

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

*Fabiana de Menezes SOARES**

Sumário: 1. Breve introdução à Legística 2.. Legística: um conhecimento sistematizado ainda pouco conhecido no Brasil. 3.Tensões na produção do direito: reflexões sobre a repercussão nos modos de se fazer o direito. 4. Planejamento Legislativo no quadro da racionalização da gestão pública. 5. Apontamentos sobre algumas tendências e questões candentes.

RESUMO

O artigo apresenta a Legística como uma ciência que atua, sob o ponto de vista material, em prol do reforço da faticidade e efetividade da legislação, bem como, sob o ponto de vista formal, otimizando a inteligibilidade e acessibilidade dos textos legais.

Propõe-se que, diante da falta de coerência dos sistemas normativos modernos - problema agravado sobremaneira pela atual fase de intensa proliferação legislativa - a Legística seja chamada a propôr técnicas para a racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas.

Tornando-se um instrumento da gestão pública, a Legística e o Planejamento Legislativo poderão colaborar decisivamente na ampliação do conhecimento e da internalização social do Direito.

RESUMÉ

L'article présente la Légistique comme une science qui opère, sous un point de vue matériel, au profit du renfort de la facticité et efficacité de la législation, ainsi que, sous un point de vue formel, en optimisant l'intelligibilité et l'accessibilité des textes légaux.

* Professora da Faculdade de Direito da UFMG, Mestre em Direito Administrativo, Doutora em Filosofia do Direito. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Teoria da Legislação – Observatório para a Qualidade da Lei – Faculdade de Direito da UFMG. Winning Paper- 7th Congress of the European Association of Legislation “Learning to divide the law’s contents: the lobby as a strategy for a clearer Brazilian legislation” by Fabiana de Menezes Soares e Leticia Camilo dos Santos. Grupo de Pesquisa em Teoria da Legislação – Observatório para a Qualidade da Lei – Faculdade de Direito da UFMG.

On propose que, face à l'absence de cohérence des systèmes normatifs modernes – le problème s'est excessivement aggravé par l'actuelle phase d'intense prolifération législative - la Légistique soit appelée à proposer des techniques de rationalisation du modèle et du rythme de production des normes juridiques.

En devenant un instrument de la gestion publique, la Légistique et la planification législative pourront contribuer de façon décisive à l'ampliation de la connaissance de l'internalisation sociale du Droit.

1) Breve introdução à Legística

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

Teoria ou doutrina da legislação: possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação do conhecimento no âmbito da legislação

Analítica da legislação: conceitos e idéias fundamentais da norma, lei e legislação

Tática da legislação: estudo dos órgãos e procedimentos, métodos com o fim de influenciar e dirigir a produção legislativa

Metódica da Legislação: problematização das dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da Legislação, procurando responder às questões de adequação/razoabilidade, e efetividade das leis (a questão dos direitos fundamentais)

Técnica Legislativa: Regras gerais sobre a elaboração das leis, suas categorias, sua sistemática e sua linguagem

Neste contexto, a Legística atua em duas dimensões que vivem em constante interação, desde a “justificação” do impulso para legislar: a formal e material.

A Legística Material reforça a faticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação, seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas (como por exemplo *check list*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes) que permitam tanto realizar, diagnósticos, prognósticos, mas também

verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e dos resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor . Em termos sintéticos, a avaliação legislativa investiga o seguinte:

Exposição da Situação

Leis existentes

Soluções Possíveis

As vantagens e inconvenientes de cada uma das soluções possíveis

Implicações financeiras

Relações intergovernamentais

Consulta entre os ministérios envolvidos

Consulta e informação aos interessados, grupos e população atendida

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

Ambas as dimensões se interessam pela ampliação do círculo de interlocutores entre as prenoções e representações sociais da realidade que compõe o potencial repertório de normas. Neste particular, o sujeito, seja emissor ou destinatário, que possui uma vontade que a norma ambiciona conformar, mas que escolhe mediante um processo intelectual que realiza a liberdade.

