito) entre as instituições estatais e as práticas sociais.” (URBINATI, 2006, p. 191-192).

Ela investiga as condições que tornam a representação um modo de participação política que permite o controle e a supervisão pelos cidadãos. Ao distinguir a democracia representativa da democracia eleitoral, ela refuta o argumento fortemente reiterado, embora pouco questionado, de que a participação direta seja “mais democrática” do que a representação (URBINATI, 2006, p. 192). Em Urbinati, a representação é o instrumento que mais possibilita o aprimoramento da democracia e a sua própria recriação, opondo-se à ideia amplamente defendida na teoria política de que a representação seria um resquício aristocrático. Toma a soberania popular como um “princípio regulador” a guiar a ação e o juízo político dos cidadãos, atribuindo a ela (a soberania) o papel de “motor central para a democratização da representação.” (URBINATI, 2006, p. 192).

Os princípios centrais do governo representativo foram estabelecidos no século XVIII, com o propósito de refrear a própria democracia e construir um governo limitado e responsável. Urbinati identifica duas importantes escolas de pensamento sobre o modelo representativo:

- (i) o modelo eleitoral, que combina o elitismo (quanto ao local de deliberação e voto e quanto ao domínio da competência) com o consentimento;
- (ii) o modelo representativo, que “visa evitar a concentração da fonte de legitimação nas instituições estatais e a redução do consentimento popular a um ato de autorização.” (URBINATI, 2006, p. 192).

Esse último modelo é considerado pela autora como explicitamente democrático, uma vez que seus adeptos sempre buscaram viabilizar uma conexão entre sociedade e instituições, mesclando o consentimento formal com a influência informal da sociedade.

À semelhança do projeto do “pluralismo agonístico”, de Mouffe, Urbinati reclama a revisão da ideia de “monopólio da vontade sobre a definição e a prática política”, substituindo o “sim” ou “não” por uma arena de opiniões contestáveis e decisões sujeitas a revisão a qualquer tempo.

Segundo a autora, as eleições engendram a representação, mas não os representantes: produzem um governo, mas não um governo representativo.

O representante, no desenho proposto pela cientista política, não substitui o soberano ausente, precisando estar conectado com a sociedade para aprovar leis legítimas.

A autora chama de “ordem diárquica” o sistema em que “a decisão”, que, na linguagem da soberania, significa os procedimentos e instituições que regulam a elaboração das leis, e “a opinião”, que é o domínio *extrainstitucional* de formação do julgamento político, exercem influência mútua ou entram em conflito. Na democracia contemporânea, a decisão não pode estar dissociada da opinião do povo que tem que participar, direta ou indiretamente, da tomada de decisões (URBINATI, 2013, p. 6).

A teoria política apresentada por Urbinati rompe com o modelo anterior, introduzindo uma nova categoria, na medida em que concebe a representação como uma forma dinâmica, e não estática (URBINATI, 2006, p. 201). Segundo sua teoria política, não há entidades preexistentes visíveis Estado, povo, nação. A representação constitui um processo político estruturado em termos de “circularidade entre as instituições e a sociedade”, que não se confina à deliberação e decisão na assembleia. A autora esclarece que a representação é uma forma de existência política criada pelos próprios atores -o eleitorado e o representante (URBINATI, 2006, p. 202):

“É tarefa dos representantes populares, portanto, coordenar e criticar. A unidade necessária não se segue logicamente da unidade daquele que representa, como Hobbes sustentaria, mas deve ser criada e constantemente recriada através de um processo político de atividade dinâmica.” (FRIEDRICH, 1963 apud URBINATI, 2006, p. 202).

Concebe-se, assim, um modelo de representação política que tem como condição essencial e constitutiva a ativação de uma corrente comunicativa entre a sociedade política e civil. Conforme esse modelo, a generalidade da lei e os

critérios da cidadania não se realizam com base em identidade social distinta e oposta à identidade política.

A representação é ativada por meio das múltiplas fontes de informação e comunicação trazidas pelos cidadãos, pela mídia, por movimentos sociais e por partidos políticos, fazendo com que o social se torne político, entrelaçando-se a política da presença à política das ideias, considerando que “toda presença é um artefato do discurso.” (URBINATI, 2006, p. 203).

Em Urbinati, o discurso agonístico em uma assembleia propicia o ambiente deliberativo (uma esfera pública articulada pelo discurso), estabelecendo a presença pelo discurso. Isso densifica o sentido da representação proporcional, vinculando os representantes a determinadas causas e ideias (URBINATI, 2010).

Ao desenvolver e adaptar para a democracia atual o pensamento de John Stuart Mill, Urbinati faz uma ligação entre governo representativo, representação proporcional e o caráter agonístico da deliberação, propondo o modelo de representação como *Advocacy*, que destaca as duas principais funções políticas da representação: “de meio tanto para expressar opiniões e escolhas individuais – portanto exercer o autogoverno – como para resistir à exclusão e, portanto, conquistar segurança”.

Por sua vez, Waldron, ao discutir os princípios que norteiam a atividade do parlamento, defende a existência de princípios legislativos que podem ser compartilhados por pessoas que tenham concepções de justiça diversas ou que disputam políticas públicas antagônicas. Ele apresenta princípios legislativos tanto procedimentais (referentes às instituições e ao processo legislativo), quanto princípios de outras naturezas, quais sejam:

- (i) substantivos (referentes ao conteúdo da lei, como o que defende Bentham a respeito do bem comum como norteador da elaboração legislativa);
- (ii) formais (referentes ao modo de se fazer lei).

O autor manifesta a preocupação com a legitimidade advinda dos procedimentos institucionais e do processo legislativo. Essa perspectiva transparece quando o autor, hipoteticamente, pergunta ao cidadão: “Por que eu devo cumprir ou apoiar essa lei, quando penso que seu conteúdo está errado?” A resposta

a esta pergunta salienta o modo como a lei foi elaborada, revelando **circunstâncias de discordância** (grifo nosso), de modo que o cidadão passa a reconhecer a legitimidade dessa lei, ainda que não concorde com o seu conteúdo. Em razão disso, o processo legislativo deve observar princípios que o legitimam. Os princípios legitimadores do processo legislativo, segundo Waldron são:

(i) *A ideia de legislação*: consiste em fazer ou alterar as leis de maneira explícita, através de um processo e uma instituição publicamente dedicada a essa tarefa. Tal publicidade não é importante apenas para informar àqueles que são afetados por determinada lei, mas para toda a comunidade, que necessita ter ciência a respeito do que tem sido feito a nível legislativo.

(ii) *A duty of care* (o dever de cuidado): considerando a seriedade das consequências que podem ser provocadas pelas leis, é extremamente necessário que os legisladores tenham cuidado, sob pena de poderem provocar graves injustiças às pessoas. O legislador deve estar atento, também, aos seus interesses pessoais, os interesses coletivos e as leis feitas, a fim de evitar inadequações nesse sentido e conflito de interesses.

(iii) *Princípio da representação*: espera-se que o autor da lei não vá simplesmente impor suas crenças em sua tarefa de elaboração legislativa. Espera-se que ela seja submetida ao escrutínio, debate e decisão por uma grande assembleia legislativa. A representatividade torna possível a diversidade de interesses.

(iv) *Respeito à discordância* (dissenso): tem por objetivo combater a criação artificial de consensos. Uma pessoa não deve ser vista como subversiva ou desleal por discordar publicamente de algo que é tido como consenso social. Um partido não deve ser visto como uma ameaça pela discordância pública. **A oposição, porém, não diz respeito tão somente às garantias de expressão, mas também a uma estrutura que permita a atuação da oposição no legislativo, com reconhecimento de líderes da oposição, por exemplo** (grifo nosso).

(v) *Princípio da deliberação responsiva*: trata-se de uma abertura verdadeira ao debate, à mudança de opinião. “Espírito de abertura ao argumento e à consideração”. **A mudança de opinião não deve ser vista negativamente**, mas como uma forma de ponderação e reavaliação dos fatos. (grifo nosso).

(vi) *Princípio da formalidade legislativa*: por vezes, as diferenças ideológicas levam a um natural distanciamento e fechamento do diálogo. Assim, deve haver uma série de formalidades que garantam o debate com diversidade de ideias.

(vii) *Igualdade política e decisão da maioria*: embora a igualdade política seja um ideal, como reconhece o próprio autor, ela acaba por influenciar no processo. **Assim, deve-se buscar tanto um tratamento igualitário**

entre os legisladores, como um sistema político-eleitoral que garanta a representatividade mais igualitária dos eleitores. Assim, será possível um debate mais rico e completo. E, de todo modo, permanecendo o dissenso, deve-se respeitar a decisão da maioria. (grifo nosso).

Diante de críticas viscerais realizadas por Ruciman que justificariam o declínio da democracia, ele admite existência de um “espaço” para que novas escolhas possam promover algum tipo de experimentação antes do “possível” fim (da democracia): há um ambiente de confusão nos regimes políticos ocidentais (alguns lugares mais do que outros) e nessa equação a revolução tecnológica é um dos alvos a ser observado, ao invés do olhar retrovisor focado no fascismo e nos golpes de estado (RUNCIMAN, 2018).

Se as demandas contemporâneas são incrivelmente complexas, talvez haja uma saída quando informações sensíveis e estratégicas possam ser disponibilizadas, inclusive, processadas via inteligência artificial. No Brasil, algumas iniciativas caminham nessa senda: Leg.Go, Voz Ativa. O incremento do princípio do contraditório na atividade legislativa parlamentar tem um especial significado, sobretudo em ambiente de maior expansão dos atores envolvidos (participação). Ao discutir a concepção de Fazzallari sobre a densificação do contraditório (SOARES, 2002):

“O processo e procedimentos são esquemas estruturados como sequência de normas, tipos de conexão entre normas constituídas no plano abstrato e valoram uma ou mais condutas como lícitas ou devidas cujo pressuposto de incidência dependendo cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim por diante até a norma reguladora. Entretanto, o traço distintivo entre o procedimento e processo é a participação dos destinatários dos efeitos do ato final na sua fase preparatória com a garantia do contraditório entre os interessados em simétrica paridade. A difusão dos modelos processuais dentro do ordenamento jurídico, alcançando diversas áreas do direito, revela que sua concepção estrutural, é um arquétipo, um esquema de teoria geral do processo. Como tal, seus conceitos se expandem no quadro das funções estatais que organizam o poder, in casu, a função legislativa.”³

³ Produção do direito e conhecimento da lei à luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação. Belo Horizonte:UFMG, 2002, p 247-248

Nesse cenário, o papel dos regimentos parlamentares assume singular importância para garantir o contraditório de cunho participativo no processo legislativo. O modo como os procedimentos parlamentares são ordenados pode comprometer a *Advocacy Parlamentar* e outras formas de participação. Por outro lado, outros modelos processuais de participação e vocalização da sociedade podem revigorar o modelo representativo numa democracia em crise.

