

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Avaliação legislativa no Brasil:
apontamentos para uma nova
agenda de pesquisa sobre o modo
de produção das leis

Legislative Review in Brazil:
Notes on a New Research Agenda
on the Mode of production of
Laws

Natasha Schmitt Caccia Salinas

Sumário

DOSSIER FEDERALISMO

FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 2

Carlos Bastide Horbach

IMUNIDADE RECÍPROCA E FEDERALISMO: DA CONSTRUÇÃO NORTE-AMERICANA À ATUAL POSIÇÃO DO STF 14

Fernando Santos Arenhart

JUSTIÇA FISCAL, PAZ TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES REPUBLICANAS: UMA BREVE ANÁLISE DA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34

Luís Carlos Martins Alves Jr

FEDERALISMO, ESTADO FEDERALISTA E A REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO: UM NOVO CAMINHO PARA O SÉCULO XXI? 52

Antonio Celso Batista Minhoto

EFEITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA NÃO INSTITUCIONALIZADA PARADIPLOMACIA NO BRASIL 66

Gustavo de Souza Abreu

THE MANAGEMENT OF PUBLIC NATURAL RESOURCE WEALTH..... 80

Paul Rose

A (IN)COMPETÊNCIA DO CONAMA PARA EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DE SUA JURIDICIDADE 118

André Fagundes Lemos

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

TEORÍA DE LA PRESIÓN TRIBUTARIA EN BASE A LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL: UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DEL CASO ARGENTINO..... 135

Luciano Carlos Rezzoagli e Bruno Ariel Rezzoagli

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS..... 148

Luís Carlos Martins Alves Júnior

TRIBUTÁRIO - O PARECER PGFN/CRJ 492/2011 E OS EFEITOS DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* 174

Antônio Frota Neves

A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS E DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA 24.781 E 25.116.....	195
Ana Paula Sampaio Silva Pereira	
AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA SOBRE O MODO DE PRODUÇÃO DAS LEIS.....	229
Natasha Schmitt Caccia Salinas	
POLÍTICAS PÚBLICAS, DEVERES FUNDAMENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	251
Julio Pinheiro Faro	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE GUERRA ÀS DROGAS: O ESTADO DE EXCEÇÃO E A TRANSIÇÃO DO INIMIGO SCHMITTIANO AO HOMO SACER DE AGAMBEN	271
João Victor Nascimento Martins	
NEW INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DIGNITY IN INTERNET COMMUNICATION – “INFORMATION BROKER”, “PRIVATE CYBER COURTS” AND NETWORK OF CONTRACTS	282
Karl-Heinz Ladeur	
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO	298
Edilson Enedino das Chagas e Héctor Valverde Santana	
A ATUAL GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SEGUNDO A LÓGICA DE MERCADO E SUA AINDA CARACTERIZAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO	313
Humberto Cunha dos Santos	
EMPRESAS, RESPONSABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL.....	333
Leandro Martins Zanitelli	
O OUTRO E SUA IDENTIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS DE REMOÇÃO E O CASO DOS AGRICULTORES DO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA/RJ.....	350
Andreza A. Franco Câmara	
A LEGITIMAÇÃO DO ABORTO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	364
Terezinha Inês Teles Pires	
JUSPOSITIVISMO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO	392
Guilherme Valle Brum	
A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL NA RIO + 20.....	406
Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar	

O QUE É UMA BOA TESE DE DOUTORADO EM DIREITO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA PRÓPRIA PERCEPÇÃO DOS PROGRAMAS	424
--	------------

Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella

NORMAS EDITORIAIS.....	442
-------------------------------	------------

Envio dos trabalhos:.....	444
---------------------------	-----

Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis

Legislative Review in Brazil: Notes on a New Research Agenda on the Mode of production of Laws*

Natasha Schmitt Caccia Salinas**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar as potencialidades e limitações da avaliação legislativa para instruir o processo de formulação e revisão de atos normativos no Brasil. A avaliação legislativa constitui uma metodologia destinada a analisar atos normativos sob o enfoque dos efeitos que eles produzem na sociedade. Sob essa perspectiva, ao avaliador compete mensurar, com o uso de ferramentas de pesquisa interdisciplinares, a eficácia, a efetividade, a eficiência e o impacto das leis. Desse modo, este trabalho divide-se em quatro partes. Na primeira, serão analisadas as condições sociais, econômicas e intelectuais que propiciaram o surgimento da avaliação legislativa como metodologia fundamental do processo de produção das leis. Em seguida, o artigo examinará a avaliação legislativa na condição de objeto de estudo da “Legística Material.” Essa disciplina, também conhecida como “Metódica da Legislação,” tem por objetivo oferecer técnicas para a formulação do conteúdo propriamente dito das leis, sendo que as ferramentas analíticas dessa avaliação assumem destaque nesse processo. Na terceira parte, serão apresentadas algumas experiências de institucionalização da avaliação legislativa, na qual ela vem sendo adotada oficialmente em algumas jurisdições como mecanismo essencial do processo de produção legislativa. O artigo é concluído com uma análise sobre o modo como pressupostos de “Legística Material” têm sido inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, e a forma como essas premissas vêm sendo aplicadas na prática. Ver-se-á que o uso modesto da avaliação legislativa no Brasil decorre do desconhecimento desse importante instrumento de aprimoramento da técnica legislativa.

Palavras-chave: Avaliação legislativa. Ciência da legislação. Eficácia. Efetividade. Eficiência. Impacto.

ABSTRACT

This article aims to analyze the strengths and limitations of the legislative review process to instruct the development and review of legislative acts in Brazil. Legislative assessment is a methodology designed to analyze normative acts from the standpoint of the effects they produce in society. From

* Recebido em 02/03/2013
Aprovado em 26/03/2013

** Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Master of Laws (LL.M.) pela Yale University. Email: nscaccia@uol.com.br

this perspective, it pertains to the the evaluator to measure, with the use of interdisciplinary research tools, the efficiency, the effectiveness and the impact of laws. Accordingly, this paper is divided into four parts. At first, we analyze the social, economic and intellectual conditions which favor the development of legislative review as a fundamental methodology in the process of law production. The article then examines the legislative review with the perspective of studying “Legistics Material”. This discipline, also known as “methodical legislation” aims to provide techniques for shaping the content of the law itself; in this process the analytical tools used are of paramount relevance. The third part will present some experiences of institutionalization of legislative review where it has been officially adopted in some jurisdictions as an essential mechanism of the lawmaking process. The article concludes by highlighting an analysis of how assumptions of “Legistics Material” have been inserted in the Brazilian legal system, and how these assumptions have been applied in practice. It will be seen that the modest use of legislative review in Brazil stems from the lack of knowledge of this important tool for improving the legislative technique .

Keywords:

1. O RE (SURGIMENTO) DA CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO

Assistiu-se nas últimas três décadas a um crescente e particular interesse acadêmico europeu pelo processo de elaboração da legislação. O marco inicial desse ganho de credibilidade de uma denominada ciência da legislação na Europa, frequentemente mencionado por estudiosos contemporâneos, constitui a publicação, em 1973, da obra de autoria do penalista suíço Peter Noll, intitulada “*Ciência ou Doutrina da Legislação*”.¹

O trabalho realizado por Peter Noll, que ensinou disciplina de mesmo nome na Alemanha, contribuiu para a proliferação de outras iniciativas acadêmicas como o surgimento de núcleos de ensino e pesquisa, tal qual o desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, protagonizado por Charles-Albert Morand e Jean-Daniel Delley.

O surgimento de novas abordagens científicas sobre o fenômeno legislativo, paradoxalmente ocorreu ao mesmo tempo em que o direito e, por consequência, suas fontes, como a própria lei, ingressaram numa situação de crise da qual não se vislumbra nenhuma superação. Ou, em outras palavras: enquanto o direito e a lei predominaram como instituições estáveis, não existiu interesse científico pelos métodos de formação da legislação. Esse interesse surgiu apenas recentemente, num momento em que não mais se crê na segurança e na estabilidade proporcionadas pelo direito e pela lei.²

Morand³ oferece uma explicação para esse paradoxo. Para o autor, os juristas, que sempre assumiram papel privilegiado no cenário de elaboração das leis, nada ou muito pouco fizeram para desenvolver métodos que guiassem a ação de legislar. O positivismo jurídico teria afastado os juristas de uma abordagem científica acerca do processo de elaboração das leis, interrompendo a continuidade de estudos sobre legislação que foram realizados durante o Iluminismo.⁴ Com essa ruptura, os esforços concentraram-se no desenvolvimento de uma metodologia para inter-

1 Há discussões terminológicas a respeito da melhor tradução para *Gesetzgebungslehre*, título da obra de Peter Noll. João Caupers observa, no entanto, que Noll utilizou ao longo de sua obra as expressões *Gesetzgebungslehre* e *Gesetzgebungswissenschaft* indistintamente, sendo que a tradução da última corresponde indiscutivelmente à expressão *ciência da legislação*. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodologia da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 8.

2 CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação**. jan-mar. 1992, p. 9-10.

3 MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Société**, n. 10, 1988, p. 391.

4 No que diz respeito aos trabalhos sobre legislação realizados no final do século XVIII, Morand (1999, p.23-27) destaca as obras de Montesquieu (*De l'esprit des lois*), J. Bentham (*Nomography or Art of Inditin Law*) e G. Falangieri (*La Scienza della Legislazione*). Caupers (2003, p. 16-17), além das obras mencionadas por Morand, faz remissão ao *Tratado da Lei*, da obra *Summa Theologica*, de São Tomás de Aquino, bem como ao trabalho de Karl Salomo Zachariae Von Lingenthal, intitulado *Wissenschaft der*

pretar e aplicar as leis, esquecendo-se do aperfeiçoamento de métodos para sua criação. Isso se explica pelo fato de que, ao processo de elaboração das leis, os juristas atribuíram um *status* puramente político, diferente do tratamento conferido às ações de interpretação e aplicação legislativa tidas como exclusivamente jurídicas. Nesse cenário, a legislação “jamais foi concebida como um ato de conhecimento que seria legitimado por sua qualidade ou pelos resultados que produz”,⁵ pois a lei estaria estritamente calcada na observância de procedimentos democráticos previamente estabelecidos, entendidos como os únicos requisitos de legitimidade dos atos legislativos.