O exercício dessa liberdade necessita de uma relação com o estado, além do mero dever de conhecer a legislação e de não se eximir do seu império. Para tal, é necessário considerar que a aceção da realização da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante da nossa Constituição inclua o aumento do nível escolaridade, o acesso gratuito a informações legislativas (e também àquelas advindas do exercício da liberdade de imprensa), a inclusão de novas mídias para divulgação de direitos e deveres (de uma material melhoria na publicidade oficial), à inclusão digital.

A Legística se debruça sobre um contexto, no qual discussões grassam e expressam fenômenos típicos de nosso tempo onde a legislação (aqui compreendida como conjunto de atos normativos) está em expansão, e muitas vezes concorre para a falta de coerência do sistema normativo, o que culmina por afetar a completude do ordenamento jurídico.

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

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

Nesse processo de densificação normativa, (compreendida como o conjunto de medidas necessárias à plena atuação/incidência de uma dada legislação) nem sempre a implementação da legislação resta justificada, muito pelo contrário, as contradições, ambigüidades se acentuam deixando o sistema normativo instável e por conseqüência, diminuem o nível de segurança jurídica, na medida em que cria incerteza para o emissor/receptor das normas jurídicas quanto ao direito vigente e ao seu teor, em face do esperado diálogo com outras fontes do direito.

Inicialmente, o desafio a ser enfrentado pela Legística inclui de um lado, a adoção de metodologias e técnicas para a racionalização da produção do direito, leia-se planejamento legislativo e de outro a contenção da proliferação legislativa, a adoção de práticas de simplificação e consolidação cujo fim é possibilitar um conhecimento do direito vigente mais aproximado do real, seguido de garantias de que a nova legislação terá um maior grau de efetividade.

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

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

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

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

Fabiana de Menezes Soares

Antes da retomada de uma reconstrução histórico-analítica, faz-se necessário levar em consideração as relações entre Legística e Dogmática ou Ciência do Direito. Conforme Larenz, a ciência do Direito tem como foco o seu aspecto normativo, e assim se ocupa do “sentido” das normas (validade normativa e do conteúdo de sentido das normas de direito positivo).

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

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

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

(MORAND, 1999)

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

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

Neste sentido, a questão da eficácia da legislação aparece lado a lado das medidas de execução e implementação. A adoção, por exemplo, de estratégias de persuasão através de ações para construção de um consenso possível (audiências públicas, negociação legislativa, práticas de lobby regulamentadas, plebiscitos, inclusive os administrativos) são meios para otimizar o nível de eficácia social. Isto significa que durante todo o processo de elaboração e redação, a questão da compreensão e aceitação do ato normativo não deve ser considerada uma questão exclusivamente estilística.

Quanto à eficácia técnica, a elaboração do direito exige uma atenção ao nível de densificação da legislação superior (leia-se lei em sentido formal ou material, vale dizer a criação de normas jurídicas). O excesso de regulamentação ou a sua inexistência, concorrem para o baixo nível de eficácia técnica porque compromete a execução do comando normativo e/ou a implementação de uma nova situação jurídica.

Vale a pena ressaltar que a justificação do impulso para legislar, até então colocada em um plano de considerações metajurídicas, guarda uma estreita conexão com a validade do direito se observarmos que um mínimo de eficácia social é necessária à justificação da relativização da liberdade (em seu sentido ilimitado) operada via Estado. A atividade de legislação custa e deve atingir aos seus fins que por sua vez justificam limitações de toda ordem à conduta humana.

É neste sentido, que a adoção de métodos e técnicas para avaliação de impacto se vale de instrumental de outras ciências como Administração, Economia, Estatística, Sociologia, Legimática e é claro, da teoria geral do direito, numa perspectiva, diríamos, “aplicada”. Estas particularidades estão evidenciadas nas check lists, na modelização causal, na reconstrução da cadeia de fontes do direito, nos sistemas de apoio à decisão.