A representação como *Advocacy* não é um tipo de representação “espelho” da sociedade, nem pode ser compreendida como um agregado de promoção de interesses privados. Essa representação comporta um conjunto de ideias, reivindicações, opiniões e compromissos relacionados a temas de interesse comum, os quais ensejam uma construção cooperativa de toda a comunidade (URBINATI, 2010, p. 57). É exatamente essa dinâmica que pode propiciar a revitalização da representação, pois a aproxima da sociedade durante a elaboração da lei e incrementa a democracia.

“O representante é um intermediário, que pode ampliar o espaço do debate político para além das instituições governamentais, e ao mesmo tempo, submeter as decisões ao escrutínio do povo. O representante leva as reivindicações e ideias do povo à assembleia para ampliar e enriquecer o debate nesse âmbito. Para que isto aconteça, contudo, a sociedade não pode ser um lugar silencioso. A *Advocacy* no parlamento tanto requer quanto estimula a *Advocacy* na sociedade.” (URBINATI, 2010, p. 66).

A Constituição promove a interface entre o Direito e a Política. O Direito é fruto da política, e a política, por sua vez, é modulada pelo Direito. A atividade de legislação é densamente normatizada, seja por meio dos regimentos, seja por meio dos conjuntos de atos normativos que regulam toda a organização e a vida parlamentar. Além disso, há as normas sobre a produção de outras normas, dispostas na Constituição e em leis, o que impacta a atividade legislativa parlamentar.

Ao contrário do que o senso comum indica, a elaboração legislativa parlamentar é passível de ser verificada e documentada em um nível muito maior de transparência do que a legislação desenvolvida pelo Executivo.

Na atividade legislativa parlamentar, há uma clara e prévia definição constitucional do modelo processual e das espécies de atos normativos, a saber: emenda à Constituição, lei ordinária, lei complementar, decreto legislativo, resolução, medida provisória, conforme o art. 59 da Constituição.

Não se pode dizer o mesmo da atividade legiferante exercida pelo Poder Executivo, onde a criatividade impera, havendo uma pluralidade de espécies normativas presentes. A consequência costuma ser um cenário legislativo caótico, como resultado da dificuldade de se definir a cadeia de fontes do direito (incremento do acesso ao conhecimento do direito vigente), sua articulação com as políticas públicas (executoriedade de direitos), dificultando a efetivação das ações governamentais. Também, por tais razões, as necessidades e as demandas sociais ficam prejudicadas por esse tipo “confusão”, o que também tensiona a democracia dos nossos dias.

Na política prevalecem os princípios da soberania popular e o da vontade majoritária; no Direito, o primado da lei e o respeito aos direitos humanos. A democracia representativa atenua a violência do Direito, acolhendo o pluralismo agônico da sociedade política, mediando os conflitos e criando o Direito. A especificidade da representação reside no reconhecimento dos conflitos e na recusa de suprimi-los pela imposição de uma ordem autoritária.

Certamente, no contexto da representação, não se está falando da “democracia de auditório” ou do espetáculo tão comum nos dias atuais, mas de uma representação que considere opiniões, programas e ideias das associações partidárias, de um modo mais ou menos organizado e conhecido, com os quais os cidadãos possam se identificar.

Para Urbinati “a política, no contexto da representação, envolve um processo complexo de unificação-e-desunião dos cidadãos, que os projeta para uma perspectiva orientada para o futuro.”(URBINATI, 2006, p. 221). Nesse ponto, seu pensamento encontra-se, formidavelmente, com o de Laclau e Mouffe, para quem tensão entre a lógica da diferença e a da equivalência jamais será suprimida (LACLAU; MOUFFE, 1985, p. 204-223), fazendo pressupor que não é possível alcançar solução definitiva para os conflitos sociais. Mas a tensão, sendo constitutiva da democracia, faz com que a sua possibilidade de realização seja sempre um porvir.

A democracia é, assim, “moto-contínuo”, processo em aberto, movimento constante e incerto em direção à realização da própria democracia.

4 A IMPORTÂNCIA DO DESENHO INSTITUCIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO PARA A INCORPORAÇÃO DO CONFLITO

Entre as definições desenvolvidas por Hanna Pitkin sobre a representação política, destaca-se uma formulação concebida sob uma perspectiva institucional. Para ela,

“[...] (a) representação política seria um arranjo público, institucionalizado, que envolve muitas pessoas e grupos na forma de arranjos sociais de larga escala. O que faz a representação não é nenhuma ação particular de qualquer participante sozinho, mas a estrutura e funcionamento em conjunto do sistema, os padrões que emergem das atividades múltiplas de muitas pessoas.” (PITKIN, 1967, p. 221).

À luz do arcabouço teórico do neo-institucionalismo⁴, as instituições têm um importante papel na determinação dos resultados sociais e políticos, sendo capazes de estruturar o comportamento coletivo. O Estado não é um mero agente neutro a arbitrar interesses concorrentes, mas um complexo de instituições que conformam as interações sociais, a natureza e os resultados dos conflitos entre os grupos, engendrando situações políticas e econômicas.

Naquilo que interessa especialmente a este estudo, o neo-institucionalismo muito diz sobre como o funcionamento de um Parlamento tem uma vinculação direta com os instrumentos jurídicos que adota, conformando as suas práticas,

⁴ Segundo Peter Hall e Rosamary C. R. Taylor, o termo “neo-institucionalismo” não constitui uma corrente teórica unificada, havendo vários métodos de análises diferentes, todos reivindicando o uso dessa expressão. Esses autores identificam três escolas de pensamento: o institucionalismo histórico, o institucionalismo da escolha racional e o institucionalismo sociológico, que se desenvolveram como reação contra as perspectivas behavioristas dos anos 60 e 70 do século XX. As três correntes buscam elucidar o papel desempenhado pelas instituições na determinação de resultados sociais e políticos (HALL; TAYLOR, 2003, p. 193, publicado originalmente em *Political Studies*, Dec. 1996)

procedimentos e rotinas. Se as premissas jurídico-normativas conferem a tônica operacional da instituição, são também capazes de promover significativas transformações nos seus rumos. Portanto, o funcionamento do Parlamento pode e deve ser aprimorado pela ação estratégica.

MacCormick (2008) concebe o Direito como uma ciência social aplicada, cuja realização se opera pela via institucional. Para ele, o exercício apropriado do poder dá-se por meio de procedimentos adequados e de outras condições que permitam a produção de decisões válidas, que ele denomina de “julgamentos institucionalizados”. Por institucionalização, ele entende um sistema constituído por um conjunto de normas destinado a guiar as instituições e as pessoas cujas vidas são afetadas por ela. Segundo ele, tal sistema conforma a conduta dos indivíduos segundo determinado padrão, fazendo com que os participantes compartilhem de uma ordem comum (MACCORMICK, 2008, p.8).

Considerando que as características institucionais são preditoras de resultados, conforme revelam muitas análises produzidas no consolidado campo teórico do neo-institucionalismo, o desenho institucional se afigura como importante ação estratégica para a busca de melhorias das instituições. (CUNHA; THEODORO, 2014, p. 9).

O desenho institucional consiste em um processo que visa à produção de prescrições, organogramas e planos com o propósito de criar melhorias no funcionamento da instituição. Algumas vezes as mudanças são feitas de forma paulatina, com base em processos rotineiros e adaptações incrementais; outras vezes são implementadas por meio de transformações radicais ou revolucionárias, decorrentes de crises intensas e de rupturas (CUNHA; THEODORO, 2014, p. 43-48). É difícil prever o resultado do desenho, o que exige o monitoramento e a observação do comportamento institucional na prática.

As melhores expectativas estão voltadas para o aprendizado institucional, no sentido de que a experiência melhore a inteligência, a efetividade e a adaptabilidade da governança. Sendo assim, o maior desafio democrático é o de fortalecer o aprendizado institucional, possibilitando a implementação de melhorias contínuas, paulatinas e seguras, ao invés de grandes saltos idealizados (CUNHA; THEODORO, 2014, p. 49).

As inovações na gestão pública (inclusive a que se refere à atividade de governança do Poder Legislativo) também ocupam um espaço indispensável na presente análise.

Há uma década, um estudo de referência na seara de tecnologia social, trouxe importantes contribuições. O Comitê Consultivo de Gestão da Austrália produziu um relatório escrito por Don Scott-Kemmis, em 2009, sobre o desafio de sustentar a inovação no setor público. O texto se divide em três tópicos: o primeiro se dedica à exibição do quadro de avaliação de políticas, programas e iniciativas; o segundo, à descrição dos estudos de caso realizados no Reino Unido, Canadá, Singapura e Holanda; e o terceiro concluindo com a apresentação da pesquisa preliminar sobre a inovação no setor público.

O grande interesse em inovação no setor público, segundo a avaliação australiana, se dá pelo importante papel das ICTs e das mudanças transformadoras na organização, nos serviços, na cultura e nos relacionamentos, bem como nas expectativas sociais, no que diz respeito à qualidade das prestações de serviço e de contas, e da oportunidade de participação nas políticas de desenvolvimento. Outros fatores seriam, também, a inovação, motivada pela competitividade, sustentabilidade, segurança, etc., bem como o reconhecimento da importância da inovação em todos os aspectos das atividades industrial e social. Para tal, a conclusão da avaliação é de que um sistema nacional de inovação dinâmico requer, portanto, um setor público dinâmico e inovador.⁵

Uma das questões que se põe neste trabalho é a de como conceber um desenho institucional capaz de fazer com que o Legislativo possa alcançar mais efetivamente os seus propósitos finalísticos, permitindo que o processo de criação do direito positivo seja um *locus* de lutas democráticas, aberto à participação efetiva da sociedade na conformação das decisões tomadas no seu âmbito.

