

# A Legística e a “filosofia” da lei

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa, Doutor pela Universidade de Paris. Ex-professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

## Introdução

1. Ocorre pelo mundo afora uma tomada de consciência de que o valor das leis – valor no sentido de consecução dos objetivos por elas mirados – não depende exclusivamente do procedimento pelo qual as propostas são apreciadas pelo legislador. Até ontem, por assim dizer, só havia preocupação com o agenciamento da iniciativa quanto aos projetos<sup>1</sup>, quanto à sua apreciação pela casa ou, mais comumente, pelas câmaras legislativas, quanto à sua sanção ou veto, quando previstas, quanto à promulgação e publicação dos textos visando à eficácia de suas normas. Isto é, a preocupação se restringia ao processo legislativo que, em Constituições como a brasileira, é pormenorizadamente regulado. Mesmo a apreciação pelas comissões parlamentares ditas temáticas somente passou a merecer a atenção quando o direito constitucional passou a vê-las como eventualmente terminativas do processo de elaboração das leis. Veja-se que a literatura sobre o processo legislativo mal aludia à elaboração dos projetos, como se vê de meu livro *Do processo legislativo*.<sup>2</sup> E, quanto às comissões, apenas recentemente houve uma abordagem a fundo, no livro há pouco publicado, do mesmo título por Paulo Adib Casseb.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Emprego o termo no sentido genérico, abrangendo tanto o que tecnicamente se denomina de projeto, como o que se designa por proposição, sempre evidentemente de lei.

<sup>2</sup> Saraiva, São Paulo, 8ª Ed., 2007.

<sup>3</sup> *Processo legislativo – Atuação das comissões permanentes e temporárias*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008. Foi originalmente tese de doutorado que tive a honra de orientar.

Quanto à elaboração dos projetos, ninguém com isso se preocupava. Supunha-se que todo parlamentar, ou todo corpo administrativo a prepará-los para o Executivo, estava apto a fazê-lo adequadamente. Ademais, supunha-se que o debate parlamentar serviria para melhorá-los. Ignorava-se, outrossim, a eventual interferência interesseira dos grupos de pressão.

Entretanto, de algum tempo para cá, mais cedo nalguns Estados, mais tardiamente noutros, ganhou atenção o fato de que a qualidade dos projetos condicionava - como é óbvio, mas não era apercebido - a qualidade das leis e, em conseqüência, a sua eficácia e a sua efetividade. É a tardia percepção de que, se leis há que não "pegam", ou seja, não ganham efetividade, ou não produzem os efeitos almejados, às vezes, pelo contrário possuem efeitos perversos, isto deriva de sua própria estrutura normativa. Por isso, tomou-se consciência da importância da preparação dos projetos, e, também, embora com menos freqüência, a aferição de seus resultados, a fim de ser levada a cabo a sua correção ou aprimoramento.

Esta conscientização tornou-se mais premente, eis que, em todo o mundo, de modo aberto ou disfarçado, o Executivo legífera. Assim, inexistente quanto aos projetos que edita, seja como leis delegadas, seja como decretos-leis, seja como medidas provisórias, seja como pseudo-regulamentos, a virtude aprimoradora do crivo parlamentar.

Fruto desta conscientização é o desenvolvimento de estudos sobre a elaboração dos projetos, com a prescrição de passos a serem seguidos, de precauções a serem observadas. Estes estudos, a princípio meramente empíricos, vieram a interessar as universidades e o meio científico. Disto, procede o surgimento de uma arte ou ciência - pois a questão é controversa - da *legística*. Quer dizer, das diretrizes para a elaboração de (bons) projetos.

2. Nesta palestra, vou inicialmente dedicar atenção à fase pré-parlamentar do processo legislativo - ou seja, ao tema da elaboração dos projetos, invocando as lições da legística. É isto um tema praticamente novo entre nós.

Na segunda, não vou cuidar da exegese da Seção da Constituição que trata Do processo legislativo. Não foi esmiuçar os diferentes preceitos inscritos nesse ponto, nem comentar cada uma das espécies normativas enunciadas no art. 59. Já o fiz em livro. Acho que isso caberia numa aula

ou num ciclo de aulas, não numa conferência para doutos. Vou, sim, tratar, ainda que muito sumariamente da “filosofia” do processo legislativo. Este é um tema de importância transcendente, pois alcança o Estado de Direito, a separação dos poderes e o próprio sistema democrático-representativo.