Nesse contexto, torna-se compreensível que alguns autores tenham hesitado inicialmente em se valer da expressão “ciência da legislação,” preferindo o uso do termo “a arte de legislar” ou a “arte de fazer leis”, para não se comprometerem com a atribuição de natureza verdadeiramente científica às investigações acerca do fenômeno legislativo.⁶

A crescente valorização da qualidade da ação normativa surge num contexto de inflação legislativa, em que os governos, “incapazes de atingir seus objetivos sociais, acabam por sofrer uma pressão maior no sentido de recorrer à regulação da atividade privada, para atingir os efeitos pretendidos”.⁷ Com a crise do Estado intervencionista, a lei perdeu seu caráter sistemático, revelado insuficiente para tratar de uma realidade altamente cambiante. É justamente nesse contexto que surgirá um movimento de racionalização inteiramente novo para o percurso de elaboração das leis.

Sobre esse movimento de racionalização da produção jurídica, surgida nas últimas décadas, é possível identificar posicionamentos céticos que, em essência, consideram que o fortalecimento dessa ciência reduz o direito a mero instrumento de outros ramos científicos, contribuindo assim, para o declínio da própria ciência jurídica.

Chevallier⁸ afirma que essa nova racionalidade transforma as regras de direito em técnicas operacionais de gestão, criadas a partir de rigorosos métodos de elaboração e revisão normativa que, em última instância, verificarão se as normas produzem ou estão aptas a produzir plena eficácia. Enfatiza este autor, no entanto, que:

[...] longe de caminhar no sentido da restauração da racionalidade jurídica tradicional, a racionalização dos processos de produção legislativa não faz mais do que confirmar e acentuar o seu declínio: não só porque demonstra que a norma jurídica se vê 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.⁹

Entre nós, Nunes Leal¹⁰ já observava, na década de 40, o descompasso entre ciência jurídica e o processo de elaboração das leis:

O legislador vai se tornando cada vez mais independente, não só dos chamados direitos naturais, mas também das próprias conquistas da ciência jurídica, que tem de apressar o passo para acompanhar a lei e rever, em função dela, as suas categorias e os seus sistemas. Esse quadro do mundo moderno é bastante desolador para os juristas, que cada dia mais se convencem de que o essencial são os propósitos do legislador, o seu desejo honesto de prover o bem comum, na medida em que a lei o pode fazer. Mas, mesmo quando tais intenções existam, podem ser frustradas, caso se exprimam por instrumentos imperfeitos e inadequados. Que os juristas aperfeiçoem os

Gesetzgebung.

5 MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Société**, n. 10, 1988, p. 391.

6 Caupers menciona como exemplo o título da obra de Dominique Rémy, intitulada *Légistique. L'art de faire des lois*, Paris, 1994 e também do uso da expressão ‘gesetzgebend’, sinônimo de “arte da legislação”, pelo autor Herman Hill (Bermühungen zur Verbesserung der Gesetzgebung, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, n. 1-96, 1993, p. 19 e segs). O autor também faz referência, à obra *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, de Rodolfo Pagano. 2.ed. Londres: Sweet and Maxwell, 1990. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da Legislação. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 9-12.

7 COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 107.

8 CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação**. jan-mar. 1992, p. 9.

9 Idem, p. 9.

10 LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 32.

instrumentos, ficando aos políticos a tarefa de melhorar as intenções. E também colaborem os juristas no ofício dos políticos, na medida de suas forças e inclinações.

Levando em consideração as forças dos grupos de pressão e as influências políticas que cercam o processo decisório inerente à produção legislativa, as quais não se enquadram nos processos racionais e científicos propostos pela *ciência da legislação*, as limitações dos estudos sobre produção legislativa parecem óbvias. O fortalecimento de uma *ciência da legislação* não se destina, por essa razão, a superar os contingentes irracionais da produção legislativa. Esta visa, tão somente, a encarar tal contingência com certa dignidade.¹¹

Demais disso, a *avaliação legislativa*, que constitui instrumento fundamental da elaboração de conteúdos normativos, não tem sido defendida apenas por aqueles que acreditam na elaboração racional das leis. Outros motivos justificadores da importância da *avaliação legislativa* têm sido suscitados, tais como, o uso político estratégico que pode fazer dela minorias parlamentares, no sentido de reintroduzir periodicamente na ordem do dia políticas não consagradas pelo texto original da lei aprovada, ou bases parlamentares que pretendem acelerar a tomada de decisão política, contrabalançando a falta de consenso sobre o projeto com a promessa de avaliação.¹² Além dessa função estratégica, menciona-se também a função legitimadora da *avaliação legislativa*: esta pode conduzir à “[...] obtenção de apoio público a um ato normativo, na medida em que oferece a oportunidade de se expressarem livremente objeções e críticas”.¹³

Os pressupostos dos trabalhos sobre a legislação que ressurgiram a partir da década de 1970, distinguem-se dos trabalhos de hermenêutica e da teoria da decisão jurídica. Atienza¹⁴ observa que a principal diferença entre dogmática jurídica e técnica legislativa¹⁵ diz respeito ao fato de que a primeira encara as leis como um dado, um material pré-existente que deve ser utilizado para obter a otimização da interpretação e aplicação do direito, ao passo que a segunda toma igualmente como dado as normas jurídicas já existentes para, por meio das necessidades sociais, das exigências da linguagem jurídica e de várias outras condições, conseguir obter a otimização da produção de normas por parte do legislador e de certos órgãos administrativos. Essas exigências, tanto de ordem prática como teórica, obviamente buscam em outras áreas do conhecimento como, a linguística, a teoria da comunicação, a sociologia e a ciência da administração os pressupostos para a solução de seus problemas.

A esse respeito, torna-se importante frisar que alguns autores defenderam um redimensionamento da ciência jurídica, procurando inserir a complexidade do fenômeno legislativo no campo do direito ou da metodologia jurídica.¹⁶ posições, frise-se, são minoritárias, pois a “larga maioria dos mais distintos cultores da ciência jurídica jamais aceitaria tal extensão, que considerariam descaracterizadora da ciência jurídica e do método jurídico”.¹⁷

Compreende-se, nesta ordem de idéias, que não seja fácil encontrar o lugar adequado para uma *ciência da legislação*: esta não se destina a possibilitar a compreensão da lei mas, sim, a compreensão das condições e técnicas adequadas à produção das leis, de boas leis, de leis eficazes. O seu objeto não é a lei enquanto norma, mas o *fenômeno legislativo* em toda a sua extensão.

11 “Os mestres e autores que se ocupam da matéria não se iludem quanto ao seu alcance. Na fase de preparação, na de decisão parlamentar, como na de aplicação, os interesses se afrontam e as consequências resultam do jogo de forças existentes. A aplicação do Método Legislativo não vai transformar semelhante contingência. A disciplina seria, antes, um ponto de referência, uma espécie de chamada às exigências da razão, um olhar crítico e vigilante do jogo das forças sociais.” PRATES, Terezinha M. L. Método legislativo, uma nova disciplina? **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n. 06, set. 1993, p. 37.

12 VOERMANS, Wim. Avaliação da legislação nos Países Baixos. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 67-68.

13 Idem, p. 68.

14 ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

15 O autor atribui a natureza de *técnica jurídica* tanto à *dogmática jurídica* quanto à *técnica legislativa*, já que ambas incidem sobre momentos ou aspectos distintos da realidade jurídica.

16 Caupers observa que defendem a posição de enquadramento do fenômeno legislativo no campo da ciência jurídica Werner Maihoffer e Jean Carbonnier, e no campo da metodologia, Héctor Fix-Zamudio (Metodologia, docência e investigación jurídicas, 4. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1996). CAUPERS, João, op. cit., p. 7.

17 Idem, p. 7.

Sem adentrar na referida discussão acerca do caráter autônomo da ciência da legislação, fato é que esta comporta hoje uma série de disciplinas com diferentes métodos e objetos de estudo. Dependendo da disciplina, os profissionais com formação estritamente jurídica têm relativa contribuição a oferecer ao estudo sobre a criação da legislação, revelando-se, muitas vezes, incapazes de operar com outras áreas do conhecimento que lhe são imprescindíveis como, a sociologia, a linguística e a teoria da comunicação.

As disciplinas ou ramos da *ciência da legislação* têm objetivos variados: ora possuem caráter mais abstrato e conceitual, destinando-se ao refinamento de teorias, ora se concentram no aperfeiçoamento de diferentes técnicas, visando à solução de problemas práticos. Além disso, as abordagens teórica e técnica podem incidir tanto sobre o conteúdo, quanto sobre a forma da legislação.

Mader, professor suíço e autor de trabalhos de contribuição significativa sobre *avaliação legislativa*, identifica oito áreas específicas que se destinam a explicar e instrumentalizar a ação de elaboração legislativa. São elas:

- (i) *Legística Material ou Metódica Legislativa*: preocupa-se exclusivamente com o conteúdo da legislação. Propõe um metódico caminho de elaboração de conteúdos normativos e utiliza-se de ferramentas práticas¹⁸ facilitando os diferentes passos ou fases deste enfoque metódico.
- (ii) *Legística Formal*: preocupa-se com aspectos formais da legislação, com diferentes tipos de atos normativos, com a sua estrutura formal etc.
- (iii) *Redação Legislativa*: diz respeito a aspectos lingüísticos da legislação, a maneira de expressar conteúdos normativos por textos normativos;
- (iv) *Comunicação Legislativa*: a publicação de textos normativos, ou mais genericamente, a maneira de comunicar conteúdos normativos, incluindo uma grande quantidade de informação sobre legislação, não apenas a publicação oficial;
- (v) *Processo Legislativo*: o processo de elaborar, editar e implementar a legislação segue regras procedimentais de vários tipos ; essas regras influenciam em certa medida a qualidade formal e material da legislação;
- (vi) *A Administração de Projetos Legislativos*: a preparação da legislação pode ser vista como uma tarefa pela qual os princípios e técnicas de administração de projeto são aplicáveis;
- (vii) *Sociologia da Legislação*: o processo político precedente à edição da legislação, a implementação do processo e os efeitos da legislação são importantes campos dos estudos sociológicos e constituem um elemento essencial dos estudos sobre a elaboração da legislação;
- (viii) *Teoria da Legislação*: consideração sobre o papel ou função da legislação como um instrumento de controle social pelo Estado.¹⁹

Por sua vez, Morand,²⁰ acompanhando a doutrina francesa, classifica toda a sorte de estudos sobre a formação da legislação em apenas dois segmentos ou disciplinas: a *Legística Material* e a *Legística Formal*. A *Legística Material* se ocupa do processo de produção legislativa em suas diferentes etapas, fornecendo a cada uma delas ferramentas que visam incrementar a eficácia das leis, ao passo que a *Legística Formal* analisa as leis enquanto sistemas de comunicação, fornecendo princípios destinados ao aprimoramento dos textos legislativos, os quais também serão aplicados a diferentes etapas de emissão da mensagem.