O processo legislativo sendo o principal instrumento da expressão parlamentar, merece ser o foco prioritário de um planejamento institucional voltado para a melhoria das condições de atuação do Legislativo.

Como torná-lo intensamente participativo? Como promover a abertura radical do processo de produção das leis aos conflitos sociais, de modo a torná-lo apto a lidar com o pluralismo que caracteriza a democracia contemporânea?

⁵ SCOTT-KEMMIS, Don. **The Challenge of Sustaining Innovation in the Public Sector**. Assessing Policies, Programs and Other Initiatives to Promote Innovation in the Public Sector: International Case Studies. Management Advisory Committee Report 9 – ANNEX 1. November, 2009.

A melhoria dos mecanismos institucionais responsáveis pelo circuito de informações no processo legislativo colabora para a agregação de preferências ao processo deliberativo?

Para alcançar as respostas para tais questionamentos é preciso começar pela compreensão das competências do Poder Legislativo – representar, legislar e fiscalizar – para além do um cumprimento meramente formal dessas atividades. Por participação entende-se não as ações plebiscitárias ou a presença física da população, mas a presença que se materializa por meio do discurso dos representantes políticos, que seja capaz de captar as vozes plurais da sociedade heterogênea, permitindo que o conjunto da sociedade participe do jogo político disputando pelas suas preferências nas decisões legislativas: assim as dificuldades não são ignoradas.

Conforme o escopo mouffeano de recepção dos conflitos sociais e a circularidade de representação para o exercício da *Advocacy* parlamentar, proposto por Urbinati, pode-se aspirar a um modelo de processo legislativo que permita ao Legislativo, cuja pluralidade representativa constitui o atributo intrínseco ao seu propósito finalístico, assumir de maneira preponderante, em nome da soberania popular, a função de trazer os conflitos sociais para a arena política, mediando-os e permitindo o confronto dos discursos plurais no processo de positivação do Direito.

Quando se fala em preponderância, não se afirma a superioridade ou prevalência desse poder sobre os demais poderes e sobre outras instituições do Estado aptas a lidar com conflitos de toda ordem, mas há que reconhecer que as especificidades do Legislativo, relacionadas com as suas competências constitucionais e com o seu caráter plural lhe conferem maior capilaridade funcional para dirimir questões que afetam a vida da coletividade e que geram profundas expectativas quanto a uma resposta adequada por parte do Estado.

Mais do que as demais instituições estatais, o Legislativo, com base nos procedimentos dialógicos próprios das deliberações legislativas, necessita estar institucionalmente organizado para decidir sobre questões que atendam aos reclames de isonomia, de justiça e de moralidade demandados pela sociedade, por meio do balanceamento dos interesses das maiorias e das minorias. Ora, o

modelo representativo consegue evitar que a participação popular se restrinja ao mero ato de autorização à ação estatal por meio do sufrágio e que haja uma forte concentração de poder nas mãos dos gestores governamentais, conforme assinala (URBINATI, 2006, p. 192).

O excesso de poder na esfera do Executivo para ditar parâmetros, medidas e critérios distributivos das políticas públicas acaba dando vezo às intervenções não pouco esporádicas do Poder Judiciário, que busca prover a satisfação de direitos e garantias fundamentais mal ofertados ou mal distribuídos, situação essa bem expressa nos problemas que cercam o ativismo judicial no Brasil.

A representação parlamentar deve se fazer presente nessa relação, garantindo a efetividade do cumprimento dos direitos constitucionais por meio da promoção de uma conexão permanente entre a sociedade e as instituições, de modo a fazer com que os cidadãos tenham a possibilidade de exercer influência permanente sobre as decisões governamentais, nos períodos pós-eleitorais.

Portanto, impõe-se ao Poder Legislativo, em face de seu amplo rol de prerrogativas e competências constitucionais, fornecer de forma mais efetiva as bases legais para a formulação das políticas públicas⁶ necessárias à vida social, como também para acompanhar a condução da ação governamental na implementação dessas políticas, exercendo, principalmente, a mediação dos conflitos que emergem das relações entre os afetados, sobretudo no que tange à prestação de serviços públicos à população.

Esse proceder, seja por meio da atividade legiferante, seja pelo exercício do controle e da fiscalização da execução das políticas, públicas, reforça o protagonismo do parlamento no ciclo das políticas públicas⁷ adentrando em um

⁶ “Política pública é o resultado de atividades políticas e de gestão pública na alocação de recursos e na provisão de bens e serviços públicos. Política pública pode ser entendida como um sistema de decisões públicas que visa manter ou modificar a realidade por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e de alocação dos recursos necessários para se atingir os objetivos estabelecidos.” (MINAS GERAIS, 2010).

⁷ O ciclo de uma política pública envolve várias etapas, não necessariamente sequenciais e obrigatórias, que se retroalimentam de forma contínua. Essas etapas começam com a identificação de um problema social e sua inclusão na agenda pública, passam pela formulação,

quadrante que tem sido conduzido quase que exclusivamente pelo Poder Executivo. Nesse sentido, o modelo de informações do ciclo de políticas públicas, criado pela ALMG usa a tecnologia da informação e propicia uma interface entre as políticas públicas e uma classe de direitos⁸

O controle aqui é entendido em seu conceito ampliado, que vai além de uma mera fiscalização de natureza contábil, dizendo respeito à eficácia, eficiência e efetividade social das intervenções governamentais. Trata-se de uma função à qual o Poder Legislativo não se pode furtar a desempenhar, sob pena de não estar exercendo a contento o seu desiderato constitucional.

Certamente, não se pode pretender alterar o modelo institucional democrático tão-somente por meio de alterações processuais promovidas nas disposições do Regimento Interno das Casas parlamentares. O desenho institucional realizado no plano local ou regional, embora com força reconhecida para promover significativas mudanças no modelo democrático, não dispensa uma atitude que passa principalmente pelas esferas constituintes, as quais engendram o funcionamento dos Poderes e as relações que se estabelecem entre si.

Mudanças “de baixo para cima” também têm chances de se espriarem e imprimirem algumas transformações desejadas. Pequenas mudanças de rumo nas configurações do processo legislativo podem ter o condão de corrigir grandes distorções cometidas em nome de um poder que tem permissão para atuar com grande discricionariedade funcional.

4.1 Algumas estratégias políticas para o desenho institucional do processo legislativo aberto ao conflito

A organização institucional deve ser desenhada para acomodar a dinâmica própria ao exercício da política, e não o seu contrário. As formas são acessórias do principal, ainda que as primeiras afetem em grande medida as últimas, conforme já exposto neste trabalho.

escolha e implementação de alternativas de solução, e se completam com o monitoramento e avaliação dos resultados obtidos. (MINAS GERAIS, 2010).

⁸ <<https://politicaspUBLICAS.almg.gov.br>> Acesso em 23 de setembro de 2019.

Vislumbra-se a maneira como os embates políticos ocorrem nos parlamentos fazendo uso da análise desenvolvida por meio da dinâmica das relações entre os atores⁹ pode obedecer a três padrões: lutas, jogos e debates. As lutas ocorrem em arenas redistributivas, onde se tem o “jogo de soma zero”, em que, para que um ator ganhe, o outro tem que perder, mas pode ocorrer uma acomodação entre os interesses em conflito. Os jogos são as situações onde a lógica é vencer o adversário, sem eliminá-lo totalmente do processo, de tal maneira que ele possa vir a ser um aliado num momento posterior e, nesse caso, pode haver negociações, barganhas, conluios e coalizões de interesses (RUA, 1998, p. 7).

Os debates são situações em que um ator procura convencer o outro pela persuasão, envolvendo, nessa hipótese, análise e argumentação, de modo a buscar-se a adesão do outro. Para o processo de persuasão, o emprego de recursos de conhecimento técnico desempenha papel relevante. O processo legislativo deve, pois, espelhar a dinâmica própria da política, incorporando as lutas, os jogos e os debates.

Um importante mecanismo de expressão dos conflitos sociais tem sido objeto de análises no âmbito das ciências políticas e do Direito. (GERKEN 2005, p. 101-152) estuda o papel das minorias e os modos como exercem seus desacordos em face do poder da maioria (GERKEN, 2005).

Segundo ele, a dissidência no sentido convencional afigura-se como uma estratégia política de uma minoria discordante das posições e das ideias majoritárias. O objetivo da minoria é governar, mas, para tanto ela precisa tentar obter a maioria dos votos. Tradicionalmente, a minoria teria dois caminhos: participar do processo de tomada de decisão, de maneira minoritária, tentando exercer alguma influência, pelo menos em alguns pontos, usando principalmente a força do argumento para persuadir a maioria. Nesse caso, a minoria participa de forma moderada nos atos de governança.

Todavia, se tal participação for incoerente com o posicionamento político ideológico dessa minoria, seus partidários podem exercer a dissidência de uma

⁹ Rua distingue os atores em públicos e privados. Ela também distingue duas categorias entre os atores públicos: os políticos e os burocratas. Entre os atores privados, ela menciona como os mais influentes os empresários, os trabalhadores e os agentes internacionais, como o FMI ou a Anistia Internacional, por exemplo).

forma mais radical, fora da ação governamental, no âmbito privado, de onde “falam a verdade” para a maioria. Nesse caso, o discurso oposicionista é feito em nome próprio, e não em nome do Estado, tratando-se de uma voz crítica e não autorizada.

Todavia, uma terceira hipótese de dissidência emerge como modelo de distribuição de poder de uma forma mais justa: a alocação de certo poder de decisão às minorias. Isso é possível quando se concebe o poder não como uma forma unitária de decisão, mas como um sistema descentralizado, com várias esferas decisórias. Nesse caso, permite-se que os dissidentes possam agir dentro do processo de governança, expressando-se por meio de tomadas de decisão estatal.