### I. O desenvolvimento da *legística*

3. Sem pretender indicar precedência, a questão da elaboração dos projetos de lei está presente nos Estados Unidos ao menos depois da Segunda Guerra. Ela se manifesta no desenvolvimento, sobretudo, em universidades de agências especializadas na elaboração de projetos para uso de membros do Congresso e das Assembléias estaduais, e, mais raramente para os Governos federal e estaduais.

Este trabalho de “*drafting*” implicou a indagação sobre os aspectos a analisar e os procedimentos a seguir. Entretanto, a perquirição não procurou a elaboração de uma ciência, mas contentou-se com o empirismo. Ou seja, a *legística* (termo não empregado pelos norte-americanos) se estabeleceu a nível de arte.

4. O ensino dessa arte em universidades provocou, como era de esperar, o aparecimento de manuais didáticos sobre essa arte. Um dos mais conhecidos é o publicado por Julius Cohen, *Materials and Problems on Legislation*, cuja primeira edição é de 1949.<sup>4</sup> Cohen era professor de direito na *Rutgers – State University*.

O livro distribui-se por seis capítulos.

O primeiro intitula-se “*Gauging the efficacy of proposed legislation*”, “*Medindo a eficácia da legislação proposta*”. Examina aí a “predição” dos efeitos e propõe que, evidentemente depois da sua edição, seja verificada a acurácia de tal predição.

O segundo, “*Ascertaining the ‘meaning’ of legislation language*”, “*aferindo o ‘sentido’ da linguagem da lei*”. Este ele enriquece citando um texto do famoso *Justice Felix Frankfurter*, “*Some reflections on the reading of statutes*”, publicado na prestigiosa *Columbia Law Review*.

<sup>4</sup> Lido na 2ª Ed., Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1987.

O terceiro, "*The integration of public policy: statutes as principles*", "*A integração da política pública: as leis como princípios*".

O quarto volta-se para o ponto crucial: "*The drafting of Legislation*", "*A redação dos projetos*". Neste, ele inclui o manual em uso no Estado de Nova Jersey, de 1965, bem como um relatório de comissão interministerial publicado em 1936, afora o artigo de Alfred F. Conard, "*New ways to write laws*", publicado na *Yale Law Review*.

O quinto aborda "*The legislative lawyer: lobbyist, strategist and advocate*", "*O advogado legislativo: o lobista, o estrategista e o advogado*". Trata nesse capítulo, além do que sugere o título, de procedimentos como os "*hearings*" e de aspectos do que se chama no Brasil de processo legislativo.

No último, analisa "*Problems relating to investigations under Legislative authority*", "*Problemas relativos a investigações pelo Legislativo*", tratando dos limites constitucionais a essas investigações, bem como sobre os controles sobre as comissões que as realizam.

Como se vê, o escopo da obra de Julius Cohen transcende o campo da legística, mas o inclui como um dos aspectos da atuação parlamentar.

6. Na Europa, a legística tem merecido, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, grande atenção. Isto certamente é um reflexo da preocupação com a "qualidade da lei", com a "crise da lei" e com a "inflação legislativa" que se manifesta no período. Entretanto, deve-se apontar que a preocupação com a qualidade da legislação é bem anterior. Na Grã-Bretanha, em 1835, o *First Report of the Statute law commissioners* já denunciava a "frouxidão" ("*laxity*") e a "ambigüidade" ("*ambiguity*") dos textos legais escritos, como registra Allen.<sup>5</sup> E vários juristas, de diferentes países, exprimiram queixas semelhantes.

Não ficando na lamentação, juristas contemporâneos se tem debruçado sobre a questão do aprimoramento da "qualidade" da legislação. Destacam-se a propósito autores europeus, como os suíços e alemães e portugueses. Neles, todavia, reponta um elemento ausente dos autores norte-americanos, qual seja, uma preocupação em tratar a legística como ciência.

---

5 *Law in the making*, 7ª Ed., Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 384.