Independentemente da classificação adotada, os autores coincidem no entendimento de que profissionais com formação estritamente jurídica parecem ter melhor desenvoltura para aquelas disciplinas mais atentas a aspectos formais da feitura das leis. Nesse sentido, Mader observa que:

Para lidar com aspectos materiais ou substanciais do trabalho legislativo, advogados, ao menos advogados com formação jurídica tradicional, não parecem ser melhores preparados do que quem quer que seja. Entretanto, a predominância desses profissionais e a posição privilegiada que ocupam na fase de redação do processo legislativo tem lhes conferido particular responsabilidade pelos aspectos materiais da legislação (tradução nossa).²¹

18 Fornecidas pelo desenvolvimento de algumas das demais disciplinas acima descritas, como a sociologia da legislação.

19 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001, p. 119.

20 MORAND, Charles-Aubert. Éléments de légistique formelle et matérielle. In: MORAND, Charles-Aubert (Org). *Légistique Formelle et Matérielle*. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1999, p. 18-45.

21 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001,

Essa responsabilidade varia sensivelmente de país para país, dependendo do avanço da *ciência da legislação* em cada Estado. Países como França, Itália e Inglaterra privilegiam a técnica legislativa ou *Legística Formal*, ao passo que as já mencionadas Alemanha e Suíça constituem centros de produção em *Legística Material*.²²

2. LEGÍSTICA MATERIAL OU METÓDICA DA LEGISLAÇÃO

A disciplina *Legística Material, ou Metódica da Legislação*²³, corresponde a um ramo da *Ciência da Legislação* que se propõe a desenvolver os preceitos metodológicos para cada uma das etapas do processo de elaboração do conteúdo das normas jurídicas, diferenciando-se da *Legística Formal*, que se ocupa da sistematização, da redação e da comunicação legislativa.

Questões como clareza e precisão da linguagem, articulação do discurso normativo, objetividade e inteligibilidade da lei não são objeto de estudo da *Metódica da Legislação*. Observa-se, no entanto, que, embora as regras e princípios balizadores dessa disciplina distanciam-se da *Legística Formal*, ambas constituem disciplinas ecléticas que se utilizam de conhecimentos e técnicas desenvolvidos por outras ciências. Ver-se-á, no entanto, que apenas na *Metódica da Legislação* a sociologia ocupa papel central.²⁴

2.1 etapas do percurso legislativo

A *Metódica da Legislação* é formada por regras da experiência aplicadas ao nascimento da legislação. É constituída, na verdade, por meta-normas – normas sobre a produção de normas. As principais regras que compõem o percurso de produção das leis, também denominado *iter legislativo*, incluem:²⁵

- i) identificação e definição de um problema cuja solução é atribuída à ação legislativa;
- ii) determinação dos objetivos da legislação;
- iii) definição dos meios potencialmente aptos a gerar os efeitos pretendidos pela legislação e das alternativas diversas para a solução do problema;
- iv) *avaliação legislativa* prospectiva ou *ex ante*, consistente na averiguação da capacidade de os possíveis efeitos a serem produzidos pela legislação serem aptos a realizar os fins declarados ou implícitos da legislação.

p. 120.

22 O fato de haver uma predominância de produção científica em uma determinada área não quer dizer que não haja iniciativas válidas para o desenvolvimento da outra. Ver-se-á que, mesmo países com pouca tradição em *Metódica da Legislação* têm introduzido experiências de institucionalização da *avaliação legislativa*, ainda que a produção acadêmica nessa seara não tenha se desenvolvido na mesma intensidade.

23 A expressão *Metódica da Legislação* é traduzida nas línguas inglesa, francesa e portuguesa, respectivamente, por *legislative method*, *méthode législative* e *metódica da legislação*. O termo, que hoje é sinônimo da expressão *Legística Material*, traduz-se mais adequadamente pela expressão *metodologia a adotar para a elaboração da lei*. Neste trabalho, optou-se por utilizar indistintamente as expressões *Metódica da Legislação* e *Legística Material*. Morand observa que “[...] o termo *Metódica da Legislação* fora, entretanto, mal escolhido, porque transmitia a impressão de que a disciplina não oferecia nada além de prescrições, receitas para melhora a qualidade da legislação. O termo não valoriza devidamente os aspectos cognitivos da disciplina.” MORAND, Charles-Aubert. *Éléments de légistique formelle et matérielle*. In: MORAND,

Charles-Aubert (Org.). *Légistique formelle et matérielle*. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D’Aix Marseille, 1999, p. 18. Dessa forma, o autor considera apropriado o uso da expressão *Metódica da Legislação* apenas quando se estiver referindo aos métodos propriamente ditos da legística. Em Portugal, no entanto, o termo *Metódica da Legislação*, assim traduzido por Joaquim Gomes Canotilho, permanece sendo o mais adotado.

24 Sem prejuízo de outras ciências oferecerem contribuições de destaque, como a economia, para a análise da eficiência, e a psicologia, para o estudo dos comportamentos etc.

25 A relação das principais etapas do *iter legislativo* foi extraída da leitura das seguintes obras: ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 64-71; MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001, p. 120-121. MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. *Droit et Société*, n. 10, 1988, p. 393; MORAND, Charles-Aubert. *Éléments de légistique formelle et matérielle*. In: MORAND, Charles-Aubert (Org.). *Légistique formelle et matérielle*. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D’Aix Marseille, 1999, p. 17-45.

- v) escolha do meio ou solução legislativa que será submetida à votação;
- vi) implementação da lei;
- vii) *avaliação legislativa* retrospectiva ou *ex post*, consistente no exame dos reais efeitos produzidos pela legislação e na sua comparação com os objetivos declarados ou implícitos da legislação;
- viii) adaptação, se necessária, da legislação com base na *avaliação legislativa*.

Para cada uma das etapas acima indicadas, regras deverão ser observadas para que se possa atingir o resultado almejado, que é o de produzir uma legislação de melhor qualidade, viável, do ponto de vista operacional, e equilibrada, no tocante aos interesses de seus destinatários.

A primeira etapa consiste na identificação e na definição de um problema que se pretende solucionar com a edição de um ato normativo. Há que se distinguir, nesse particular, o *impulso legislativo* da *competência legislativa*. Embora ambos se destinem a definir o problema que receberá tratamento legislativo, o primeiro se distingue do segundo por se originar da própria sociedade, por ser provocado por pessoas, por entidades ou por grupos diversos, que exercem o direito de petição ou pressionam o órgão competente para a tomada da decisão legislativa. Já o órgão com competência legislativa é aquele que exerce a iniciativa legislativa por meio de uma determinação constitucional, podendo ou não agir em consonância com o *impulso legislativo* referido.

A segunda etapa do percurso legislativo consiste na determinação dos objetivos da legislação, em que o legislador ou editor de atos normativos deverá identificar com precisão o que pretende alcançar com a medida proposta. Essa ação do percurso legislativo condicionará as estratégias a serem adotadas em todas as etapas seguintes. Para se identificarem os meios aptos a solucionar os problemas inseridos na pauta legislativa, torna-se necessário ter clareza de seus fins. A indefinição ou imprecisão nas definições dos objetivos da legislação enseja, portanto, um rompimento na racionalidade de todo o processo de elaboração normativa.

Nessa etapa será ainda necessário averiguar também a *possibilidade*, a *necessidade* e a *oportunidade* de um ato normativo. Por *possibilidade* entende-se a viabilidade de uma lei para solucionar problemas. A esse respeito, verifica-se que há fatores de ordem natural, econômica e jurídica que inviabilizam uma lei de solucionar certos problemas. Nesses casos, é possível identificar de antemão a incapacidade de uma lei de atingir os objetivos almejados pelo legislador. Em outras situações, a lei poderá até ser *possível*, porém não será *necessária*, em face de alternativas que permitam o alcance dos objetivos pretendidos sem a necessidade de intervenção do legislador. Por fim, uma lei poderá ser *possível*, *necessária*, porém o momento de legislar poderá não ser *oportuno*. “A *inoportunidade* decorrerá de dificuldades conjunturais insuperáveis em articular e compatibilizar os objetivos da lei com os objetivos de outras intervenções legislativas ou políticas”.²⁶

A terceira etapa consiste na determinação do conteúdo material da lei. O legislador se vê, nesse momento, empenhado em eleger os instrumentos técnicos que considera mais adequados para a realização dos objetivos por ele estabelecidos e deve se perguntar, portanto, se é preferível impor uma conduta por meio de *prescrições*, ou instituir *estímulos* que a favoreçam. O formulador da legislação deverá também se perguntar se deve proibir uma conduta de um particular, ou instituir *intervenções administrativas* que regulem sua atividade. Deverá também avaliar se um serviço deve ser desempenhado por entidade pública, ou se ele e poderá ser desempenhado por uma entidade privada, por meio de um *contrato administrativo* ou de um instrumento congênere. O legislador deve ater-se também ao problema da *densidade da lei*. A lei será mais densa quando se optar pela normatização de comportamentos de forma clara e precisa, em situações em que se prima por absoluta segurança jurídica, como no caso do direito penal. Em outras situações, a lei será mais fluida, de modo a preservar a “flexibilidade das relações jurídico-privadas ou variabilidade dos interesses públicos que à administração pública cumpre prosseguir”.²⁷

Nessas situações, que são meramente exemplificativas, o legislador deverá conscientizar-se acerca das vantagens e desvantagens de cada um dos instrumentos que detém a seu dispor. Obviamente, essa avaliação dos prós e contras de cada instrumento não pode vir desacompanhada de uma consideração acerca de sua inserção no orde-

26 CAUPERS, João, op. cit., p. 34.

27 Idem, p. 39.

namento jurídico. Essa é uma das razões, inclusive, pelas quais ensinamentos de *Metódica* sugerem que o legislador deva formular várias alternativas possíveis para a solução de um problema, de modo que, no momento da decisão legislativa, seja possível sopesar as vantagens e as desvantagens de cada uma. Pode ser que uma solução jurídica tenha grandes méritos do ponto de vista operacional, porém não guarde nenhuma harmonia com o ordenamento jurídico vigente, o que poderá trazer mais prejuízos do que benefícios para a adoção dessa opção legislativa.