Seria o caso, por exemplo, de um Parlamento em que a maioria dos membros compõe a base de governo, mas uma minoria oposicionista passa a exercer o controle decisório de algumas das comissões. Nessa hipótese, em se tratando de algum tema que seja caro ao interesse político-ideológico do grupo minoritário, essa comissão teria o poder de vetar a tramitação da matéria, ou de modificá-la, fazendo valer a sua vontade minoritária.

Outra hipótese seria a de um órgão deliberativo controlado por minorias no âmbito do Poder Executivo. Nesses exemplos, a minoria continua sustentando sua voz crítica perante o poder, mas na condição de detentora de poder decisório, não deixando de se posicionar como minoria e como oposicionista.

Sustein (2010) fala em “institucionalização da dissidência”, como modo de inserir a minoria no “mercado das ideias políticas”. Tal estratégia pode possibilitar uma dinâmica dialógica saudável na política, de maneira geral, permitindo que minorias eleitorais compartilhem o aparelho estatal para expressar o seu desentendimento. A dissidência com poder de decisão pode ser um modelo que encerra grandes possibilidades transformadoras, incorporando o conflito na prática cotidiana de governança política.

4.2 Um modelo de processo legislativo centrado na informação qualificada

Atuar sob a premissa de promover a mediação dos conflitos sociais e de desenvolver e acompanhar políticas públicas em atendimento às necessidades da

população conduzem ao problema concreto de tornar o processo legislativo mais adequado institucionalmente ao cumprimento dessas condições. Tais premissas se coadunam com os esforços realizados pela Legística, o braço instrumental da Legisprudência, no sentido de conferir uma maior eficácia ao processo de positivação do Direito, para que possa produzir políticas adequadas à complexidade das demandas. Ressalte-se que a eficácia da produção legislativa não advém apenas de uma reorganização institucional do processo legislativo, mas da forma como os representantes se conduzem em face dos procedimentos.

Segundo Jacques Chevallier, a racionalização da produção jurídica está inserida em um movimento mais geral de racionalização das políticas públicas, a qual

“[...] traduz-se pela promoção duma tripla abordagem: uma abordagem metódica, assente na exploração de instrumentos técnicos novos; uma abordagem incremental, baseada na exigência de eficácia social; e finalmente, uma abordagem de avaliação, caracterizada pela introdução de dispositivos permanentes de correção e de ajustamento.” (CHEVALLIER, 1992, p.10).¹⁰

Considerando a diversidade dos temas abordados pela legislação contemporânea, frequentemente os legisladores têm que lidar com temas que envolvem conhecimento especializado e tecnologias avançadas, o que enseja o apoio de especialistas. As políticas públicas de maior alcance, tais como as das áreas da saúde, da educação e da segurança pública, para citar apenas as políticas mais conhecidas, demandam conhecimento científico de alta complexidade.

Os legisladores são levados a tomar decisões em um intrincado processo de escolha entre múltiplas alternativas e interesses contraditórios em disputa, como é próprio do exercício da política, o que vai resultar na produção de uma regra estatal de significativa importância estratégica para a população. Tudo isso exige que eles respaldem suas decisões em um sólido repertório de informações contextualizadas. Ademais, não se devem alijar da esfera pública decisões que se revestem de relevante interesse social em razão da complexidade técnica de algumas temáticas.

¹⁰ Segundo o autor, a abordagem incremental refere-se ao esforço para alcançar, por tentativas sucessivas, o melhor equilíbrio possível entre os diferentes interesses sociais.

A formulação de políticas públicas e as soluções para os problemas sociais não podem ser enunciadas apenas por especialistas. Decorre daí a necessidade de que o corpo legislativo atenuie a assimetria informacional que lhe é desfavorável em relação a outros setores públicos e civis. Para isso, o Poder Legislativo necessita contar com uma estrutura apropriada. No contexto da sociedade do conhecimento¹¹ a atuação do legislador passa a depender cada vez mais do desenvolvimento de metodologias e de ferramentas de uso prático que possam dar resguardo às suas escolhas.

O processo de produção da lei constitui importante instrumento de materialização dos valores constitucionais, sobretudo os de proteção aos direitos humanos e os de realização de justiça social. Não pode, portanto, prescindir da implementação de arranjos institucionais que lidem devidamente com a complexidade das temáticas e dos conflitos sociais que se apresentam.

No tocante às abordagens metódicas, incrementais e de avaliação do processo legislativo, a que se refere Chevallier (2002, p. 9-23), algumas medidas institucionais para a racionalização da produção jurídica se impõem para os fins de promoção da abertura radical ao conflito: a disponibilização de canais de comunicação com os diversos públicos, a garantia de ampla publicidade das informações e a elaboração de análises técnicas e de avaliações de impacto sobre as proposições, entre outras medidas de organização institucional.

Esses aparatos organizacionais e instrumentais são reconhecidos e respaldados pela literatura especializada no campo da Legística¹², os quais têm sido utilizados em Casas Legislativas fora e dentro do Brasil. A obra referência de NOLL iluminou as concepções da atividade legislativa como um modelo compreensivo, auditável, no qual um certo nível de racionalidade é justificável dada a grande discricionariedade da qual a atividade de legislação é dotada.¹³

¹¹ Por sociedade do conhecimento entende-se como o novo perfil da sociedade globalizada, cujo maior ativo produtivo, em termos de importância econômica, é o conhecimento.

¹² Uma bibliografia básica da Legística está disponibilizada nas notas bibliográficas desse trabalho.

¹³ A metodologia da Legística têm sido utilizadas em diversos países, tais como Alemanha, Suíça, Holanda, Bélgica, Reino Unido, França, Portugal, Estados Unidos, Canadá, entre mui-

Tais métodos de governança legislativo-regulatória agregam certa cientificidade ao campo predominantemente político do processo legislativo, o que pode ampliar as oportunidades para que as decisões exaradas estejam justificadas com base em dados contextualizados e legitimadas por processos participativos de alta complexidade conformados para incrementar o gradiente de legitimidade.

As avaliações de impacto das proposições¹⁴ ocorridas antes da aprovação da lei (*ex ante*), ou durante a sua vigência para avaliar a sua aplicação (*ex post*), podem levantar dados mais precisos sobre a relação custo-benefício das

tos outros, e foram mais amplamente divulgados com a publicação do tratado de legística, do professor suíço Peter Noll, em 1973. A própria Comunidade Europeia, tendo lançado um projeto batizado de “legislar melhor” (COMMISSION EUROPEENNE, 2001), adota um modelo de “governança europeia”, que envolve a parceria entre os diversos níveis de tomada de decisão (europeu, nacional, local, regional) e a participação de diversos tipos de atores (órgãos institucionais, parceiros sociais, coletividades, associações, mídias, universidades, grupos de pressão, experts), tanto para a produção do ordenamento jurídico comunitário como para a produção jurídica interna dos países-membros (PAPADOPOULOS, 2012) Na França, por exemplo, a necessidade de submeter as proposições de lei à avaliação de impacto legislativo configura um imperativo constitucional (FRANCE, 2009). O suíço Peter Noll, foi um dos que mais influenciou os estudiosos em teoria da legislação e sua contribuição metodológica foi crucial para o desenvolvimento da Legística. Noll, Peter: Gesetzgebungslehre, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek bei Hamburg, 1973,

¹⁴ A avaliação de impacto legislativo, fazendo uso do conceito econômico do “custo-benefício”, tem por finalidade estabelecer uma relação de valor para cada escolha a ser consignada em uma lei, ou para as escolhas já estabelecidas em um ordenamento jurídico. Proceder-se a um estudo em que se avalia a relação entre os esforços a serem investidos ou já investidos para o cumprimento da lei e o que se pode receber em troca ou o que já foi auferido em função da aplicação da norma. Tal avaliação não se traduz necessariamente em valores monetários, mas deve ser capaz de apontar as vantagens e as desvantagens desta ou daquela medida. Segundo Fernando Meneguín (2010), em importante estudo sobre a avaliação de impacto no Brasil: [...] devem ser respondidas perguntas como: qual o benefício que tal projeto, se aprovado, trará ao público; como o programa governamental deve ser definido e como será administrado; quais os incentivos envolvidos para o alcance do objetivo pretendido e quais consequências esperadas ou inesperadas podem advir; quais os recursos necessários para o desenvolvimento do que se pretende; como será a avaliação da execução do programa. (MENEGUÍN, 2010, p. 5). As mesmas indagações podem ser feitas na avaliação retrospectiva: qual o benefício trazido pela lei; como o programa foi gerido; quais as consequências da aplicação da lei; quanto de recurso foi despendido, etc. (Avaliação de Impacto do ICMS Solidário – www.almg.gov.br).

intervenções legislativas e apresentam, ainda, uma vantagem significativa situada na ordem do político: auxiliam no reconhecimento das divergências sociais que provocam o eterno retorno ao político, possibilitando maior abertura para as transformações da realidade que se queira promover.

A incorporação institucional dos dissensos nas deliberações do processo legislativo pode provocar uma mudança na configuração das leis. Se nos moldes atuais, a lei é idealizada por grupos restritos de políticos, técnicos e experts e ainda se encontra apegada ao paradigma positivista que alude a um direito verdadeiro e definitivo, a ampliação da participação abre espaço, ao contrário, para os discursos dissonantes e polissêmicos, que tornam o processo de elaboração da lei muito mais complexo.

A lei concebida por um contingente maior de atores, a lei inevitavelmente refletirá a instabilidade dos consensos firmados e a eventualidade da sua inconstância ou da sua brevidade. Por consequência, a lei passa a adquirir um caráter de *mobilidade* para acompanhar a dinâmica dos conflitos sociais e as emergências das políticas públicas, cujos movimentos constantes fazem surgir novas realidades que levam à necessidade da sua contextualização. Nesse sentido, a metodologia da Legística evidencia:

“[...] a lei, por lidar com uma realidade em constante transformação, submete-se a uma dinâmica própria, devendo estar sujeita a ajustes e adequações sempre que as circunstâncias o exigirem. Ou seja, cumpre avaliar diuturnamente se a lei está em consonância com a conjuntura social e econômica para que os seus propósitos não sejam desvirtuados ou tornados improfícuos. É o caso das leis formuladoras das políticas públicas, que, por sua própria natureza, caracterizam-se pela provisoriedade, uma vez que animadas por metas a serem alcançadas em determinados prazos. Impõe-se, nesse caso, que estejam submetidas a monitoramento constante, o que pode levá-las, em qualquer tempo, ao reexame pelos legisladores, de modo a se assegurar a eficácia do seu alcance. Nesse sentido, Wintgens (2013) afirma que o papel do legislador na produção do direito assume singular importância.” (SANTOS; SOARES, 2016, p. 16).