7. Por suas relações com a vivência brasileira, dou aos autores lusitanos destaque especial, sobretudo, àquele que mais profundamente se dedicou ao tema – o professor Carlos Blanco de Moraes, autor de um verdadeiro tratado sobre o assunto, modestamente denominado de **Manual de Legística**.<sup>6</sup> Vale assinalar, como o jovem e douto mestre o faz, a contribuição a esse propósito de Gomes Canotilho, em Relatório de 1987<sup>7</sup>, e de Jorge Miranda, que ministrou, no curso de pós-graduação na Universidade de Lisboa em 1997/1998, a disciplina “*Teoria da Lei*” que abordava vários dos temas da *legística*.<sup>8</sup> Foi, todavia, o ilustre Carlos Blanco de Moraes que deu feição definitiva a este curso, ministrando-o em 1998/1999, 1999/2000, já com o título “*Teoria da Lei e Ciência da Legislação*”.

8. Na lição de Blanco de Moraes, a *Ciência da legislação* consiste em “domínio científico do conhecimento, auxiliar da Ciência jurídica, cujo objeto radica no estudo praxiologicamente orientado dos componentes estática e dinâmica do fenômeno normativo público, tendo por fim a sua compreensão e a identificação de soluções que promovam e garantam a validade e a qualidade dos atos normativos”.<sup>9</sup>

Desdobra-se ela em três ramos: 1) a *Teoria da Lei*; 2) a *Teoria da decisão pública*; e 3) a *Legística*.<sup>10</sup> O primeiro inscreve-se na dogmática jurídica e estuda, como quer Canotilho, temas como: 1) a lei como norma jurídica; 2) a acepção de lei; 3) as formas de lei; 4) o valor de lei; 5) as relações da lei no plano da validade e da eficácia; 6) o órgão legiferante e o processo legislativo; 7) os procedimentos legislativos; 8) a concretização administrativa da lei; e 9) os fatores da crise da lei.<sup>11</sup>

O segundo é a aplicação da teoria da decisão à Ciência da Legislação. Por isso, há de abordar temas como 1) as concepções de decisão – intervencionista, clausurada, registral; 2) a acepção de decisão legislativa; 3) isto no contexto das políticas públicas; 4) as condições subjetivas – perfis do decisor; 5) as condições objetivas da decisão – composição do órgão, relações de liderança etc.

6 Ed. Vento, 2007.

7 *Ob. cit.*, p. 32.

8 *Id.*, *ibidem*, p. 74.

9 *Id.*, p. 58.

10 *Id.*, p. 66.

11 *Id.*, p. 67.

O último, a legística que interessa mais de perto a esta palestra, é, numa acepção ampla, o “ramo da Ciência da Legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinadas a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controlo dos efeitos normativos, a qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescritivo da lei”.<sup>12</sup>

Apresenta a seu turno três ramos. A Legística material, a Legística formal e a Legística organizativa.

A Legística material “(domínio metódico e procedimental interno) procura assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam preencher, adequadamente e com eficiência, os seus objetivos operacionais”.<sup>13</sup>

A Legística formal “(domínio técnico e sistemático) estuda os critérios de comunicação legislativa, de modo a melhorar a compreensão e identificação da norma legal vigente, através de uma adequada redação, sistematização, simplificação e acesso aos textos legais”.<sup>14</sup>

A Legística organizativa “(domínio da ‘governance’ normativa) ocupa-se do estudo do modelo de gestão pública da qualidade dos programas legislativos, passível de ser adotado pelos órgãos legiferantes”.<sup>15</sup>

Acrescente-se que o Mestre português não deixa de enfatizar aspectos, como o da linguagem dos projetos que deve ser simples, clara, adequada e precisa, além da indispensável coerência do texto.<sup>16</sup> Aponta igualmente a importância da avaliação prospectiva do impacto das normas<sup>17</sup>, bem como da aferição retrospectiva dos efeitos produzidos<sup>18</sup>, esta para a correção de eventuais defeitos do diploma normativo.

9. Relata Blanco de Moraes, por outro lado, que o Regimento do Conselho de Ministros lusitano, aprovado pela Resolução nº 64/2006,<sup>19</sup> dedica um capítulo ao “Procedimento legislativo”, no qual se integra uma seção sobre a “Elaboração de projetos” e outra sobre a “Avaliação prévia

---

12 *Id.*, p. 70.