A quarta etapa de *Metódica da Legislação* corresponde à *avaliação legislativa* prospectiva ou *ex ante*, que consiste em prever as consequências da lei, antes de sua entrada em vigor, com o auxílio da melhor informação possível sobre os problemas que se pretende solucionar com a intervenção normativa.²⁸

Historicamente, essa foi a primeira modalidade de *avaliação legislativa* utilizada na Alemanha,²⁹ assumindo hoje grande importância para a tomada de decisão legislativa em diversos países.

Duas análises apontadas por Caupers³⁰ são essencialmente importantes para *avaliação legislativa ex ante* ou prospectiva. A primeira delas é a verificação das condições adequadas para que a lei produza seus efeitos. A lei pode ser condição necessária, porém, não suficiente, para que os objetivos estabelecidos pelo legislador sejam atingidos. Nesse sentido, Caupers aponta três fatores que podem contribuir ou inviabilizar a produção de efeitos de uma lei: (i) recursos financeiros; (ii) infraestrutura técnica; (iii) capacitação e treinamento dos funcionários que velarão pelo cumprimento das normas legais.

A segunda questão a ser enfrentada na *avaliação legislativa ex ante* diz respeito à antecipação das reações dos destinatários da lei. O legislador, ao instituir uma medida interventiva, terá de se perguntar se o destinatário não encontrará meios de dissuadir do cumprimento da norma. É comum, por exemplo, o aumento de alíquotas tributárias provocar o efeito inverso do esperado: ao invés de o aumento da alíquota contribuir para uma maior arrecadação financeira, aquela pode estimular a sonegação, em razão da baixa probabilidade de se fiscalizar e sancionar o sonegador.

Uma vez concluída a avaliação legislativa prospectiva, introduzem-se no projeto de lei as alterações que porventura ela tenha recomendado, de modo a se estabelecer um texto final que deverá ser submetido à aprovação dos órgãos detentores da competência legislativa, o que corresponde à quinta etapa do percurso de elaboração das leis.

A sexta etapa diz respeito ao que se denomina implementação ou *enforcement* da lei. Por implementação da lei entende-se um conjunto de ações destinadas a motivar os destinatários da lei a obedecer-lhe. Caupers observa que é muito comum uma lei nova necessitar de implementação por parte de uma entidade pública já existente ou instituída pela própria lei. Em outras situações, a nova lei exigirá, como condição de implementação, agentes com preparação técnica específica. Por fim, dentro do escopo da *implementação da lei*, encontram-se também as ações de *marketing*, visando a persuadir os destinatários da norma de sua importância e vantagens em observá-la.³¹

Concluídas as etapas acima descritas, é preciso que haja um controle da qualidade da lei que já se encontra em vigor, em que se procurará identificar: (i) se a norma produziu os efeitos pretendidos pelo legislador; (ii) se os objetivos previstos para a legislação foram atingidos total ou parcialmente; (iii) se foram produzidos outros efeitos, não previstos e nem pretendidos; e (iii) as causas determinantes da produção dos efeitos não esperados. Tal controle recebe a denominação de *avaliação legislativa retrospectiva* ou *ex post*.

Para que a *avaliação legislativa retrospectiva* possa identificar as respostas para as questões acima mencionadas, Caupers ressalta a necessidade de que sejam realizadas análises comparativas: (i) entre o que deveria ter acontecido – para que os objetivos fixados tivessem sido atingidos – e o que realmente aconteceu; e (ii) entre a situação anterior à data da entrada em vigor da norma e a situação atual.³²

28 Idem, *ibidem*, p. 41.

29 KARPEN, Ulrich. Avaliação legislativa – a experiência alemã. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 11.

30 CAUPERS, João, *op. cit.*, p. 42-46.

31 Idem, p. 48-49.

32 CAUPERS, João, *op. cit.*, p. 48.

Note-se que a *avaliação legislativa* pode se restringir em identificar se os efeitos da legislação foram ou não atingidos, o que demandará uma análise de sua *eficácia e efetividade*, bem como poderá mapear todas as consequências decorrentes da aplicação de um determinado instrumento normativo, o que implicará em uma avaliação de seu *impacto*.

Descritas todas as etapas do processo de elaboração legislativa, observa-se que a *avaliação legislativa* faz parte e depende de toda essa engrenagem construída pela *Metódica da Legislação*. Para que a *avaliação legislativa* cumpra seus objetivos, consistentes em analisar os efeitos e os impactos produzidos pela legislação, é preciso que sejam conhecidos os objetivos de uma lei, os problemas que ela pretende solucionar, e os meios escolhidos para que tais finalidades sejam alcançadas.

2.2 Racionalidade da metódica da legislação

Cada uma das etapas acima descritas comporta uma série de regras e de princípios cuja racionalidade se distancia daquela aplicável às regras e aos princípios de uma teoria do direito tradicional. Segundo essa teoria, a racionalidade do direito seria pressuposta, ou seja, a lei é considerada racional desde que decorra de um modelo lógico-pressuposto. Para a *Metódica da Legislação*, no entanto, não basta que a lei tenha sido elaborada mediante regras de processo legislativo e que se coadune com os princípios e regras do ordenamento jurídico. A lei, para ser considerada legítima, tem de servir, de fato, aos propósitos para os quais foi elaborada.

As regras de *Metódica da Legislação*, dessa forma, assumem uma função eminentemente instrumental. Toda elaboração ou adequação de conteúdo a ser aplicada em qualquer uma das etapas do *iter* legislativo acima descrito deve, tão-somente, garantir que a legislação que se pretenda elaborar ou revisar constitua meio adequado para a realização de certas finalidades.

Nesse sentido, a *avaliação legislativa retrospectiva* constitui a “trave mestra do movimento de racionalização”³³ do fenômeno legislativo, a peça principal do modelo analítico oferecido pela *Legística Material*, já que ela é indispensável para se averiguar se uma lei produz, de fato, seus efeitos, e se, portanto, pode ser considerada legítima.

Não cabe, dentro do escopo dessa disciplina, avaliar se os fins declarados ou implícitos de uma determinada legislação são bons ou ruins. Exemplo emblemático é o da lei que tenha sido editada apenas para uso simbólico, ou seja, que possua finalidade (implícita) de que seus destinatários não cumpram a conduta prescrita.³⁴ Sob a perspectiva estritamente instrumental, o uso simbólico da lei não é *per se* irracional. Irracional, sob essa ótica, seria o cumprimento pelos destinatários de uma norma que tenha sido editada com a finalidade – reitera-se, implícita –, de que a norma não seja cumprida, e que, portanto, não exerça nenhum tipo de controle ou transformação social.

Na tentativa de desmistificar as vozes que procuram desqualificar a racionalidade instrumental das etapas de elaboração das leis, que denunciam um caráter perverso das técnicas legislativas, Atienza³⁵ oferece uma visão abrangente da teoria da legislação, em que o processo de elaboração legislativa seria, em última instância, testado em um nível de racionalidade material - e não mais instrumental - a lhes garantir fundamento ético.

Sendo assim, após definidos os problemas e os meios aptos a solucioná-los por meio da edição de uma determinada lei, há que se perguntar se tal instrumento normativo, cuja necessidade se reconhece, é justo, “procedendo a uma composição equilibrada dos interesses em jogo”.³⁶

33 CHEVALLIER, Jacques, op. cit. p. 18.

34 Um exemplo de lei cujos efeitos almejados pelo legislador são inteiramente simbólicos é a norma constitucional sobre o salário mínimo, cujo valor teria de atender às necessidades sociais vitais do trabalhador e de sua família com moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (Art. 7º, IV da CF). Esse comando normativo tem um significado simbólico importante, que é o de *garantir* o salário mínimo pela Constituição Federal.

35 ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 39-40.

36 *Idem*, p. 40. Canotilho também incluiu no âmbito da metódica da legislação a análise da justiça da decisão legislativa antes que esta seja concluída. CANOTILHO, Joaquim Gomes. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação. **Cadernos de Ciência**

O autor observa, no entanto, que esse nível de racionalidade da teoria da legislação cumpre uma função mais negativa do que construtiva, na medida em que a racionalidade ética, diferentemente das demais racionalidades, não se vale de nenhuma técnica legislativa específica, como se observa do texto transcrito, *in verbis*:

A racionalidade ética – à diferença de outros níveis de racionalidade – não gera nenhuma técnica legislativa específica: não há nenhum procedimento para atingir, com o apoio das leis, a liberdade, a igualdade e a justiça fora das técnicas de caráter eminentemente instrumental. O único instrumento de que dispõe a ética é um discurso moral, mas justamente se trata de um instrumento que se desnaturaliza se for utilizado para obter finalidades (fins perlocucionários) que vão além do próprio discurso (tradução nossa).³⁷

Dessa forma, ao contrário do observado em cada etapa do processo de elaboração legislativa acima referido, que desenvolveu metodologia própria consistente num conjunto de técnicas a serem oportunamente descritas neste trabalho,³⁸ não há técnica ou caminho a ser percorrido para que os fins preconizados pela legislação justifiquem-se eticamente. Caberá ao legislador, portanto, apenas verificar se os fins que atribuiu à legislação não são imorais ou ilegítimos em face de determinada teoria ética.

3. AVALIAÇÃO LEGISLATIVA RETROSPECTIVA

Embora a *avaliação legislativa*, conforme já observado, esteja intimamente relacionada com as outras etapas do processo metódico de elaboração das leis, este tem recebido, nas últimas duas décadas, *status* de uma disciplina autônoma.

Serão apresentadas, a seguir, as principais questões concernentes a essa disciplina.

3.1 Tipos de avaliação legislativa

A *avaliação legislativa*, conforme já antecipado, pode ser empreendida para identificar tanto os *efeitos* quanto os *impactos* decorrentes da aplicação de uma legislação.

Por *efeitos*, entendem-se aqui somente as conseqüências pretendidas pelo legislador, ao passo que os *impactos* representam todas as conseqüências decorrentes da aplicação de uma legislação, ainda que não previstas ou pretendidas por quem a formulou. No tocante aos *efeitos* da legislação, este pode ser avaliado sobre três critérios específicos: a efetividade, a eficácia e a eficiência.