Há que reconhecer, como característica intrínseca à democracia contemporânea, a impossibilidade de se obter uma solução definitiva para os desacordos

advindos da convivência humana, razão pela qual a lei deve acompanhar as rápidas transformações que ocorrem no plano social. A qualidade da lei e das políticas públicas que elas consignam estão, portanto, intrinsecamente vinculadas às suas relações com a realidade social.

A apreensão dessa realidade pelo Poder Legislativo é questão das mais complexas, na medida em que circula no Poder Legislativo todo tipo de informação que decorre de correntes heterogêneas de pensamento e de forças antagônicas, havendo profundas assimetrias informacionais entre os vários públicos e atores do processo legislativo.¹⁵

A incorporação normativa da exigência das transparências ativa e passiva, o reforço de *compliance* no setor público qualifica ainda mais o circuito de informações, agora no contexto dos Dados Abertos: a Lei de Acesso à Informação possui seu âmbito de incidência também sobre as relações intragovernamentais e no sistema das funções estatais. Essa condição pode sofisticar a reconstrução do conflito incrementando possíveis cenários de composição.

Para que o processo legislativo possa incorporar o conflito, é preciso reconhecê-lo e mediá-lo. O exercício mediador da representação requer informações substanciais não só quanto ao cenário que se apresenta no momento, mas também quanto à memória das lutas passadas. A maioria dos conflitos não recomeça do zero a cada vez que vem à tona, mas muda de configuração, assume novas bandeiras ou cria novas subjetividades. Portanto, um parlamento provido de conhecimento tem na capacidade de contextualização das informações os elementos qualificadores e impulsionadores da ação parlamentar.

¹⁵ “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 Parlamento 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” (SANTOS; MOURÃO; RIBEIRO, 2007, p. 136-137).

As informações que circulam no parlamento compõem o seu acervo cognitivo, o que vai fornecendo uma história para as decisões políticas tomadas no seu âmbito. A capacidade de transformar as informações obtidas em uma trajetória de atuação política faz com que o representante alcance o sentido da representação, “presentificando” aquilo que representa ao longo de um período de tempo. A representação requer reflexividade e tempo para o preparo das decisões. Assim é que Urbinati considera a representação como um “regime de tempo” (URBINATI, 2006, p. 211-212).

Segundo a perspectiva teórica defendida por Zygmunt Bauman, em “Legisladores e Intérpretes” (2010), o papel de “intérprete”¹⁶ refere-se à estratégia da atividade intelectual pós-moderna, que consiste na identificação e na tradução de diferentes conhecimentos autônomos, fazendo com que eles possam ser compreendidos a partir da relação que estabelecem entre si, auxiliando na seleção de uma ordem social em determinado contexto.

Trata-se de um papel de facilitação da comunicação entre tradições e conhecimentos distintos, em que o “intérprete” atua como uma espécie de negociador entre eles, preocupando-se em impedir distorções de significado no processo de comunicação (BAUMAN, 2010, p. 20).

O papel de intérprete aproxima-se bastante do conceito do exercício da representação como *Advocacy*, conforme Urbinati, desde que haja interatividade entre representantes e representados para a troca de informações e referências, sem as quais a incorporação de interesses plurais e a sua consideração nos processos decisórios restariam inviabilizadas.

¹⁶ Bauman utiliza a metáfora do “papel do legislador”, referindo-se à estratégia utilizada pelos intelectuais da modernidade, a qual consiste em fazer afirmações autorizadas e autoritárias que arbitram controvérsias de opiniões e escolham aquelas que, uma vez selecionadas, se tornem corretas e associativas. Diferentemente, os intelectuais da pós-modernidade empregam a estratégia descrita pela metáfora do “papel de intérprete”, o qual consiste em traduzir afirmações feitas no interior de uma tradição baseada em termos comunais, a fim de que sejam compreendidas no interior de um sistema de conhecimento fundamentado em outra tradição, facilitando a comunicação entres participantes autônomos. A estratégia pós-moderna não elimina a moderna, sendo que ambas podem coexistir ou se colocarem em uma espécie de sequência estratégica. (BAUMAN, 2010, p. 20-21).

Esse raciocínio, sob o prisma jurídico, também conduz à necessidade de se conferir maior transparência ao exercício do direito à participação direta nas atividades legislativas. Ademais, o direito à participação, que surge sob diversas formas na Constituição e em normas infraconstitucionais, adquire uma dimensão primordial, que é a publicidade do processo legislativo e dos atos legislativos, de maneira geral. Obviamente, não se trata de publicidade midiática, apenas com o propósito de popularizar o Poder ou de exibir as suas atividades, divulgando decisões que já foram tomadas.

Ao contrário, a publicidade do processo legislativo deve estar alicerçada em um modelo institucional centrado em informações sincronizadas com as ações legislativas, voltadas tanto para promover a participação, como para recepcioná-la, quando essa ocorrer de modo espontâneo. O sistema de informações, mais do que buscar promover uma legislatura, deve voltar-se para promover a ação legislativa em tempo real, mobilizando públicos e divulgando os discursos e argumentos sobre determinada matéria, possibilitando a incorporação de novos atores e permitindo a redução das assimetrias informacionais entre todos.

O objetivo da comunicação é o de conferir maior consistência e amplitude aos discursos deliberativos. A troca de informação entre os partícipes tampouco pode prescindir da utilização de canais amplos e abertos de comunicação, do uso das redes sociais, a mineração de dados, o que permite a mobilização de públicos e amplia a participação. Medidas como a regulamentação do *lobby* surgem também como interessantes mecanismos de reforço à transparência e à garantia de igualdade na participação.¹⁷

¹⁷ A atividade é regulamentada em diversos países como nos Estados Unidos da América e na União Europeia. Para maiores conhecimentos sobre a regulamentação do *lobby* no Brasil e no direito comparado, consultar Relatório Final de pesquisa desenvolvido no âmbito do Programa de Mobilização da Competência Nacional para Estudos sobre o Desenvolvimento (Promob), em seu Subprograma de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional (PNPD), eixo temático 3, fortalecimento do Estado, das instituições e da democracia, linha de pesquisa sobre governabilidade e representação (SANTOS; CUNHA, 2015). No Brasil, o ordenamento jurídico, por enquanto, só prevê regulação indireta. Uma breve revisão mostra que alguns diplomas legais contêm previsões de comportamento que, pelo menos de forma indireta, afetam a atividade de *lobby*. Entre eles: a Resolução nº 47/2013, Código de Ética e Decoro

O levantamento do máximo de informações e de dados advindos dos saberes técnicos e leigos que circulam na sociedade complexa tem o condão de revelar aos membros do Parlamento os diferentes discursos e preferências que se apresentam muitas vezes de forma antagônica, divergente ou contraditória, mas que também podem demonstrar conexão, compatibilidade ou convergência. Portanto, o parlamento moderno não pode prescindir da informação para embasar o processo de produção da lei, levando em consideração os conflitos sociais, de modo a resolvê-los pela deliberação pacífica, refletida e ponderada.

4.3 O papel da Legística e da Legisprudência em face dos conflitos nos processos de elaboração legislativa

Uma decisão legislativa que não considere os interesses e preferências substanciais da sociedade carece de legitimidade social. O processo deliberativo suporta as divergências que dividem os cidadãos em “nós” e “eles”, abrindo espaço para o livre exercício do político, de modo que as decisões reflitam o perfil político-social em dado momento.

Sob as lentes da Legisprudência e da Legística, os aspectos considerados anteriormente adquirem uma importância crucial. Os dois campos do conhecimento – a Legística atuando como uma dimensão instrumental da Legisprudência, que por sua vez tem por objeto de estudo a racionalização do processo de produção do Direito e o desenvolvimento de desenhos institucionais que dão suporte à atuação parlamentar, encaram o desafio de estudar estratégias e instrumentos para a incorporação e o enfrentamento dos conflitos sociais no processo deliberativo.

É preciso reconhecer que as leis contemporâneas não eliminam definitivamente os conflitos, e, portanto, devem ser provisórias e mutáveis, como o são os problemas e as contingências a serem enfrentados. Sob esse aspecto, a

Parlamentar da Câmara dos Deputados; a Resolução nº 20/1993, que institui o Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado; o Decreto nº 1.171/1994, Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal; o Decreto nº 4.334/2002, que regulamenta as audiências concedidas a particulares por agentes públicos, entre outros (SANTOS; CUNHA, 2015, p. 13).

Legisprudência e a Legística têm um relevante papel a cumprir na formulação de caminhos institucionais viáveis para a absorção de um novo paradigma.

A Legística e a Legisprudência atuam sob uma dimensão pragmática, mais empírica e normativa, buscando a efetividade da democracia constitucional. John Finnis (2010, p. 201), meditando sobre como o fazer legiferante envolve tanto atividades de razão prática como a reflexividade do pensamento sobre as escolhas e a ação, reproduz um curioso raciocínio de Tomás de Aquino, para quem “as leis, sejam extremamente gerais ou muito específicas, são todas proposições universais da razão prática” (AQUINO¹⁸ apud FINNS, 2010, p. 202).

Uma das principais preocupações da Legística e da Legisprudência concerne à racionalização do processo de produção do Direito, principalmente porque a observância dos procedimentos constitui fator de segurança jurídica para os cidadãos em face da atuação legiferante. Bobbio cuja atuação como teórico e parlamentar (o que imprime particular força ilocucionária à sua fala) afirma que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos (BOBBIO, 1986, p. 17).

Há que distinguir dois termos utilizados na atividade de produção do Direito, quais sejam o processo e o procedimento. O termo processo indica “um fenômeno dinâmico da realidade social (sucessão de atos, fatos, coligados mas decomponíveis de uma investigação, não dispostos numa sequência regulada pelo ordenamento.” (PREDIERI¹⁹ apud SOARES, 2002, p. 233). Vale salientar que o processo não é exclusivo da atividade jurisdicional, constituindo a maneira pela qual o exercício de qualquer dos poderes estatais se manifesta.