13 *Id.*, p. 70.

14 *Id.*, p. 70.

15 *Id.*, p. 70.

16 *Id.*, p. 527 e s.

17 *Id.*, p. 342 e s.

18 *Id.*, p. 463 e s.

19 *Id.*, p. 463 e s.

de impacto".<sup>20</sup> A este Regimento segue-se um Anexo sobre as regras de legística a serem observadas na elaboração de atos normativos.<sup>21</sup> Nele, integra-se um capítulo sobre a legística formal em que são apontadas normas quanto à linguagem (que há de ser simples, clara e concisa, evitando-se, a bem da precisão, os conceitos indeterminados).<sup>22</sup> Enfim, ele aponta haver em Portugal um Programa "Legislar melhor", o que indica a preocupação com a (boa) legislação.<sup>23</sup> Neste, inscreve-se um questionário para preparar a decisão quanto a elaboração do ato normativo, sua forma e alcance.

10. No Brasil, ainda não são numerosos os estudos sobre a disciplina científica da *legiferação*. Deve-se citar como pioneiro o trabalho de Carlos Coelho de Miranda Freire, *Teoria da Legislação - aspectos materiais*<sup>24</sup>, originalmente tese de doutorado que tive o prazer de orientar na Faculdade de Direito da USP. Este desenvolve temas originais na doutrina brasileira, como uma "teoria da legislação e controle social"<sup>25</sup> e "a criação de uma nova teoria dogmática do direito: a teoria dogmática retroalimentativa".<sup>26</sup>

Também é de justiça mencionar a contribuição para o equacionamento legal do tema do homem público paulista, José Henrique Turner, que como chefe da Casa Civil do Governo de São Paulo, primeiro, depois como Deputado Federal, muito se bateu pela adoção de normas visando ao aprimoramento da "qualidade das leis". É ele um dos inspiradores, senão o principal de todos, da inclusão no texto constitucional de 1988 do parágrafo único do art. 59, preceito este que impôs no país o desenvolvimento da legística.

11. Está, com efeito, nesse parágrafo único do art. 59: "Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

Constitui ela a base de toda a legística brasileira. Sim, porque, dada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a simetria na organização dos entes federativos, aí incluído o processo legislativo ela não se aplica apenas ao plano federal, mas também ao estadual e municipal.

20 Id., p. 646.

21 *Id.*, p. 651 e s.

22 *Id.*, p. 653 e s.

23 *Id.*, p. 657 e s.

24 João Pessoa. Ed. União, 1982.

25 P. 59 e s.

26 P. 89 e s.

12. A lei prevista já foi editada. É a Lei complementar nº 95/1998, que hoje vigora com alterações introduzidas pela Lei complementar nº 107/2001.

Dela, alguns pontos merecem ser destacados, por concernirem a aspectos capitais da legística.

O primeiro ponto, numa ordem de importância, está no art. 7º, onde é determinado, entre outros, que, "excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;", que, assim, "a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;", bem como "o mesmo assunto não (poderá) ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa".

Lamentavelmente, é esse ponto freqüentemente contrariado pela legislação, sem que isto acarrete qualquer consequência, salvo dificuldades para o operador do direito... Com efeito, a jurisprudência considera a referida Lei Complementar nº 95 uma *lex imperfecta*, portanto, sem sanção.

O segundo inscreve-se nas técnicas de elaboração. É a determinação de que a lei seja estruturada em três partes básicas: parte preliminar, parte normativa e parte final (art. 3º). A parte preliminar compreende "a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas". Trata-se, pois, como que de uma introdução aos comandos normativos. Estes constituem a segunda das partes mencionadas. Aí é que está, materialmente falando, a lei propriamente dita. A última é de caráter complementar. Nela, inserem-se "as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber."

Outro ponto a salientar consiste em prescrições acerca do texto do projeto. Reclama uma redação "com clareza, precisão e ordem lógica" (art. 11). Explicita a esse propósito recomendações, que merecem ser transcritas:

"I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta,



evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes;

III - para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens."