A eficácia constitui a observância dos destinatários de uma determinada norma ao comportamento esperado pelo legislador. Mader³⁹ salienta que, no exame da eficácia de uma norma, duas questões necessitam ser respondidas: 1) se, do ponto de vista externo, os destinatários se comportam de acordo com o esperado pelo legislador; e 2) se o comportamento dos destinatários pode, de fato, ser atribuído à norma avaliada.

Observa-se que a eficácia não equivale necessariamente à obediência do destinatário da lei ao enunciado da norma. “A obediência é um critério importante para o reconhecimento da eficácia, mas esta não se reduz à obediência.”⁴⁰ Nas normas de efeitos simbólicos, é comum não se esperar a obediência do destinatário à norma. A conduta esperada pelo legislador, nesses casos, é a da não obediência ao conteúdo normativo. Levando-se em conta a função instrumental acima assinalada, a não obediência a uma norma de objetivos meramente simbólicos é considerada, dessarte, eficaz.

de Legislação, Oeiras, n. 1, abr-jun. 1991, p. 7-14.

37 ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 39-40.

38 As principais técnicas aplicáveis em momentos outros que não o da etapa da *avaliação legislativa* prospectiva ou *ex post* serão (sucintamente) descritas apenas quando forem úteis para ampliar a compreensão desta.

39 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001, p. 124.

40 FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 198.

Já a efetividade ou eficácia social diz respeito à aptidão de uma determinada lei para atingir as finalidades que prescreve. Trata-se de um problema pré-jurídico⁴¹ já que depende da capacidade do legislador, que deverá formular proposições aptas a atingir os objetivos pretendidos. Como consequência prática dessa afirmação, observa-se que, se os objetivos de uma lei não estiverem claramente definidos, torna-se impossível avaliar a efetividade de uma legislação. Tais objetivos, no entanto, não precisam estar necessariamente previstos na própria norma, podendo ser identificados no preâmbulo de uma lei, na exposição de motivos do projeto legislativo ou até mesmo nos debates parlamentares antecedentes à sua votação.

Observa-se que a eficácia não corresponde necessariamente a uma garantia da efetividade. A eficácia, segundo Mader,⁴² apenas garantirá a realização da efetividade se a observância à norma realmente conduzir à realização dos objetivos estabelecidos pelo legislador. Observa-se, no entanto, que embora a eficácia não corresponda necessariamente a uma garantia da efetividade, aquela representa um fator condicionante desta, uma vez que a realização dos objetivos de uma norma pode decorrer de outros fatores que não a obediência à legislação, situação esta em que uma lei jamais poderá ser considerada eficaz.

Para ilustrar as dimensões da eficácia e da efetividade, menciona-se o exemplo de uma lei que obrigue todos os motoristas a utilizarem cinto de segurança com o objetivo de reduzir o número de acidentes de trânsito. Se puder se afirmar, com certo grau de confiabilidade, que a maioria dos motoristas usa o cinto de segurança porque há uma norma que os obriga a tal conduta, essa norma será considerada efetiva. Por sua vez, se houver evidências comprovando que o uso de cinto de segurança reduz o número de acidentes de trânsito, então a mesma norma poderá ser considerada efetiva. Observa-se que, nesse exemplo, caso houvesse uma redução no número de acidentes de trânsito não atribuída ao uso do cinto de segurança, a lei em exame não seria eficaz, tampouco efetiva.

Outro exemplo fornecido por Caupers⁴³ diz respeito a uma lei que tenha estipulado o uso obrigatório do capacete para motoristas e passageiros que trafegam em rodovias, visando reduzir o número de mortes por traumatismo craniano nos acidentes por choque de veículos. Se a lei conseguir generalizar o uso dos capacetes entre condutores, ela será considerada eficaz. Se, no entanto, as estatísticas comprovarem que, não obstante os motoristas tenham passado a utilizar o capacete, o número de fatalidades causadas por traumatismo craniano não diminuiu, essa lei será então inefetiva.

Costuma-se também definir como critério de avaliação dos efeitos da legislação a eficiência. A eficiência constitui a relação entre os “custos” e os “benefícios” de uma legislação. Segundo Mader, todos os efeitos produzidos pela legislação que forem compatíveis com seus respectivos objetivos podem ser considerados benefícios. A avaliação da *ciência da legislação* leva em conta, portanto, todos os custos⁴⁴ empreendidos para que a legislação atinja seus objetivos. O autor ainda observa que a avaliação dos custos e benefícios de uma legislação pode ser empreendida sob uma ótica interna, na qual se avalia os sacrifícios a que será submetido o legislador ou o poder público para editar determinada norma, mas também é possível levar em consideração sua dimensão externa, com foco nas inconveniências a serem suportadas pelos destinatários das leis.⁴⁵

Observa-se, ainda, que a eficiência não incide apenas sobre o conteúdo da legislação, não sendo, portanto, um critério exclusivo da *avaliação legislativa*. A esse respeito, Atienza esclarece que:

[...] mesmo no nível de racionalidade linguística, pode haver situações em que o empenho pela clareza e precisão no texto normativo deve ser feito até determinado ponto, ou seja, não deve ser empreendido quando o ‘benefício’ que se supõe com um incremento da precisão linguística não compensa o ‘custo’ no que diz respeito à extensão da lei, ao tempo empregado em sua redação etc.⁴⁶

41 CAUPERS, João, op. cit., p. 56.

42 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001, p. 125.

43 CAUPERS, João, op. cit., p. 54-55.

44 Os custos assumem aqui uma dimensão abrangente, que não só abrange fatores materiais, mas também inconveniências de caráter emocional ou psicológico.

45 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001, p. 125.

46 ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 93.

A tipologia dos efeitos da legislação os distingue em diferentes categorias, classificando-os como declarados e não declarados, expressos e implícitos, desejados e não desejados, previstos e não previstos, benéficos e prejudiciais, diretos e indiretos, imediatos e atrasados etc.

Veja-se um exemplo fornecido por Atienza. Uma lei, ao regular a estrutura administrativa de uma Universidade, dispõe que o Conselho de Administração dela seja composto por um elevado número de membros. Não sendo possível cumprir o *quorum* para as reuniões, os conselheiros passam a deliberar em caráter extraordinário, em instâncias com poucos participantes, de forma antidemocrática. Nesse caso, verifica-se que os efeitos não declarados e não desejados pelo legislador ocasionaram consequências prejudiciais à coletividade.⁴⁷

Quando a *avaliação legislativa* estiver centrada na reconstituição de todos os efeitos produzidos por uma lei, inclusive aqueles não previstos pelo legislador, estar-se-á diante de uma avaliação de *impactos* da lei. A *avaliação legislativa* de *impacto* leva em conta, portanto, outros fenômenos não previstos que podem ter sido impulsionados pela legislação. Numa avaliação de *impacto*, não basta ao avaliador medir os graus de eficácia, de efetividade e de eficiência de uma lei. No exemplo dado acima, suponha-se que a lei que instituiu a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança tenha, inesperadamente, estimulado motoristas e pedestres a circularem em maior velocidade e que, por consequência, tenha ocorrido um aumento de atropelamentos de ciclistas e pedestres. Esse efeito, por ser destoante das expectativas do legislador, recebe a nomenclatura de *impacto*.⁴⁸

Observa-se, ademais, que nem sempre os impactos serão prejudiciais aos destinatários de uma lei. É possível que uma legislação produza outros efeitos que, embora não esperados pelo legislador, possam ser benéficos para a sociedade. Este é o caso, por exemplo, de um programa de renda mínima instituído por lei, que tenha por efeitos, além da diminuição da pobreza e desigualdade social, o fortalecimento das relações econômicas numa determinada região.

É preciso, na avaliação dos *impactos* de uma legislação, assim como na avaliação dos *efeitos*, identificar se as consequências atribuídas à lei decorrem realmente de sua aplicação. Obviamente, tal análise se situará no domínio da probabilidade ou da plausibilidade, e não da certeza inerente às ciências exatas, de modo que sempre haverá um risco de que os comportamentos atribuídos à lei não tenham sido provocados por ela.⁴⁹

Ambas as modalidades de *avaliação legislativa* - a dos *efeitos* e a dos *impactos* - comportam uma avaliação mais restrita e outra mais abrangente. Numa acepção mais restrita, a avaliação pode se restringir a *descrever* e *mensurar* os efeitos e os impactos de uma legislação. Numa concepção mais alargada, como será visto a seguir, caberá ao avaliador *explicar* os efeitos e os impactos da legislação, reconstruindo os motivos pelos quais eles foram provocados.

3.2 Avaliação legislativa e alcance dos seus resultados

Analisar as causas dos comportamentos dos destinatários das normas é das tarefas mais complexas, podendo-se afirmar que, por estar se tratando de fenômenos sociais, não se pode chegar a conclusões absolutas e inequívocas, e sim apenas a probabilidades acerca do nexo de causalidade existente entre os objetivos declarados no enunciado normativo e os efeitos produzidos pela legislação.

Além disso, independentemente da escassez de tempo e de recursos, a avaliação revela-se incompleta muitas vezes porque alguns dados que lhe seriam essenciais não estão disponíveis, por não se encontrarem os métodos analíticos necessários à sua obtenção plenamente desenvolvidos.

47 ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 46-47.

48 Na Suíça, país em que o nível de institucionalização da *avaliação legislativa* encontra-se avançado, os projetos de lei devem ser acompanhados de uma apresentação dos objetivos da lei, que enunciem não só os efeitos desejados, mas também outros efeitos que porventura possam ser provocados pela aplicação da legislação. Cf. MADER, Luzius, Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 143.

49 CAUPERS, João, op. cit., p. 53-54.

Mader é enfático ao afirmar que isso não diminui a importância ou mesmo a necessidade da avaliação. O objetivo da *avaliação legislativa*, nesse contexto, seria o de assegurar:

- (1) que as relações causais subjacentes à ação legislativa tornem-se mais evidentes e diferenciadas quanto for possível quando novas iniciativas legislativas forem preparadas;
- (2) que elas se fundamentem na melhor base teórica possível e na informação mais confiável que esteja disponível;
- (3) que sua consistência seja examinada depois que a legislação entre em vigor.⁵⁰

Observa-se, da exposição dos elementos acima, que a *avaliação legislativa* não necessariamente oferecerá medidas rigorosas de eficácia e de eficiência, mas procurará evidenciar, da maneira mais consistente e confiável possível, as relações causais subjacentes à ação legislativa, que representam, em essência, as finalidades que podem intervir na elaboração e na aplicação de uma determinada lei, bem como de fenômenos que, previstos ou imprevistos pelo legislador, poderão ter sido impulsionados por uma determinada legislação.