O termo procedimento é concebido como “sucessão pré-ordenada e causal de atos de sujeitos ou de ofício, cuja sequência é predisposta por atos normativos,

¹⁸ AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae*. I-II q. 90 a.1 ad 2.

¹⁹ PREDIERI, Alberto. *Aspetti del processo legislativo in Italia: studi in onore a C. Esposito*, 1970. p. 2457-2466.

com o escopo de exercitar um poder atribuído, obtendo a formação ou decisão de um ato final (PREDIERI²⁰ apud SOARES, 2002, p. 233).

Os regimentos internos das Casas Legislativas, observados os ditames de sede constitucional, afiguram-se no esquadro normativo como os instrumentos jurídicos cardeais que informam não só o processo legislativo, como a atuação parlamentar. Normalmente veiculados por meio de resolução²¹ consubstanciam, na prática, a prerrogativa de auto-organização do Poder Legislativo, e, como tais, essas normas conferem densidade ao princípio constitucional da separação entre os poderes. Destaca-se, pois, o efeito materializador do princípio constitucional de autogoverno empreendido pelos regimentos internos.

Alonso de Antônio considera que as normas regimentais das Casas legislativas são imprescindíveis para a compreensão do jogo democrático que se opera no âmbito do Poder Legislativo, reconhecendo que, em certas ocasiões, tais normas podem ser mais importantes que os próprios mandamentos constitucionais (ALONSO DE ANTÔNIO, 1995, p.124). Cita ainda Eugene Pierre, para quem o Regimento Interno pode ser um instrumento terrível nas mãos dos partidos, de modo que essa norma interna pode ter mais influência que a própria Constituição sobre o andamento dos assuntos públicos (este autor refere-se ao contexto da Terceira República Francesa).

O caráter participativo do processo legislativo, cujos princípios fundantes estão na Carta Magna²² encontra materialidade nas disposições regimentais. Essa matriz constitucional que perpassa as disposições regimentais faz desse instrumento normativo um meio imprescindível para a consecução material dos

²⁰ PREDIERI, Alberto. *Aspetti del processo legislativo in Italia: studi in onore a C. Esposito*, 1970. p. 2458.

²¹ “**Resolução**: Ato administrativo de autoria de dirigentes de órgãos do Poder Executivo ou de presidentes do Legislativo e de tribunais, destinado a regular matérias de sua competência.” (MINAS GERAIS, 2017).

²² Constituição da República Federativa do Brasil – “Art. 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:(ECR no 4/94 e EC no 16/97): I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.” (BRASIL, 1988).

princípios democráticos. Sendo assim, além da prefixação de normas organizadoras das Casas Legislativas, seus efeitos ultrapassam os limites do regramento *interna corporis* para alcançar a realização material dos direitos e garantias fundamentais (SOARES, 2002).

José Alcione Bernardes Júnior, em estudo sobre o controle jurisdicional do processo legislativo, leciona que “a técnica procedimental se constitui em eficiente canal de interação entre governantes e cidadãos, assegurando uma saudável influência qualitativa no resultado do processo decisório” (BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 57).

A participação e o estabelecimento do contraditório no âmbito do processo legislativo, com a finalidade de conformar o discurso de justificação da lei, constitui direito a ser reclamado. O direito à participação alude ao “pluralismo típico das sociedades de nossos dias, que traz em primeiro plano o valor e o potencial democrático ínsito à disciplina processual.” (SOARES, 2002, p.236). Ela ressalta a importância do Direito processual para a concretização dos direitos fundamentais, essencial não só para assegurar a participação popular, mas para justificar o conceito de Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a ofensa às regras procedimentais pode ensejar a intervenção do Judiciário. Segundo Bernardes Júnior:

“[...] longe de configurar invasão de domínio institucional do Legislativo, significaria garantia de cidadania, na medida em que voltada à garantia da institucionalização de mecanismos tendentes a assegurar a gênese democrática da lei.” (BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 130).

5 O ASSESSORAMENTO TÉCNICO-PARLAMENTAR – ORGANIZAÇÃO DO APARATO TÉCNICO-BUROCRÁTICO DO PROCESSO LEGISLATIVO

O sistema de informações de um Parlamento ainda se desdobra na manutenção de corpo técnico qualificado para dar suporte à atividade legiferante. Da mesma maneira que o Poder Executivo e o Poder Judiciário dispõem de recursos humanos tecnicamente capacitados para a prestação dos serviços públicos e para

a prestação jurisdicional, o Poder Legislativo também não pode prescindir de pessoal técnico-especializado para subsidiar a realização das tarefas mais complexas a cargo desse Poder.

De fato, muitos Parlamentos no mundo todo dispõem de órgãos de assessoramento institucional para prover o suporte técnico-informacional ao processo legislativo²³. Foi nesse sentido a análise sobre a conexão entre o técnico e o político no ambiente do processo legislativo (SOARES; GELAPE, 2016) aponta o Parlamento Britânico e a Assembleia Nacional da França como dois parlamentos de referência a abrigar esse tipo de convívio em sua organização institucional. Remonta ao Iluminismo a ideia de racionalização da “função pública”, sendo que a figura do jurista atuando junto aos corpos legislativos há muito se tornou uma tradição.

Um exemplo é a função de aconselhamento técnico exercida por consultores do Congresso Americano, o que ocorreu desde os primórdios da República, no governo de Thomas Jefferson, Andrew Jackson e Abraham Lincoln (SOARES; GELAPE, p. 2016, p 384). Stuart Mill sugeriu a criação de um conselho legislativo composto por especialistas para auxiliar os parlamentares britânicos. Para ele, a elaboração legislativa exige longos e laboriosos estudos por espíritos adestrados (FERREIRA, 1986).

Hodiernamente, tais órgãos técnicos estão estruturados na organização burocrática dos Parlamentos para realizar análises técnico-jurídicas e a depender do nível de processualidade existente em um dado parlamento também estariam aptos a realizar avaliações de impacto retrospectivas (*ex ante*) e prospectivas (*ex post*) das proposições, e para instruir o processo legislativo com análises gerais sobre as matérias em trâmite.

Igualmente necessário o suporte técnico-especializado para a produção e acompanhamento de eventos públicos, inclusive os realizados pela via eletrônica, consultas, audiências públicas, seminários, conferências, debates e outros

²³ Regimentos Parlamentares do Mundo. Sistemas Jurídicos e Ação Legislativa. Organização: Fabiana de Menezes Soares, Thaís Bessa Gontijo de Oliveira, Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2018.

que demandam a elaboração de relatórios e análises variadas, o que requer, ainda, a criação de metodologias específicas de planejamento estratégico e de sistematização para garantir melhores resultados.

A maioria dos parlamentos costuma dispor de um assessoramento institucional do tipo técnico-político, que combina a prestação de suporte técnico-administrativo com o trabalho voltado para as questões político-eleitorais afetas ao mandato do parlamentar. Normalmente, esse assessoramento é exercido por pessoa que goza da estrita confiança do representante político, que o indica para ocupar cargo de recrutamento amplo, de livre nomeação e exoneração, podendo atuar no serviço público durante o período de duração do mandato parlamentar ao qual se vincula. Pode estar lotado no gabinete ou junto às lideranças partidárias, nas bancadas (art. 37, II, da CF).

Esse assessor, muitas vezes recrutado junto às bases eleitorais do parlamentar, mantém com ele um vínculo de natureza político-ideológica, comungando dos mesmos valores e ideologias. A maior preocupação desse assessor é com a manutenção do mandato do parlamentar, tentando garantir a sua reeleição. Portanto, ele zela para que os posicionamentos políticos assumidos pelo representante estejam em conformidade com os compromissos assumidos com o eleitorado do parlamentar. Nesse sentido, além de assessores legislativos, são também “cabos-eleitorais”. O que anima o relacionamento entre o assessor do gabinete e o deputado é, portanto, a satisfação do interesse do parlamentar, visando, sobretudo, à sua reeleição.

Tais funções são importantes em uma Casa legislativa. Esse assessor auxilia o parlamentar a obter um desempenho satisfatório no exercício do seu mandato, como também colabora com os interesses do Parlamento como um todo, agregando relevantes informações inerentes à atividade parlamentar que servem de referência para que a Casa legislativa disponha a sua organização institucional de forma a facilitar o desenvolvimento dos jogos políticos, sobretudo no tocante à atuação política no processo legislativo.

Contudo, esse assessoramento usualmente não proporciona ao representante político informações de maior complexidade técnica para que possa lidar com os diversos temas com que se depara no exercício da sua atividade legiferante.

Faz-se necessário que recorra a outro tipo de suporte informacional, podendo buscá-lo de diversas maneiras, seja requerendo o comparecimento de especialistas, que podem ser convidados a se manifestar sobre determinado assunto em uma audiência, por exemplo, seja contratando a prestação de serviços de consultoria externa para casos específicos, entre outras possibilidades.

Nenhum desses modelos, contudo, supera as vantagens de se contar com órgãos institucionais compostos por servidores especializados, integrantes de carreira. Esse modelo de assessoramento é de natureza eminentemente técnica e voltado para o atendimento ao conjunto de parlamentares, independentemente do partido ou da posição política, sendo o servidor, pelo menos no plano objetivo, politicamente neutro na prestação do assessoramento.

SOARES e GELAPE (2016) relacionam o trabalho que os assessores técnicos integrantes dos quadros de carreira dos Parlamentos exercem no processo legislativo ao papel processual do *amicus curiae*. Com efeito, essa figura é prevista no processo judicial (art. 138 do CPC/2015) como um terceiro interessado, o qual não titulariza qualquer posição de parte processual, tendo por objetivo tão-somente levantar informações importantes para subsidiar a decisão do juiz.

De modo semelhante, também os consultores legislativos buscam levantar o máximo de dados técnicos para auxiliar a decisão parlamentar, não pendendo nem a favor nem contra os posicionamentos políticos em confronto na deliberação.