13. No plano federal, a Lei complementar citada foi regulamentada pelo Decreto nº 4.176/2002. Este praticamente repete o texto da referida Lei, aí incluídos os pontos acima destacados, mas acrescenta outros que devem ser registrados.

Um deles é prescrever normas especiais para a elaboração de projetos sobre direito penal, direito tributário e direito processual, bem

como sobre decreto autônomo e decreto regulamentar de lei, ou medida provisória (arts. 10 a 17 e 39). Assim, acena com a necessidade de se levar em conta as peculiaridades dessas matérias.

Outro versa a tramitação de propostas de projetos de lei no âmbito do Executivo (art. 37). Exige que essas propostas sejam enviadas à Casa Civil, acompanhadas de “notas explicativas e justificativas da proposição”, do “projeto do ato normativo”; e de “parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal do ato normativo proposto, elaborado pela Consultoria Jurídica ou pelo órgão de assessoramento jurídico do proponente.” Encarece que, se a proposta “tratar de assunto relacionado a dois ou mais órgãos (deva ser) elaborada conjuntamente”.

Enfim, visando à racionalidade na elaboração legislativa, edita um questionário, que deve ser levado em conta, na elaboração de projetos. Por meio dele, fica muito claro o propósito de evitar propostas desnecessárias, inconvenientes, prejudiciais, bem aponta aspectos jurídicos a serem considerados, mormente questões relativas à repartição de competências. Igualmente, manda sejam tidas em consideração se as normas propostas afetam os direitos fundamentais, bem como explicita indagações pertinentes a matérias específicas, direito penal, direito tributário etc. E não dispensa a indagação sobre o eventual aumento das despesas públicas.

Ainda no plano federal, mencione-se que existe um

***Manual de redação da Presidência da República***, elaborado sob a direção de Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior.<sup>27</sup> Neste, desdobram-se as normas relativas à elaboração legislativa, assim como, com caráter didático, se recomendam modos de redigir (e de não redigir) e apontam-se regras gramaticais e de pontuação. Depreende-se do que foi exposto, haver no Brasil, no plano federal, uma legística que, se não é ainda completa como seria desejável cientificamente falando, já é desenvolvida, ao menos no sentido restrito de conjunto de preceitos referentes à redação de projetos de atos normativos.

Falta essencialmente um aprimoramento quanto à avaliação prospectiva do impacto das normas – o que freqüentemente é deixado no nível das suposições ou do *wishful thinking*, com uma aferição objetiva de caráter retrospectivo. O modelo português talvez merecesse ser seguido.

27 2ª ed. rev. e atual. – Brasília : Presidência da República, 2002.

## II. A “filosofia” do processo legislativo.

14. Examinando em profundidade o processo legislativo, salta aos olhos que ele está intimamente relacionado com elementos fundamentais do constitucionalismo, quais sejam o Estado de Direito, a separação dos poderes, ao próprio regime democrático representativo e obviamente à concepção da lei e do Direito. Estas seguramente não são hoje as mesmas que presidiram o nascimento do sistema ainda hoje o mesmo em linhas gerais.

De modo sumário, e evidentemente superficial, vale neste passo formular algumas considerações a esse respeito.

15. Comece-se pela concepção de lei. Esta, nos primeiros passos do constitucionalismo, deveria reger o que fosse do interesse da todos, exprimindo o tratamento justo das relações de cada um com os demais integrantes da comunidade. Seria assim um padrão de condutas permanentes, ou ao menos duradouras. O seu único e essencial objetivo – enfatize-se – seria a justiça nas relações inter-individuais. Por isso, poucas seriam as leis necessárias a uma comunidade. Leis, cujo estabelecimento deveria ser debatido em profundidade, sem que importasse o tempo consumido.

Esta idéia ajusta-se a uma concepção do Direito, que se manifesta especialmente nas Declarações do século XVIII. Ele decorreria da natureza das coisas, assim não dependeria da vontade humana, exceto quanto à sua declaração, que se faria pelo processo legislativo. Lembre-se que Montesquieu, logo na primeira página do *Espírito das Leis*, caracteriza as leis como “as relações necessárias que decorrem da natureza das coisas”.<sup>28</sup> E está nessa obra o esquema básico do processo legislativo, segundo o qual a lei resulta da conjunção da *faculté de statuer* - faculdade de estatuir, criar normas - do Legislativo com a concordância do Executivo quando não exerce a *faculté d’empêcher* – ou seja, o veto<sup>29</sup>.