Independentemente do alcance dos resultados da *avaliação legislativa*, observa-se que as avaliações podem ser tanto de tipo descritivo quanto explicativo. As avaliações de cunho descritivo voltam-se exclusivamente para a explicação das relações causais entre efeitos da lei e intenções do legislador. As avaliações de cunho explicativo, por sua vez, têm abrangência mais ampla, pois não só descrevem tais relações causais, mas também oferecem explicações para os fenômenos observados. Conforme observado no item anterior, a avaliação de cunho explicativo assume suma importância quando o nexo de causalidade entre efeitos produzidos pela lei e as intenções do legislador revelar-se inesperado.

É comum, no entanto, observar que os resultados provenientes da utilização da *avaliação legislativa* raramente serão conclusivos no sentido de se corrigir ou revisar a legislação. Isso não elimina, no entanto, a importância da *avaliação legislativa*. Sua maior contribuição, talvez, não esteja centrada na correção das leis existentes, mas na solução dos problemas relacionados com a real prática de sua aplicação.

3.3 Experiências de institucionalização da *avaliação legislativa*

Diversos países têm se empenhado em prever a adoção da *avaliação legislativa* como atividade essencial do processo de elaboração das leis.

A institucionalização da *avaliação legislativa* pode se dar de diferentes formas. Em raras situações, a *avaliação legislativa* está prevista na Constituição ou em outras leis como uma obrigação imputada ao legislador para que a observe no exercício de sua função legislativa.⁵¹ Com muito mais frequência, a competência para uso da *avaliação legislativa* é apenas prevista nos regimentos internos das casas parlamentares, que especificam as situações nas quais ela deva ser utilizada. Por vezes, o poder executivo também está obrigado, por lei ou por estatuto regulamentar, a empreender a *avaliação legislativa* quando formula leis de sua iniciativa, quando regulamenta matérias sob a forma de decreto e especialmente quando aplica a lei. De forma mais rara, por sua vez, a *avaliação legislativa* recebe tratamento jurisprudencial, quando o tribunal competente pelo exercício do controle de constitucionalidade, conforme será mais bem detalhado no item seguinte, afere a legitimidade de uma lei pela observância dos princípios de *Metódica Legislativa*.

50 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001, p. 122-123.

51 A Suíça atingiu tal nível de institucionalização. “O artigo 170 da Constituição Federal suíça salienta a responsabilidade do Parlamento na investigação da eficácia das medidas adotadas pela Confederação e, conseqüentemente, a responsabilidade do legislador pelas conseqüências de sua atividade” MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 142. Em nível infraconstitucional, uma Lei Federal de 1984 institucionalizou a avaliação prospectiva na Suíça, obrigando o legislador a especificar em seus projetos de lei os seus efeitos em termos financeiros e de recursos humanos, as implicações em termos de custos para os cantões e as autoridades locais etc. Uma alteração sofrida nessa mesma lei em 1999 obrigou ademais, o legislador a demonstrar “de que forma o processo legislativo preliminar avaliou o modo mais fácil de aplicar a proposta de lei e de que forma a experiência adquirida com a aplicação da lei será registrada e avaliada.” *Idem*, p. 143.

Quanto às modalidades de *avaliação legislativa*, observa-se que nem sempre os métodos aplicáveis prospectiva, concomitante e retrospectivamente à aprovação das leis são utilizados da mesma forma. Os Estados podem se valer de apenas uma dessas modalidades, ou podem recorrer a todas em diferentes graus de intensidade.

Nos casos em que a *avaliação legislativa ex post* se faz prevalecer, ela poderá ou não incidir sobre a *legislação experimental*, em que a lei é submetida a uma experiência de aplicação numa situação real, por um determinado período de tempo, até que seja submetida a novo processo avaliativo.⁵²

Além disso, as avaliações podem tanto destacar a eficiência dos atos normativos como critério principal de análise, quanto podem se centralizar na análise dos impactos de natureza não econômica produzidos pelas leis. Nesse particular, observa-se uma tendência em obrigar que o legislador leve em consideração, na formulação das leis, “[...] não apenas seus objetivos estritamente considerados, mas também a globalidade dos efeitos produzidos, nomeadamente a nível econômico, social e ambiental”.⁵³

As técnicas utilizadas para cada modalidade de *avaliação legislativa* também se alteram. Enquanto alguns Estados fazem uso de avaliações sistemáticas, com grande potencial para o aprimoramento da qualidade legislativa, outros ainda esforçam-se por implementar instrumentos de avaliação de menor custo e complexidade. A esse respeito, observa-se que as *avaliações legislativas* empreendidas em legislação experimental assumem destaque na melhoria da qualidade das leis.

As *avaliações legislativas* podem tanto ser promovidas por órgãos que estão fora do círculo dos diretamente envolvidos na elaboração das leis ou atos regulamentares,⁵⁴ quanto podem ser empreendidas diretamente pelos membros dos poderes legislativo e executivo.⁵⁵ A esse respeito, Mader observa que, embora os órgãos não estatais demonstrem maior capacidade para a realização de estudos de *avaliação legislativa*, a experiência de institucionalização suíça revela que os resultados desses trabalhos são mais bem integrados no processo de tomada de decisão política quando a avaliação é realizada por órgãos da própria Administração.⁵⁶

Em outras situações, observa-se o alargamento das competências de órgãos estatais que tradicionalmente se concentravam na avaliação da legalidade e da legitimidade dos programas de governo, e que agregaram às suas tarefas ordinárias a análise da eficácia e da eficiência das ações governamentais.

Além disso, as *avaliações legislativas* podem ser aplicadas somente sobre atos normativos primários - as leis - ou também podem ser estendidas aos atos normativos secundários - os decretos, regulamentos e congêneres.⁵⁷ Em ambas as situações, a avaliação pode se dar de modo total ou parcial quando, respectivamente,

52 Um exemplo recorrentemente mencionado é o da legislação experimental suíça sobre a melhoria das condições de vida dos toxicod dependentes, que prevê, no quadro de um conjunto de investigações científicas implementadas para a revisão da Lei de Tóxicos, a prescrição de heroína e outras drogas pesadas aos viciados. MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 147.

53 MORAIS, Carlos da Costa. Sistema de Avaliação do Impacto das Normas Jurídicas. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 32, out.-dez. 2002, p. 39-55.

54 Este é o caso de Portugal, em que as avaliações legislativas têm sido empreendidas, em sua maioria, por equipes externas aos departamentos promotores da iniciativa legislativa. ALMEIDA, Marta Tavares; CAUPERS, João; GUIBENTIF, Pierre. Efeitos de algumas normas do Código de Procedimento Administrativo: estudo de caso em avaliação legislativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 12, jan-mar. 1995, p. 93-106.

55 Menciona-se a experiência do Reino Unido, em que há uma Unidade de Impacto Normativo junto ao gabinete do primeiro-ministro, bem como Unidades de Impacto Normativo constituídas nos diversos ministérios, cuja responsabilidade consiste em efetuar a avaliação dos impactos normativos das normas que produzam efeitos substanciais sobre a atividade empresarial, as instituições de beneficência, bem como as organizações sem fins lucrativos. COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, n. 33/34, jan-jun. 2003, p.111.

56 MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 155.

57 No Reino Unido, não só as leis, mas também os regulamentos administrativos que produzam efeitos substanciais sobre a atividade empresarial, as instituições de beneficência, bem como as organizações sem fins lucrativos, devem ser avaliados quanto ao seu impacto normativo. Além disso, as normas de procedimentos e condutas aprovadas no âmbito interno das empresas que produzam impacto em sua atividade empresarial também deverão submeter-se à avaliação de seus impactos Cf. COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, n. 33/34, jan.-jun.

incidir sobre todos ou apenas alguns dispositivos do texto normativo.

As experiências em *avaliação legislativa* são muito variadas, adequando-se ao contexto institucional de cada país. É possível, no entanto, constatar alguns traços comuns à maioria das experiências aqui mencionadas. Os relatos dessas experiências confirmam que a prática, ou seja, a aplicação da *avaliação legislativa* encontra-se muito aquém das possibilidades legais. Para os países que atingiram estágio avançado de institucionalização da *avaliação legislativa*, a prática, ainda assim, destoa das obrigações legais, sendo muitas vezes ignorada pelos órgãos responsáveis pela avaliação.⁵⁸

No que diz respeito à imputação de obrigações legais, há um consenso no sentido de que a *avaliação legislativa* não deve ser utilizada indiscriminadamente, ou seja, somente deve ser aplicada “[...] a diplomas que pela sua natureza e/ou complexidade têm particular incidência na sociedade”.⁵⁹ Defende-se a seletividade da *avaliação legislativa*, principalmente em decorrência do caráter dispendioso e moroso de sua realização.

Observa-se no entanto, que, embora haja consenso quanto à seletividade do uso da *avaliação legislativa*, a mesma unanimidade não permanece no que tange à sua obrigatoriedade. Para alguns autores, deve haver algum consenso, ainda que mínimo, na elaboração de diretrizes legislativas, do contrário “[...] a nova lei não passará de um exercício formal de conflitantes utopias inalcançáveis. Entrará na história, sem ter passado pela vida”.⁶⁰

As opiniões de especialistas parecem também coincidir na constatação de que a *avaliação legislativa ex post* contribui muito mais para a melhoria da qualidade legislativa do que a *avaliação legislativa ex ante*, dada a dificuldade de se esboçar antecipadamente os efeitos de uma legislação de grande impacto social. Isso porque as técnicas predominantes da *avaliação legislativa ex ante*, consistentes na realização de experimentos em ambientes laboratoriais, “controlam” o contexto social em que as leis produzirão seus efeitos, elegendo apenas algumas variáveis - que poderão não ser as únicas, tampouco as mais relevantes - a determinar o impacto efetivo dos instrumentos normativos na realidade social.

4. CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO NO BRASIL

Doutrinariamente, muito pouco se produziu e tem se escrito no Brasil acerca do “processo”, “arte” ou “ação” de fazer as leis. Os trabalhos doutrinários anteriores à edição da Lei Complementar (“LC”) nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que instituiu regras e preceitos de técnica legislativa, foram poucos e esparsos. Tais trabalhos, elaborados sob a denominação de “técnica legislativa”, trataram predominantemente sobre temas de “legística formal”, em especial sobre estrutura e organização interna do texto legislativo.