O papel do *amicus curiae* mostra-se de grande importância para a resolução dos conflitos, e não é por outro motivo que a sua intervenção no processo judicial está prevista em lei. Pelo mesmo motivo, há que reconhecer a importância do papel do assessoramento técnico independente no âmbito também do processo legislativo. Ora, o incremento de informações trazido pelo corpo técnico amplia o universo de discursos em disputa no Parlamento, revelando novos discursos ainda não considerados no processo decisório.

Outra vantagem inegável da manutenção de um órgão de assessoramento técnico institucional diz respeito à sua capacidade de produzir um conhecimento próprio, disponível de forma perene, e não só numa legislatura. Esse acervo de informações fornece ao Poder legislativo a sua própria memória, e é dela que se torna possível retomar histórias das lutas políticas que se travam no seu

âmbito, cujos movimentos de expansão e de retração podem requerer a sua reconstituição em qualquer tempo.

Portanto, trata-se de um recurso do processo legislativo facilitador da incorporação do conflito ao iter criador do Direito positivo, razão pela qual deve ser criado pelos parlamentos que ainda não contam com essa estrutura na sua organização.

Todavia, é preciso salientar que os dois tipos de assessoramento mencionados – o eminentemente técnico e o de natureza técnico-política – são necessários em uma Casa legislativa e devem atuar de forma articulada e complementar, de modo que o representante político possa contar com um atendimento integral.

Nesse sentido, é preciso reconhecer a dupla natureza da atuação parlamentar: de um lado, o representante político, na condição de “delegatário” de determinado eleitorado ou defensor de determinados interesses, atua como “demandante” perante o Poder Legislativo, pleiteando a prevalência das suas demandas na decisão tomada pela maioria; de outro lado, o parlamentar atua na condição do próprio “Poder que decide”, o que ocorre quando ele vota com o colegiado para conformar uma decisão estatal, cujo resultado será obtido pelo voto majoritário.

O assessoramento deve acompanhar essa dinâmica dupla face. Na condição de “demandante”, o representante deve receber o assessoramento técnico-político, exercido por agente da sua confiança. Na condição de membro de um colegiado, por sua vez, o representante deve receber assessoramento institucional eminentemente técnico e objetivamente neutro, necessário ao desenvolvimento da deliberação parlamentar.

A existência de um só desses tipos de assessoramento, por outro lado, gera uma série de deficiências em prejuízo da atuação do Poder Legislativo. Senão vejamos: de um lado, o parlamentar necessita de um assessoramento que faça a ligação entre as aspirações do seu eleitorado e o posicionamento político que assume no exercício do seu mandato.

Nesse caso, o parlamentar atua na condição de “demandante perante o poder”, e precisa dos serviços de assessores comprometidos com a sua “causa”. De outro lado, a existência de um assessoramento institucional é fundamental

para assegurar que o Parlamento disponha de capacidade própria para levantar informações de complexidade técnica, as quais serão de grande utilidade para o cumprimento das competências constitucionais atribuídas ao Poder Legislativo.

Trata-se de estratégia institucional importante para a manutenção de um relacionamento equilibrado do Poder Legislativo em face dos demais Poderes, instituições públicas e sociedade civil, potencializando a sua capacidade de compreensão sobre os problemas que se apresentam, não se furtando a resolvê-los no âmbito da sua responsabilidade.

5.1 A relação ambivalente entre políticos e técnicos: tendências

A política tem por natureza a mudança do *status quo*, movimentando-se sempre em direção à inovação do ordenamento jurídico, de maneira que é natural que haja uma permanente tensão que permeia as relações entre técnicos e parlamentares, haja vista a oposição entre a aplicação segura da técnica e o risco da inovação política. Essa relação de atrito já foi muito bem perscrutada na teoria do Agente e do Principal.²⁴

No Poder Executivo, tensões desse tipo têm um caráter mais institucional, pois os técnicos efetivamente detêm algum poder de decisão, expedindo, por exemplo, atos normativos que podem eventualmente colidir com a vontade política, gerando tensão. Diferentemente, no processo legislativo a subjetividade axiológica do técnico não concorre com a do representante político, este último o legítimo mandatário a quem cabe decidir com exclusividade. A tensão, nesse caso, ocorre muito mais no campo psicológico, pois o técnico pode nutrir um desejo de substituir o Poder, decidindo no lugar dele.

É de se reconhecer, contudo, que argumentos “técnicos” e “políticos” não devem ser considerados antitéticos. Dificilmente uma argumentação técnica se

²⁴ A literatura sobre a teoria do agente e do principal, também conhecida como “Dilema da Agência”, foi primeiramente apresentada por Jensen e Meckling (1976), descrevendo os conflitos de interesses entre indivíduos em atividades de delegação. Tem por foco determinar um contrato ideal entre os dois atores, sopesando comportamento versus resultado. Nesse relacionamento (principal/agente) é esperado conflito de objetivos, sendo o agente mais avesso a riscos, enquanto o principal seria capaz de diversificar seus investimentos, mesmo assumindo riscos momentâneos (EISENHARDT, 1989, p. 60).

pauta por uma total neutralidade política, uma vez que todo conhecimento técnico também está impregnado de subjetividade.

Em analogia com o modelo hermenêutico,²⁵ qualquer intérprete, ao entrar em contato com o texto, parte de um pré-entendimento (pre-conceito) relacionado com suas expectativas e experiências pessoais, o que ocorre também com o trabalho técnico exercido pelo especialista legislativo, sempre levado a fazer escolhas diante do conjunto de dados pesquisados.

Ainda assim, o processo legislativo de um modo geral não pode prescindir de fontes de informação de natureza técnica e politicamente neutras, que contextualizem aspectos que permeiam a matéria em discussão. Em que pesem as controvérsias sobre a impossibilidade de uma informação técnica se afigurar como neutra devido à nota de subjetividade impressa pelo prestador da informação, no plano objetivo faz-se necessário subsidiar o processo legislativo com dados baseados numa compreensão mais abrangente e científica, quando o tema assim o exigir.

Se uma proposição está afeta a uma política pública determinada, por exemplo, informações relacionadas com a organização institucional da política, a legislação aplicável e o seu estado da arte devem ser disponibilizados para conhecimento geral dos partícipes do processo, simetrizando informações necessárias à deliberação entre os membros da comissão.

Objetivamente considerado, é possível organizar o trabalho de elaboração de informações técnicas de forma não a suprimir, mas a pelo menos atenuar os impactos negativos que essas informações possam exercer sobre as pretensões políticas. O trabalho em equipe é medida importante e tem o efeito de despersonalizar a informação técnica, expurgando ao máximo as considerações que denotem preferências subjetivas. Ademais, o trabalho em equipes multidisciplinares amplia a produção do conhecimento, facilitando o enfrentamento dos temas complexos que envolvem a elaboração de uma lei.

²⁵ Robert Alexy, referindo-se a um dos 3 círculos hermenêuticos, trata da relação entre o preconceito e o texto, concernente ao trabalho do intérprete, que faz refletir na sua decisão as concepções gerais da sociedade e as suas experiências profissionais. Segundo Alexy “[...] *pode-se dizer que o círculo de preconceito corresponde ao postulado da reflexividade, o qual é de grande importância para a argumentação jurídica*” (ALEXY, 2010, p. 3).

Outra medida capaz de superar as tensões na relação entre técnicos e políticos é o exercício da autocontenção na produção dos informes, critério que orienta os técnicos a não avançarem em considerações que encerrem juízos de mérito, em confronto com pareceres relatados ou com posicionamentos politicamente assumidos. A produção de informes autocontidos, nesse caso, é a melhor estratégia para garantir um assessoramento técnico-parlamentar de caráter institucional.

A tal propósito, em outra consideração analógica, (SUSTEIN, 2010), referindo-se ao fenômeno que ele denomina como “decisões políticas teorizadas de modo incompleto”, sugere o silêncio, em determinadas situações,

[...] como um instrumento para a produção convergente de decisões políticas, apesar de discordâncias, incertezas, limites de tempo e capacidade e heterogeneidade. Em síntese, o silêncio pode ser uma força construtiva. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto são uma importante fonte de constitucionalismo bem-sucedido e estabilidade social; elas também proporcionam uma maneira para as pessoas demonstrarem mútuo respeito. (SUSTEIN, 2010, p. 295).

Para ele, essas decisões são especialmente apropriadas aos limites de diversas instituições, incluindo as Casas legislativas e as Cortes, e também tem o seu lugar no setor privado, em universidades, no local de trabalho e até no seio das famílias.

Essa postura pode ser usada como estratégia para se alcançar o consenso em matérias controvertidas e aplica-se à lógica da elaboração de subsídios técnicos para a instrução do processo legislativo, considerando que todo trabalho técnico também encerra uma decisão.

Não é por outra razão que a Legística preconiza a realização de análises de impacto legislativo, “*ex ante*” e “*ex post*”, que suprem as abordagens técnicas necessárias para subsidiar a deliberação parlamentar. Esses procedimentos são realizados em vários países, já referidos anteriormente neste trabalho, sendo que, na França, a avaliação de impacto constitui uma previsão constitucional.

Segundo Alonso de Antônio,

[...] torna-se evidente a importância da missão dos advogados nesse sentido, começando pela própria análise da constitucionalidade do texto inicial

e das emendas e seguindo com o ajuste da tramitação ao ordenamento em seu conjunto. Este é, propriamente, o momento técnico do iter legislativo, já que, quando os políticos intervêm, essa dimensão técnico-jurídica desaparece ou, pelo menos, deve conviver em precária estabilidade com a avaliação política que, no final, terminará por se impor. (ALONSO DE ANTÔNIO, 1995, p. 151-152).

Esse autor propõe, como solução para promover a interface entre a técnica e a política no processo legislativo, atribuir-se aos técnicos das Câmaras o trabalho de promover “[...] uma análise isenta dos distintos elementos que compõem a proposição legislativa, estudando-os à luz do Direito e informando a posteriori o conjunto da comissão sobre os aspectos puramente jurídicos desses elementos [...]” (ALONSO DE ANTÔNIO, 1995, p. 158).