Este modo de lidar com a problematização da fase pré-legislativa através de mecanismos de racionalização (seja no plano lingüístico ou sob o ponto de vista material) tem como fim orientar o planejamento de ações que visem um efetivo e eficiente planejamento de ações para a execução/implementação da legislação em questão.

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

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

A escolha do conteúdo da lei é um momento de máxima discricionariedade dentre as funções estatais, todavia, o corolário dessa assertiva, não é a desconsideração da comunicação de sentido oriunda da interação entre as fontes do direito (leia-se inclusive a interpretação das aplicações ou sentidos concretos perpetrados pela atividade judicial e administração pública), daí a importância do delineamento da análise do seu impacto dentro do sistema.

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

Todavia, esta percepção não se sustenta mais, por alguns motivos. As normas não se dirigem exclusivamente à vontade porque o ser humano livre é aquele que pensa e escolhe. Portanto desconsiderar o ser humano sem intelecto é o mesmo que lhe negar a liberdade para se autonomizar.

O legislador também é cidadão e exerce uma função em nome de alguém e portanto não pode se erigir em único porta voz de anseios e/ou deva transformar o seu ofício em um fazer incessante de atos normativos sem possibilidade de execução ou

implementação, inclusive gerando expectativas efêmeras quando legisla de forma inconstitucional que obviamente repercutem na esfera das relações pessoal, na ética de cada dia, por vezes reproduzindo padrões de desconsideração do direito. Deve ser ressaltado que sua função fiscalizadora acaba por ser obliterada pela necessidade em exibir uma linha de produção de proposições legislativas.

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

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

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

Em termos práticos, isso significa otimizar a ação estatal no quadro da adoção de uma dada política pública, por exemplo. Como a perspectiva de concretização é a tônica da atividade administrativa, este modo de atuação responde como uma das causas para a relativa facilidade com a qual a administração pública adere às práticas legísticas, em comparação com a inserção de uma cultura legística no legislativo que exige também capacitação do pessoal técnico, sensibilização de quem exerce poder de decisão e sobretudo, modificações no regimento que introduzam a Legística no fazer legislativo.

Pensar sobre a situação-fática-problema em conjunto com as variáveis jurídicas significa evocar uma dimensão de fontes do direito que inclui todas e não exclusivamente as formais e que impõe a consideração da realidade (bem delineada pela modelização causal por exemplo como veremos mais à frente) que por sua vez, completará o programa

de interpretação que evidenciará o sentido e o conjunto de normas que regem e que serão impactadas pela nova legislação.¹

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

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

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

Na produção do Direito, a todo momento, a preocupação com o impacto da nova legislação é recorrente, não obstante os limites da sua racionalização já mencionados por Chevallier, limites estes que se alargam se admitirmos a que o sentido do ato normativo é completado pela realidade social âmbito de sua incidência.

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

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

Contudo, este “direito oficial” conviveu com a experiência jurídica de costumes que variaram, de lugar para lugar, e que tiveram um importante papel na definição da

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

identidade de um dado grupo social. Com o advento do racionalismo e logo depois já nos antecedentes do Iluminismo trariam a discussão da criação do direito, a escolha dos costumes que seriam “formalizados”, para o cerne das profundas mudanças sociais e políticas do século XVIII.

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

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

O racionalismo do séc XVIII culminou também por definir uma outra tensão “o direito velho” x o direito novo provocando a evidenciação dos problemas advindos de uma criação voluntarista do direito que desconsiderasse o elemento histórico.

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

Assim, a importância da lei no quadro da consolidação de um estado de direito materialmente democrático pode ser verificada na elevação da função legislativa como a mais proeminente dentre as três no contexto iluminista e pós revolução francesa.

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

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

Em torno do Código de Napoleão, foi expressa a identidade da cultura e pensamento do povo francês, ainda que fossem os costumes de Paris os norteadores dos

modelos jurídicos consagrados no referido diploma. Um código destinado a todos os franceses que trazia conceitos jurídicos articulados sob a forma de um sistema de normas.