O trabalho de Hésio Fernandes Pinheiro, intitulado “Técnica Legislativa e as Constituições e Leis Constitucionais do Brasil,” publicado originalmente em 1945,⁶¹ foi um dos primeiros a tratar de forma sistemática temas caros à “legística formal”, como técnicas de redação de conteúdos normativos, estruturação dos conteúdos das leis, os quais devem ser distribuídos em artigos, bem como desdobramentos ou agrupamentos deles.

Nunes Leal, inspirado na obra de Pinheiro, produziu naquele mesmo ano um ensaio sobre técnica legislativa que mantém a originalidade característica de suas obras. O autor, já naquela época, reconhecia:

2003, p. 107-123. A Suíça também é repleta de exemplos de disposições que estabelecem a *avaliação legislativa* no nível da legislação secundária. MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan.-jun. 2003, p. 145.

58 MADER, Luzius. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan.-jun. 2003, p. 149.

59 ALMEIDA, Marta Tavares; CAUPERS, João; GUIBENTIF, Pierre, op. cit., p. 6.

60 FALCÃO, Joaquim. **Democracia, direito e terceiro setor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 139.

61 PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as constituições e leis constitucionais do Brasil**. Rio de Janeiro: A. Noite, 1945.

Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.⁶²

O ensaio aborda assuntos típicos de *legística formal*, embora no mesmo texto seja possível reconhecer originais, apesar de ligeiros, conselhos para a elaboração do conteúdo das leis. Eis um de seus principais conselhos:

As fontes de informação do legislador devem ser fidedignas. Ao redigir uma lei, o legislador não pode perder de vista a observação real da vida, porque a malícia encontra muitos atalhos por onde infiltrar-se por entre as sanções da lei, sem incidir nelas. Não basta ter em mira o resultado a atingir: é preciso escolher cuidadosamente os meios adequados, velando por que não sejam excessivamente severos, nem inócuos.⁶³

No que diz respeito à qualificação que considera indispensável para as pessoas responsáveis pela elaboração das leis, o autor aconselhou que essa incumbência fosse oferecida “[...] a juristas que, além de sólida cultura, tenham muito tirocínio na aplicação do direito, quer como advogados, quer como juízes, homens de mentalidade receptiva, de alma aberta às transformações do mundo”.⁶⁴ E prossegue, ainda, sobre o mesmo assunto:

A participação, na redação das leis, de quem não seja jurista, mas conheça bem os assuntos de que elas se ocupam, é também imprescindível em muitos casos. A lei regula, em escala cada vez maior, relações de conteúdo técnico, cujo conhecimento escapa ao jurista. (...) Saúde pública, educação, indústria, comércio, transportes etc., cada um dos setores que a lei vai progressivamente invadindo, reclama a colaboração legislativa de elementos estranhos aos meios jurídicos.⁶⁵

Depois de longo hiato entre os primeiros trabalhos doutrinários da disciplina “técnica legislativa” e o surgimento de propostas de institucionalização de seus conteúdos, é editada, em 1998, a LC nº 95, que instituiu regras sobre a “elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

Essa lei, em conjunto com o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002⁶⁶, que a regulamenta, trata de assuntos tipicamente de *Legística Formal* ou, seguindo denominação consagrada no Brasil, *Técnica Legislativa*.

Tais normas dispõem sobre a estrutura que deve obedecer uma lei, subdividindo-se em partes preliminar, normativa e final;⁶⁷ estabelecem regras de redação legislativa, imputando ao legislador a obrigação de clareza, de precisão e de lógica na linguagem utilizada;⁶⁸ instituem regras de articulação das diversas partes do texto legal, determinando como devem ser mencionados, numerados e articulados os diversos dispositivos da lei, em que o artigo constitui a unidade básica de organização;⁶⁹ estabelecem uma sistemática de consolidação e codificação dos atos normativos, de modo que leis que versem sobre o mesmo assunto sejam reunidas em um único texto legal;⁷⁰ dispõem sobre a alteração dos atos normativos, determinando que o legislador evite a edição de leis extravagantes, de modo que toda e qualquer inovação sobre uma determinada matéria já regulada seja incluída na legislação existente, e que sejam expressamente mencionadas no texto legal as normas que, por conflitarem com a legislação mais recente, devam ser revogadas.⁷¹

O Decreto nº 4.176/02 introduziu também regras de tramitação dos atos normativos no âmbito do poder executivo, antes que eles sejam remetidos à votação pelo Congresso Nacional, quando se constituírem leis, ou que sejam editados pelo Presidente da República ou demais chefes de entidades da Administração Direta, em se tratando de regulamentos.⁷² Observa-se que o referido decreto estabeleceu ainda que as exposições de

62 NUNES LEAL, op. cit., p. 8.

63 NUNES LEAL, Victor, op. cit., p. 8.

64 Idem, p. 21.

65 Idem, ibidem, p. 22.

66 Inicialmente, a LC nº 95 foi regulamentada pelo Decreto nº 2.954, de 29.01.1999, substituído pelo Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002.

67 Art. 3º a 6º da LC nº 95/98 e Arts. 5º e 6º do Decreto nº 4.176/02.

68 Art. 11 da LC nº 95/98 e Art. 23 do Decreto nº 4.176/02.

69 Art. 10 da LC nº 95/98 e Art. 22 do Decreto nº 4.176/02.

70 Arts. 13 a 17 da LC nº 95/98 e Arts. 26 a 32 do Decreto nº 4.176/02.

71 Art. 12 da LC nº 95/98 e Arts. 24 e 25 do Decreto nº 4.176/02.

72 Cf. Arts. 33 a 41 do Decreto nº 4.176/02.

motivos dos atos normativos de qualquer natureza prevejam:⁷³ (i) justificativa e fundamentação do ato, de tal forma que possibilite a sua utilização como defesa prévia em eventual arguição de inconstitucionalidade; (ii) explicação dos motivos pelos quais o ato proposto constitui o melhor instrumento normativo a disciplinar a matéria; (iii) indicação das normas que serão afetadas ou revogadas pela proposição; (iv) indicação da existência de prévia dotação orçamentária, quando a proposta demandar despesas; e (v) demonstração objetiva da relevância e urgência no caso de projeto de medida provisória.

A grande inovação trazida por esse regulamento, no entanto, foi a instituição de regras do *Manual de Redação da Presidência da República*,⁷⁴ em especial de um formulário ou lista de verificação, que acabou sendo incorporado como anexo do Decreto nº 4.176/02, estabelecendo “[...] questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do poder executivo.”⁷⁵ Gilmar Ferreira Mendes, presidente da comissão encarregada de elaborar o referido Manual em 1991, redigiu o capítulo “Questões Fundamentais de Técnica Legislativa”, de onde foi extraída a referida lista de verificação.

O capítulo escrito por Gilmar Mendes, posteriormente publicado em diversos periódicos científicos,⁷⁶ constitui um trabalho típico de *Legística Material* ou *Metódica da Legislação*, embora o texto também analise ligeiramente tópicos de *Legística Formal*.

O autor, já no início de seu trabalho, recomenda que o legislador atenha-se à ideia de sistema, em que deverão ser respeitadas as *sistemáticas interna* e *externa* da lei. No tocante à sistemática interna, o autor aponta para o desafio da contradição teleológica da lei, que se manifestará quando “[...] houver contradição entre os objetivos perseguidos por disposições diversas, de modo que a observância de um preceito importa a nulificação dos objetivos visados pela outra” (BRASIL, 2002, p. 80).

Inspirado na doutrina alemã sobre *Metódica da Legislação*,⁷⁷ o referido autor faz uma apresentação sucinta daquilo que denomina *processo legislativo interno*, o qual “[...] traduz um esforço de racionalização dos procedimentos de decisão [do legislador], que configura uma exigência do próprio Estado de Direito”.⁷⁸

Dentre as etapas a serem observadas nesse processo legislativo interno, encontram-se: (i) identificação e definição do problema; (ii) análise da situação questionada e de suas causas; (iii) definição dos objetivos pretendidos; (iv) crítica das propostas;⁷⁹ e (v) controle de resultados.⁸⁰

Observa-se que as etapas descritas pelo autor coincidem, ainda que parcialmente, com aquelas ainda hoje consideradas essenciais pelos trabalhos de doutrinadores de *Metódica da Legislação* sucessores à obra de Peter Noll, utilizada como referência no Manual ora comentado. No entanto, pode-se constatar que o assunto, de natureza altamente complexa por tudo o que já foi observado até aqui, recebeu tratamento muito simplificado e sucinto no *Manual*, cuja principal ênfase foi dada à *Legística Formal*.

Por outro lado, o formulário sobre “[...] questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do poder executivo” foi redigido de forma altamente detalhista e minuciosa. Este documento, inspirado na “Resolução de 11 de dezembro de 1984 do Governo da República Federal da Alemanha, destinada a controlar e racionalizar a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo”,⁸¹

73 Art. 38 do Decreto nº 4.176/02.

74 BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República**. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002.

75 Cf. Anexo I do Decreto nº 4.176/02.

76 **Revista Trimestral de Direito Público**, n.1, 1993, p. 255-271; **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 1, n. 2, jan-mar, 1993, p. 36-52; **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, n. 37, set-dez. 1991, p. 41-68, dentro outras fontes.

77 O autor utilizou como referência o trabalho de Peter Noll supramencionado, bem como a obra de Hermann Hill, intitulada *Einführung in die Gesetzgebungslehre*.

78 BRASIL, op. cit., p. 87.

79 Esta ação equivale à *avaliação legislativa ex ante*.

80 Equivalente à *avaliação legislativa ex post*.

81 BRASIL, op. cit., p. 89.

consiste num rol extenso de perguntas que devem orientar a ação legislativa, buscando averiguar, antes da elaboração da lei (i) que problema(s) que se pretende solucionar com a proposição de uma norma;⁸² (ii) se há alternativas, incluindo aquelas que prescindem da edição da norma, para a solução do referido problema;⁸³ (iii) se a União dispõe de competência constitucional para elaborar o ato normativo; (iv) se a matéria deve ser regulada mediante lei em sentido estrito; (v) se não seria o caso de se editar uma lei temporária; (vi) se deve ser editada medida provisória; (vii) o motivo da urgência da edição da lei; (viii) qual a densidade que se deve conferir ao ato normativo; (ix) se as normas propostas afetam direitos fundamentais ou garantias constitucionais; (x) se o ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e se se encontra inteligível a todos; (xi) se o ato normativo é exequível;⁸⁴ e (xii) se existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios.⁸⁵

Observa-se no entanto, que, apesar de o referido formulário constar como documento anexo do Decreto nº 4.176/02, ao poder executivo não foi imputada a obrigatoriedade de segui-lo à risca, bem como de juntá-lo no momento da propositura do projeto de ato normativo.