16. A concepção da lei como declaração do justo sofreu ainda nos primeiros passos do constitucionalismo um desvio. Foi este propiciado pela famosa afirmação “a lei é a expressão da vontade geral”, inscrita no art. 6º da Declaração de 1789.

28 Livro I, cap. 1º.

29 Livro XI, cap. 6º.

Esta colocação enseja o voluntarismo, ou seja, é lei o que, por seu arbitrio, quiser o legislador. Certamente, não era esse o alcance que tinha em Rousseau, a sua fonte, mas foi o entendimento geralmente assumido.<sup>30</sup>

Isto serviu ao desenvolvimento do positivismo jurídico, identificando-se o direito com o direito positivo, a lei com a normação positivada pelo legislador.

Reduziu-se então o ideal do Estado de Direito ao formalismo, permitindo que o autor da lei tenda à onipotência. E a lei, ontem sagrada, permanente como o justo, tornou-se objeto de irrisão – a lei, ora a lei - desvalorizada e cambiante.

Um outro desdobramento desse voluntarismo é o surgimento de leis que não visam a exprimir uma visão, qualquer que seja do justo, mas são meros instrumentos de políticas governamentais. E esse fenômeno, combinado com o intervencionismo do Estado-providência, desencadeou a multiplicação de leis – uma inflação legislativa, já se observou.

Ocorre atualmente uma reação contra isso, em nome de um pós-positivismo. Este tende a quebrar o monopólio da lei quanto à expressão do direito, mas lhe falta um ponto de partida sólido e estável, uma visão do Direito como Justiça.

17. Na separação dos poderes, por outro lado, a lei positiva é a pauta da conduta governamental. Na visão tradicional e jurídicista, o Executivo age segundo a lei, o Judiciário julga conforme a lei. Assim, o principal dos poderes é o Legislativo, porque faz a lei. Tal posição a quiseram os positivistas e ainda hoje é pleiteada por muitos idealistas.

O primado do Legislativo, nítido na alvorada do constitucionalismo, alicerçava-se num elemento político. Num momento em que, fora dos Estados Unidos, caso excepcional, o Executivo era o monarca, com seus ministros, era o Legislativo o poder representativo por excelência. Era o poder emanado da nação, ou, como se veio a preferir, com a consagração da ideologia democrática, o poder emanado do novo soberano, o povo.

A prevalência desta visão trouxe – na Europa, ainda na liderança das nações – o parlamentarismo. Com este, o Executivo passou a ser ema-

---

30 *Contrato Social*, Livro II, cap. 3º.

nação do Legislativo, dependente da confiança deste. Logo veio a constituir-se por um gabinete, órgão coletivo formado pela maioria parlamentar.

Este fenômeno ganhou incremento com o desenvolvimento dos partidos e a generalização, depois a universalização do sufrágio. Decorrência disto foi a democratização do Executivo, que tanto como o Legislativo passou a ter raiz, em última instância, na decisão do povo. Mais, como expressão da maioria parlamentar, tornou-se ele naturalmente a cabeça desta maioria, a cúpula política do Estado.

Ora, esse Executivo, mormente quando as crises econômicas o impeliram ao intervencionismo, fez-se Governo. Como tal, para desempenhar suas novas tarefas, no quadro formalista o Estado de Direito, quis fazer a lei. E passou a fazê-la, primeiro disfarçadamente, depois abertamente. É essencialmente esse o quadro que põe o Governo como principal fonte da legislação e até como editor de leis, pudicamente chamadas, seja de decretos-leis, seja de medidas provisórias. Leis que deveriam restringir-se à instrumentalização dos objetivos das políticas governamentais, mas que tendem a estender-se por todos os campos da regulação jurídica. É evidente, porém, que o poder legiferante do Executivo há de ser controlado, preferivelmente, *a priori*, como o é no caso da lei delegada, do que limitar-se a um exame *a posteriori*, muitas vezes já superado pelos fatos, como o é na medida provisória.

A separação dos poderes, entretanto, na versão clássica feneceu. No máximo, sobrevive uma distinção de poderes, com a inequívoca e inexorável preponderância do Executivo-Governo.