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

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

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

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

A primeira delas através de Filangieri no fim do século XVIII quando sustentou a criação da figura do “censor da lei” encarregado de remediar a multiplicidade de leis e de adaptá-las às mudanças e da introdução da avaliação legislativa como momento chave do desenvolvimento da formação e da entrada em vigor das leis. A outra provem de Bentham, através das suas obras clássicas: *Normografia ou arte de fazer Direito e Princípios de Moral e Legislação* que ainda no Séc XIX , cuja tônica foi a racionalização do conteúdo da legislação, com a utilização da estatística e dos meios para realização do princípio da utilidade (precursor da avaliação prospectiva, análise custo-benefício e legislações experimentais)

Em que pese o valor dos antecedentes históricos no pensamento jurídico sobre a matéria, é de Peter Noll a grande obra de referência que abriu as vertentes de investigação sobre as quais se debruça a doutrina hodierna, datada de 1973, a *Gesetzgebungslehre* sistematizou conhecimentos e metodologias que podem ser colocadas a serviço da

projeção no momento da formação da legislação.(compreendida como ato geral emanado do parlamento, governo e administração).

IV.Planejamento Legislativo no quadro da racionalização da gestão pública

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

Estas concepções de mundo, formas de raciocinar e conceber o direito interagiram no pós guerra com um contexto que colocou em cheque o culto à lei como fundamento último da democracia. Simbolicamente, isto pode ser ilustrado pela legalidade das condutas do aparato estatal do Reich durante a 2º guerra mundial que conduziram os judeus e outras minorias ao holocausto.

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

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

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

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

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

A necessidade de reconstrução de uma Europa devastada colocou em evidência o ideário e um modelo de administração pública fundado na planificação, imprescindível à consecução de resultados que fossem duradouros e eficientes em face das políticas públicas que o legitimam. Em países de common law, como EUA e Canadá a necessidade de propiciar um desenvolvimento econômico que facilitasse a livre concorrência e a satisfação do ideário de um estado de bem estar social motivam adoção do modelo acima referido.

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

Como é sabido, o planejamento engloba dimensões como o diagnóstico/prognóstico de uma situação, além da avaliação das políticas integrantes de um programa de governo com o fim de corrigir rumos e mensurar o grau de cumprimento das ações necessárias à consecução dos objetivos escolhidos. Observa-se, então, uma característica interacional da Legística que se apropriou de metodologias de outras áreas como a Administração e a Economia.

Com o advento das novas tecnologias de informação, a informática foi incorporada no rol de ferramentas para a melhoria dos processos de documentação e decisão relativas à legislação (Legimática). Isto significa tanto a adoção de bancos de dados de atos normativos, mas sobretudo aplicações que permitam o acesso ao direito vigente e a adoção de softwares para a redação legislativa. Vê-se no desenvolvimento de sistemas capazes de identificar revogações implícitas, clara demonstração do potencial da inteligência artificial na área da Legística.

O corolário da necessidade de melhoria no círculo normativo, foi o desenvolvimento do processo de racionalização da produção do direito. Assim sendo, os juízos acerca da oportunidade, razoabilidade e conveniência do impulso para legislar foram levados em consideração, ao lado da reconstrução do cenário jurídico, social, econômico, administrativo (etc.) de incidência da nova legislação.

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

Todos estes instrumentos se inserem na perspectiva da projeção legislativa. Esta se vale de ferramentas de acesso analítico mais direto, como os questionários (sejam mais discursivos como o modelo disposto no Decreto 4176/2002 ou de rápida checagem como os modelos canadenses, por exemplo).