Embora o autor se refira tão-somente aos aspectos jurídicos que permeiam um tema em análise no Parlamento, a complexidade das questões contemporâneas submetidas ao crivo parlamentar enseja a elaboração de análises apuradas quanto aos conteúdos substanciais abordados na proposição, fazendo-se necessário contar com o suporte de especialistas também quanto a tais conteúdos.

6 CONCLUSÃO

O conflito faz parte das relações humanas, não pode ser eliminado, e a política é o meio pacífico para a sua resolução. Os dissensos decorrem do pluralismo social, e, no contexto do Estado Democrático de Direito, os indivíduos devem concorrer em igualdade de condições para que suas vontades sejam consideradas nas decisões estatais.

O consenso nada mais é do que a aceitação das regras do jogo, ou seja, o entendimento de que a vontade soberana expressa na lei é o resultado de uma disputa igualitária em que todas as vozes discordantes tenham sido ouvidas na tomada de decisão.

O campo teórico afeto a esse estudo, aqui apresentado de forma sintética, é extenso e inesgotável. As teorias selecionadas evidenciam como a coletividade pode conduzir a sua ação e preparar um futuro baseado em um contexto

democrático. Algumas das teorias expostas se mostram contraditórias entre si, mas a contradição é uma peculiaridade da democracia pós-moderna. Essas teorias, contudo, revelam pontos de convergência ao reconhecerem que a pluralidade social impõe a implementação de reformas institucionais que possibilitem maior afinidade do modelo formal do sistema democrático representativo com os valores e demandas do mundo contemporâneo.

Esse estudo pretendeu demonstrar que, ao contrário da busca sistemática do consenso, o processo legislativo deve estar efetivamente aberto aos conflitos sociais, incorporando o dissenso. As condições institucionais do parlamento afiguram-se como um dos fatores que influenciam significativamente na qualidade da atuação parlamentar, e, por conseguinte, na qualidade da lei.

Há de se fortalecer, portanto, o aparato técnico-institucional do processo legislativo, por meio dos instrumentos e recursos tecnológicos necessários à configuração de um ambiente efetivamente deliberativo.

Conforme demonstrado, o processo legislativo é uma importante plataforma operacional da democracia e, em qualquer casa legislativa, deve estar inteiramente aberto às lutas políticas, para propiciar um espaço público democrático e inclusivo, em respeito ao princípio da soberania popular e como condição de legitimidade da atuação parlamentar, conforme exigem as premissas conformadoras do Estado Democrático de Direito.

Os trabalhos técnicos produzidos pelos corpos legislativos ocorrem dentro da organização de caráter público, no coração da República. A qualificação desses argumentos ganha especial relevância para uma *Advocacy* apta a vivificar uma democracia em grave crise. Nesse contexto, assume singular relevo o uso da tecnologia no processo legislativo capaz de restaurar, oxigenar, iluminar o grave quadro de assimetria informacional, modificação essa essencial aos processos de tomada de decisão em ambientes de conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A argumentação jurídica como discurso racional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Org.).

Correntes contemporâneas do pensamento jurídico, Barueri, SP: Manole, 2010. p. 1-13).

ALONSO DE ANTÔNIO, Angel Luis. As relatorias no procedimento legislativo. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 116-159, jul./dez. 1995

ANASTASIA, Fátima. Desenvolvimento institucional e representação democrática na ALMG. In: OLIVEIRA, Myriam Costa de. **A Assembleia de Minas e a construção coletiva de políticas públicas: eventos institucionais 1990-**

<<https://www.bk.admin.ch/themen/lang/00938/02124/10299/index.html?lang=it>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **O controle jurisdicional do processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BORGES, Clarissa Tatiana de Assunção. **Justificação da legislação na perspectiva da legisprudência: princípios de avaliação e controle da legislação**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**. 18. ed. Brasília: Câmara, 2017. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18847>>. Acesso em: jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: jan. 2017.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, n. 3, p. 9-23, jan./mar. 1992.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 5. ed. Paris: PUF, 2013.

COMMISSION EUROPEENNE. **Gouvernance européenne, un livre blanc**. Bruxelles: COM, 2001.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Communication from the commission on impact assessment**. Brussels, 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0276&from=EN>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

CUNHA, Eleonora Schettini M.; THEODORO, Hildelano Delanusse (Org.). **Desenho institucional, democracia e participação: conexões teóricas e possibilidades analíticas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

DWORKIN, Ronald M. **Los derechos en serio**. Madrid: Anel, 2002.

FERRAJOLLI, Luigi. Por uma refundação epistemológica da teoria do direito. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi

(Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**, Barueri, SP: Manole, 2010. p.182-200.

FINNIS, Jonh. Revisitando os fundamentos da razão prática. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**, Barueri, SP: Manole, 2010. p. 201-229.

FRANCE. Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009. Relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. **Journal Officiel de la République Française**, 16 avril 2009. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020521873&categorieLien=id>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

GERKEN, Heather K. **Dissenting by deciding**. 25 mar. 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=fss_papers>. Acesso em: jan. 2017.

GRUPO MANDELKERN. Relatório Mandelkern sobre a melhoria da qualidade legislativa. **Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação**, n. 29, p. 13-52, out./dez., 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: Polity Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 105-121, jan./jun. 1995.

HALL; TAYLOR, 2003, p. 193, “*Political Science and the three New Institutionalisms*” publicado originalmente em **Political Studies**, Dec. 1996

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony & socialist strategy**: towards a radical democratic politics. London; New York: Verso, 1985.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

MADER, Luzlus. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2009, Belo Horizonte. **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: ALMG, 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/9/123456789-9.pdf?sequence=3>>. Acesso em: jun. 2017.

MANIN, Bernard; URBINATI, Nadia. A democracia representativa é realmente democrática? Entrevista com Bernard Manin e Nadia Urbinati por Hélène Landemore **Dois Pontos**, Curitiba, v. 13, n. 2, p. 143-156, out. 2016.

MARI, Hugo. Consenso/dissenso: entre o enunciado e a enunciação. **Scripta**, Belo Horizonte, v. 4, n.7, p. 141-157, 2000.

MENEGUIN, Fernando B. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010.

MAGNA, Inácio; MENEGUIN, Fernando. **Desempenho do poder legislativo: como avaliar?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2014. (Texto para Discussão nº 155). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td155>>. Acesso em 11 set. 2014.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Glossário**. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/sobre/glossario.html?run=1&txtPalavra=&chkIndiceGlossarioGlobal=r>>. Acesso em : jun. 2017.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **ICMS solidário: Lei nº 18.030, de 2009**. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/hotsites/2016/icms_solidario/>. Acesso em: jun. 2017.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Políticas públicas**. Belo Horizonte: ALMG, 2010. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/sobre/glossario>>.

html?run=1&txt Palavra=&chkIndiceGlossarioGlobal=r>. Acesso em : jun. 2017.

MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. **Regimento interno**. Belo Horizonte : ALMG, 1997. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/regimento_interno_2016.pdf>. Acesso em : jun. 2017.

MOUFFE, Chantal. Alteridades y subjetividades em las ciudadanías contemporáneas. **Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social**, Santiago de Cali, n.75, p.1-7, set./dez. 2007.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política e Sociedade: Revista de Sociologia Política**, Florianópolis, v. 1, n.3, p. 11-26, out. 2003.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, Ano 1, v. 2, p. 91-107, jul./dez. 1994.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p.11-23, nov. 2005.

OECD. **Guiding principles for regulatory quality and performance**. 2005. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>>. Acesso em: maio 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Um ensaio sobre o liberalismo político de John Rawls: construtivismo político e razão pública. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 81-96, jan./jun. 2010.

PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1967.

- RANCIÈRE, Jacques. O dissenso. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- RANCIÈRE, Jacques. Ódio à democracia. São Paulo: Boitempo, 2014.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. Harvard: Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, Marta Mendes da. Informação e deliberação no processo legislativo estadual: o caso da ALMG. In: SANTOS, Manoel Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Política e desenvolvimento institucional no legislativo de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2016. P. 241-280.
- RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Izabel Valadão de. **O estudo da política: tópicos selecionados**. Brasília: Paralelo 15, 1998.
- RUNCIMAN, David. Como a democracia chega ao fim. Tradução Sérgio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.
- SANTOS, Flávia Pessoa; MOURÃO, Gabriela Horta Barbosa; RIBEIRO, Guilherme Wagner. Poder legislativo e suas consultorias institucionais. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 14, p. 133-152, jan./dez. 2007.
- SANTOS, Flávia Pessoa; SOARES, Fabiana de Menezes. Avaliação do impacto da lei como instrumento de legística. In: COELHO, Daniel Caria Braga; BEDÊ, Julio Cadaval (Org.). **Avaliação de impacto da lei do ICMS Solidário: Lei nº 18.030 de 2009**. Belo Horizonte: ALMG, 2016. p. 15-20. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/avaliacao_impacto_lei_icms_solidario/avaliacao_impacto_lei_como_instrumento.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

SANTOS, Manoel Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Política e desenvolvimento institucional no legislativo de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2016.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Produção do direito e conhecimento da lei à luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação**. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes; GELAPE, Lucas de Oliveira. Consultoria Legislativa da ALMG: o amicus curiae do processo legislativo? In: SANTOS, Manoel Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Política e desenvolvimento institucional no legislativo de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2016. p. 381-413.

SUSTEIN, Cass R. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**, Barueri, SP: Manole, 2010. p. 294-316.

THE EUROPEAN UNION. **Interinstitutional agreement on better law-making**. Paris: COM, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/20151215_ia_on_better_law_making_en.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2016.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Lua Nova**, n. 67, p.191-228, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

URBINATI, Nadia. Crise e metamorfoses da democracia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, p. 5-16, jun. 2013.

URBINATI, Nadia. Representação como advocacy: um estudo sobre deliberação democrática. **Política e Sociedade**, v. 9, n. 16, p. 51-88, abr. 2010.

WALDRON, Jeremy. *Political Theory. Essay on Institutions*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London, England: 2016.

WINTGENS, Luc J. **Legisprudence**: practical reason in legislation. Leuven: University of Brussels and University of Leuven, 2012.

WINTGENS, Luc J. **Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación**. Universidad de Alicante, 1989. (Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 26). Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148676RD46905733.pdf>>. Acesso em: jun. 2017.

ISBN: 978-65-80478-10-1



9 786580 478101