18. Insista-se nalguns pontos. A origem democrática do Executivo-Governo o legitima à prevalência no processo legislativo. Mais, a ambiciosa missão contemporaneamente atribuída ao Estado, que se espelha no intervencionismo, reclama que tenha o poder de fazer as leis necessárias à consecução dentro de uma perspectiva de Estado de Direito. As leis-instrumento não podem ter origem senão nele.

Disto, porém, não resulta dever tal poder seja absoluto, isento de controles, quando possível preliminarmente, e, sempre, no *a posteriori*. Para tal controle, são necessários contrapesos, contra-poderes, e para isto são talhados, no aspecto político os Parlamentos, no aspecto jurídico os tribunais. Um regime de liberdade exige, portanto, não apenas eleições livres para a escolha dos governantes, mas também controles

efetivos, pontuais e globais, sobre a atuação destes. Insensivelmente, quiçá, marcha-se para isto.

É preciso, porém, separar o justo do político. O poder do Governo não pode estender-se ao domínio do justo, nem o mesmo processo de legislação deva servir a essas duas finalidades. Certamente, é muito difícil distinguir em casos concretos o que de justiça e o que é de política, mas tal diferenciação deve estar presente na institucionalização estatal.

19. Na atualidade brasileira, na definição do direito prevalece o Executivo, não o Legislativo, contudo avança também nesse campo o Judiciário. Não está aqui uma grande novidade, pois já os juristas clássicos apontavam a jurisprudência dos tribunais como fonte do direito. Nem se trata de fenômeno local, pois manifesta-se pelo mundo afora, notadamente onde se instaurou a Justiça constitucional, e/ou se fez presente a judicialização da política.

Tal legislação judicial é, sem dúvida, estimulada no Brasil por disposições da Constituição de 1988. Por um lado, pela ação de inconstitucionalidade por omissão (menos) e pelo mandado de injunção, que impelem à edição de normas a fim de colmatar omissões legislativas, por outro, pela multiplicação de princípios cogentes que enuncia.

Traz ela consigo dois problemas, pelo menos. Um, o abalo à segurança jurídica. De fato, se, por exemplo, a legalidade está no mesmo plano do que a eficiência, difícil, difficilimo, torna-se antecipar a conduta que há de ser "legal" num momento, ou numa dada matéria.

Outro concerne à democracia. Realmente, não sendo os juizes eleitos pelo povo, não podem invocar a legitimidade democrática. Esta possuem os eleitos para o Executivo e para o Legislativo. Assim, quando o juiz sobrepõe, salvo na hipótese de lacuna, à lei a sua maneira de conceber um princípio está sobrepondo a aristocracia (do saber) à decisão democrática. Isto torna-se abusivo quando diz respeito a políticas públicas, pois – até a designação o sugere – devem ser decididas pelos poderes políticos – Executivo e Legislativo.

#### *Observações finais.*

20. Concluindo esta palestra, vale sublinhar alguns pontos de ordem geral.

Um é o registro de que, no quadro atual, é inexorável e inafastável o predomínio do Executivo-Governo no processo legislativo. Não leva isto a justificar instrumentos como as medidas provisórias, mas recomenda as leis delegadas em seu lugar.

Tal fato, porém, não dispensa um rigoroso controle sobre essa atuação no plano legislativo por parte da representação popular e do Judiciário, cada qual de seu ângulo.

Não é recomendável, por outro lado, que às regras se sobreponham princípios, que ensejam a subjetividade e põem em risco a segurança jurídica. Ademais, a sobreposição judicial dos princípios às regras legais contraria a democracia.

Certamente, os pontos salientados indicam a necessidade de um reequacionamento da separação dos poderes, de uma nova fórmula, mais adequada do que a clássica aos tempos que correm.

21. Em termos relativos especificamente às leis, certamente é impositiva a melhoria de sua qualidade. Por esta entendendo-se, de um lado, sobretudo a clareza e precisão de seus termos, de outro uma avaliação acurada de seus efeitos potenciais.

Nesta tarefa de aprimoramento, ganha importância a legística, que pode para ela muito contribuir, dando índole científica à velha arte de legislar.

SP, novembro 2008.