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

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

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

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

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

V Apontamentos sobre algumas tendências e questões candentes

No início dos anos 70, a preocupação com a efetividade das leis ganhou espaço não só nas discussões teóricas sobre a Legislação, mas integrou a agenda política de países desenvolvidos e com democracias consolidadas. Várias questões motivaram a perspectiva da melhoria da lei como motor para a consecução de políticas públicas, dentre elas, a necessidade de um planejamento legislativo, a constatação de que o governo cada vez

mais “legislava” e que a legislação era o braço da implementação de programas. Em termos pragmáticos, isto significou uma atenção à fase “pré-legislativa”: a opção por uma ação “legislativa” deveria considerar os ônus para os cidadãos, empresas e administração pública.

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

Deve ser mencionado também o distanciamento entre a lei e o cidadão provocado por problemas ligados à sua compreensão, o acesso ao texto; até mesmo a incerteza acerca do direito vigente, sobretudo em subsistemas normativos complexos (cujos atos normativos têm fontes, incidências e origens diversas).

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

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

Há mais de duas décadas, progressivamente, uma série de estudos e medidas introduziu práticas com o escopo de melhorar a qualidade da legislação no mundo. Na década de 80 a Alemanha já desenvolvia instrumentos para avaliar o impacto de novos atos normativos para otimizar a sua efetividade e identificar seus possíveis obstáculos, custos e efeitos (especificamente um modelo de check-list lista azul ou *list blu*).

A preocupação com a compreensibilidade da legislação foi objeto de vários estudos publicados na Bélgica, Holanda e Áustria. Na mesma época, em Portugal, um curso sobre a “feitura de leis” foi criado e destinado aos servidores públicos que atuavam na elaboração de atos normativos².

A partir da segunda metade dos anos 70, guias de Redação Legislativa começaram a ser elaborados nos EUA, Reino Unido e Canadá, mais sofisticados, atentos à circulação

² O Curso de Legística Comparada por nós organizado através do NIEPE da Faculdade de Direito da UFMG que contou com a presença de Marta Tavares de Almeida, história viva da Legística em Portugal, Diretora da Revista Cadernos de Ciência da Legislação.

de modelos jurídicos. No caso canadense, por força do seu bilingüismo e bijuridismo, a idoneidade da redação dirigida a culturas diversas se antecipou ao desafio a ser enfrentado alguns anos depois pela União Européia ao desenvolver técnicas era manter o mesmo teor do comando normativo em várias línguas diferentes.

Na década de 90, modelos de avaliação legislativa e de controle de qualidade de atos normativos floresceram no executivo suíço. No Brasil, era publicado o Manual de Redação da Presidência da República, coordenado pelo hoje ministro do STF, Gilmar Mendes, que evidenciou um compromisso com a simplificação dos atos normativos pelo Executivo Federal. Quase dez anos após, em 1999, vem a lume o primeiro decreto que densifica a LC/98 e além de normas sobre Legística Formal.

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

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

Normas foram editadas para contenção da proliferação legislativa por parte da então Comunidade Européia. A Itália introduz no regimento da Câmara dos Deputados, um exame para a qualidade dos projetos de lei (e dos atos normativos do Executivo: “*decreti-leggi*”). Seu escopo é avaliar a simplicidade, homogeneidade, clareza, das proposições legislativas, além da sua eficácia e a reordenação do direito vigente. Por sua vez, o Reino Unido desenvolve técnicas refinadas de Análise de Impacto da Legislação (*IA-Impact Assessment*).

Após dez anos de atraso, é publicada a LC95/98 (elaboração, redação, alteração e consolidação de atos normativos) com detalhes tristemente prosaicos: seu próprio texto contradiz os seus fins e artigos que fixaram prazo para a consolidação foram revogados. O

elaborado decreto 4176/2002 prevê um instrumento para avaliação de impacto dos atos normativos, que vem sendo ignorado pelo executivo, contraditoriamente pródigo na sua atividade legislativa que aumenta o cipoal normativo no qual estamos todos imersos.

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

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

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

A atividade legislativa da Administração Pública é um fato, a expressão da necessidade de criação de condições para a execução e implementação da lei. Todavia, em função de uma ausência de procedimento de legislação regulado, o que se vê é um emaranhado de normas impactadas, que disciplina domínios diversos e que coloca em cheque a completude do sistema.

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

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

Evidentemente estes problemas poderiam ser minimizados se a cultura do planejamento legislativo fosse internalizada na Administração Pública. O mesmo pode se afirmar em relação à melhoria na qualidade da legislação na função legislativa. Dentre

outros fatores, o problema reside no fato de que os regimentos parlamentares, sequer introduziram modificações importantes em decorrência da LC/98, que propiciassem algum avanço expressivo na qualidade dos textos e na otimização da publicidade ou coerência do sistema, sem mencionar o desconhecimento de práticas de avaliação legislativa.

No caso da Itália, o regimento da Câmara dos Deputados criou uma comissão permanente (Art.16 bis,4) cujo fim é a emissão de parecer sobre a qualidade dos textos legislativos no que se refere à sua homogeneidade, simplicidade, clareza e propriedade na sua elaboração, além da sua eficácia para a simplificação e reordenamento da legislação vigente.

Outro exemplo de modificação que atingiu o parlamento e evidencia um necessário diálogo entre legislativo e executivo (talvez mais favorecido no parlamentarismo) podemos mencionar a elaboração de um relatório de impacto (IA-Impact Assessment) no Reino Unido, o desenvolvimento de metodologias de avaliação legislativa na Suíça e os modelos de construção normativa em mais de uma língua (com o desenvolvimento de técnicas para garantia de igual teor e de uma construção compartilhada diante da inexistência de alguma representação jurídica equivalente em culturas jurídicas diversas) como por exemplo, Canadá (que possui nos seus quadros de servidores públicos os jurilinguistas), Suíça e EU.

O Decreto 4176/2002 densificou as regras e princípios da LC 95/98 ao introduzir dentre outras questões de Legística Formal , um instrumento de avaliação de impacto, uma *check list* bastante analítica (em comparação com outras como a *list blu* alemã e do modelo canadense, por exemplo)cujo fim é realizar um diagnóstico da situação-problema e um prognóstico em relação às variáveis de impacto.

Todavia, a eficácia 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.

Mas existe ainda uma questão um pouco mais grave do que a ineficácia do dispositivo, posto que atinge o reconhecimento legal da idoneidade dos atos normativos produzidos a partir da entrada em vigor do decreto.

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

O anexo 1 do decreto, que por sua vez contém a check list incluiu mais uma etapa no procedimento de redação e elaboração dos atos normativos do Executivo Federal. Duas conseqüências decorrem deste fato, a primeira situada no plano dos sujeitos, aos quais os comandos do decreto são destinados, e que não fazem dele uma prática no processo de elaboração e redação. A segunda está no plano das nulidades, visto que a avaliação de impacto integra o procedimento de formação, de tomada de decisão sobre o conteúdo dos atos normativos de competência da Administração Pública Federal.

Toda esta problemática deve ser analisada, também à luz da realidade que demonstra um déficit no cumprimento do princípio da publicidade no que tange os processos de elaboração de atos normativos pelo executivo, ao contrário do procedimento legislativo que pode ser socialmente controlado o que permite iniciativas de interlocução entre legislativo e sociedade.

No Canadá, por exemplo, aqueles processos são públicos, há um momento em que possíveis atingidos (aliás o conceito de “interessado” não é estranho ao Direito Administrativo no Brasil que dele tratou na Lei de Procedimento Administrativo) pela futura legislação podem a ele ter acesso e expressar suas posições sendo protegidos somente os dados sensíveis (*Privacy*).

Como verificamos são muitas as possibilidades e desafios que a atuação da Legística oferece à construção de uma cultura de planejamento legislativo, mas acima de tudo ela pode colaborar no processo de restauração da confiança na efetividade dos atos normativos e na socialização do seu conhecimento e na consolidação democrática. Na dimensão simbólica dos processos de produção do direito a confiança no aparato estatal, especificamente a aproximação entre legislador e cidadão fomenta a crença de que o direito possa ser considerado e não ignorado.