Consta como obrigatória, no entanto, a apresentação de outra lista de verificação, mais simplificada, constante do anexo II do Decreto nº 4.176/02, que determina que o órgão redator apresente:

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências
2. Soluções e providências contidas no ato normativo da medida proposta
3. Alternativas existentes às medidas propostas
Mencionar:
 - se há outro projeto do Executivo sobre a matéria;
 - se há projetos sobre a matéria no Legislativo;
 - outras possibilidades de resolução do problema.
4. Custos
Mencionar:
 - se a despesa decorrente da medida está prevista na lei orçamentária anual; se não, quais as alternativas para custeá-la;
 - se é o caso de solicitar-se abertura de crédito extraordinário, especial ou suplementar;
 - valor a ser despendido em moeda corrente.
5. Razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência)
Mencionar:
 - se o problema configura calamidade pública
 - por que é indispensável a vigência imediata;
 - se se trata de problema cuja causa ou agravamento não tenham sido previstos;
 - se se trata de desenvolvimento extraordinário da situação já prevista.
6. Impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo);
7. Alterações propostas (texto atual e texto proposto);
8. Síntese do parecer do órgão jurídico;
 - com base em avaliação do ato normativo ou da medida proposta à luz das questões levantadas no Anexo I.

Observação: A falta ou insuficiência das informações prestadas poderá acarretar, a critério da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, a devolução do projeto de ato normativo para que se complete o exame ou se reformule a proposta.⁸⁶

82 O autor do projeto de ato normativo deve indicar as repercussões que o problema possui no âmbito da economia, da ciência da técnica e da jurisprudência.

83 O proponente deve se perguntar se os instrumentos de ação são adequados em função de desgaste e encargos para os cidadãos e a economia, a eficácia, os custos e as despesas para o orçamento público, efeitos sobre o ordenamento jurídico, efeitos colaterais e outras consequências, entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução, possibilidade de impugnação no judiciário.

84 Dentre as questões essenciais para aferição da exequibilidade do ato, estão a análise dos conflitos de interesse subjacentes à medida proposta, a opinião das autoridades incumbidas de executar tais medidas quanto à clareza dos objetivos pretendidos e a possibilidade de sua execução, bem como a aplicação de testes de execução da medida envolvendo as autoridades encarregadas de aplicá-la.

85 O referido formulário constitui anexo deste trabalho. Cf. BRASIL, op. cit., p. 89-92.

86 Cf. Anexo II do Decreto nº 4.176/02. D.O.U. 01.04.2002.

Observa-se que as questões de ambos os formulários constituem diretrizes que deverão nortear a ação do legislador, de modo que ele defina com o maior grau de precisão possível, antes de formular um ato normativo, quais problemas pretende solucionar, quais os meios que dispõe para atingir seus objetivos e que efeitos prevê decorrerem da solução normativa a ser adotada.

Tais questionamentos, por certo, demandam uma análise das principais questões incidentes sobre cada uma das etapas do processo de formulação das leis já mencionado, constituindo as grandes problemáticas da *Metódica Legislativa* ou *Legística Material*, embora no *Manual de Redação da Presidência da República* tenham sido inseridas como elementos ou tópicos de *Técnica Legislativa*.

Na verdade, embora a elaboração desses formulários tenha se inspirado na experiência alemã, observa-se que a adoção das chamadas listas de verificação ou *checklists* revela-se prática generalizada nos diversos países engajados na institucionalização da *avaliação legislativa*.

Constata-se, no entanto, que o referido Manual, pela simplicidade com que introduziu o tema da *Metódica da Legislação*, não constitui referencial suficiente para que o Poder Executivo, para quem se destina a lista de verificação, torne-se apto a seguir as recomendações propostas nesse documento. Além disso, sem esforços conjuntos entre os poderes executivo e legislativo para instruir e capacitar os órgãos responsáveis pela elaboração de atos normativos diante dessa nova perspectiva, a tendência é que as novas diretrizes instituídas pelo *Manual de Redação da Presidência da República*, bem como pelos Anexos I e II do Decreto nº 4.176/02 venham representar apenas uma carga burocrática a mais para os funcionários que deverão cumprir tais exigências. Conforme será mais bem explicitado no capítulo seguinte, a prática revela que a referida lista de verificação tem sido respondida de forma eminentemente burocrática, em que não raramente o autor da proposta de ato normativo restringe-se a responder todas as perguntas negativamente, – afirmando, por exemplo, que não há alternativas para resolver o problema que a norma se propõe a solucionar, ou que a norma não produz impactos sobre o meio ambiente – sem, no entanto, fundamentar tais respostas.

Demais disso, os órgãos especializados em elaboração legislativa no âmbito do Poder Executivo não preveem em sua estrutura regimental a observância das regras de *Metódica da Legislação*, tampouco se preocupam em instituir equipes interdisciplinares com competências específicas para realização de *avaliação legislativa*. Não obstante as novas diretrizes impostas pela regulamentação da LC nº 95/98, a ênfase dos trabalhos de produção das leis parece centrar-se no trabalho de profissionais com formação estritamente jurídica. Menciona-se, como exemplo, a Secretaria de Assuntos Legislativos vinculada ao Ministério da Justiça, cujo Departamento de Elaboração Normativa é competente para “[...] elaborar e sistematizar projetos de atos normativos de interesse do Ministério, bem como as respectivas exposições de motivos”.⁸⁷ O núcleo dos grupos de trabalho formados para a elaboração de projetos de lei e outros atos de natureza normativa de interesse do Ministério da Justiça é formado por comissões de juristas que parecem não observar regras de *Metódica Legislativa*, especialmente no que tange à *avaliação legislativa ex ante e ex post*.

No que diz respeito à instituição de Comissões para Consolidação e Revisão de Atos Normativos já existentes, o Decreto nº 4.176/02 prevê que estas serão compostas por especialistas, “[...] escolhidos entre juristas de notável conhecimento sobre determinada área, para elaborar projetos de consolidação em matérias que exijam maior nível de especialização”.⁸⁸ A esse respeito, observa-se que a tarefa de consolidação de atos normativos implica necessariamente uma simplificação e correspondente revisão da legislação existente. Essa tarefa parece ter sido atribuída exclusivamente a juristas, que deverão fundamentar apenas juridicamente os referidos projetos de consolidação.⁸⁹ Conforme observado no início deste trabalho, os juristas de formação tradicional poderão

87 Art. 20, inciso I do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça.

88 Art. 44 do Decreto nº 4.176/02.

89 Art. 48 do Decreto nº 4.176/02: “A justificação básica das alterações indicará: I - o dispositivo da lei posterior que revogou expressamente a lei anterior; II - o dispositivo da lei posterior que estaria em conflito com a lei anterior, revogando-o implicitamente; III - o dispositivo da Constituição em vigor que estaria em conflito com a lei anterior, revogando-a implicitamente; IV - a decisão

oferecer uma limitada contribuição no que tange à avaliação dos impactos das normas, e, enquanto não houver uma mudança cultural que assimile os princípios e regras de *Metódica da Legislação*, não haverá grandes transformações nas práticas de elaboração, de revisão, de simplificação e de consolidação dos atos normativos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, neste trabalho, apresentar as potencialidades da avaliação legislativa para instruir os processos de elaboração, bem como de revisão, de leis e de regulamentos. Viu-se que a avaliação legislativa preocupa-se em dimensionar os efeitos e os impactos produzidos pelas leis na realidade social, de modo que preocupações centrais da sociologia do direito, como a eficácia e a efetividade das leis, sejam incorporadas ao processo de elaboração, de revisão e de aplicação de atos normativos.

No Brasil, a avaliação legislativa ainda se encontra em estágio embrionário, já que ainda não foi devidamente incorporada ao ordenamento jurídico nacional e não vem sendo adotada sistematicamente como prática no processo de elaboração de atos normativos. Espera-se, com este artigo, ter contribuído para uma discussão, ainda incipiente, sobre tema de fundamental relevância para a melhoria da qualidade da legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marta Tavares. Avaliação da legislação em Portugal. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan.-jun. 2003, p. 93-106.
- ALMEIDA, Marta Tavares; CAUPERS, João; GUIBENTIF, Pierre. Efeitos de algumas normas do Código de Procedimento Administrativo: estudo de caso em *avaliação legislativa*. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 12, jan.-mar. 1995, p. 5-48.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madri: Civitas, 1997.
- BRASIL. Presidência da República. *Manual de Redação da Presidência da República*. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. Os impulsos modernos para uma teoria da legislação. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, n. 1, abr.-jun. 1991, p. 7-14.
- CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de *Metódica da Legislação*. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out.-dez. 2003, p. 5-87.
- CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. *Cadernos de Ciência de Legislação*. Jan.-mar. 1992, p. 9-23.
- COURTNEY, Mark. Quadro de uma política para a melhoria da qualidade da ação normativa. *Cadernos de Ciência de Legislação*. Oeiras, n. 33/34, jan.-jun. 2003, p. 107-123.
- MORAND, Charles-Albert. Éléments de légistique formelle et matérielle. In: MORAND, Charles-Aubert (Org.). *Légistique Formelle et Matérielle*. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 17-45.
- FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade ou a revogação de dispositivo de lei; V - a resolução do Senado Federal que suspendeu a execução de lei na forma do art. 52, inciso X, da Constituição; e VI - as medidas provisórias ainda não convertidas que tratam da matéria consolidada.”

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

KARPEN, Ulrich. *Avaliação legislativa - a experiência alemã*. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan.-jun. 2003, p. 9-14.

LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7-32.

MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, n. 2, 2001, p. 119-131.

. Avaliação dos efeitos da legislação - a situação da Suíça. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan.-jun. 2003, p. 135-155.

MADER, Luzius. *L'évaluation législative*. Pour une analyse empirique des effets de la législation. Lausanne: Payot, 1985.

MORAIS, Carlos da Costa. Sistema de Avaliação do Impacto das Normas Jurídicas. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 32, out.-dez. 2002, p. 39-55.

MORAND, Charles-Aubert. *Éléments de légistique formelle et matérielle*. In: MORAND,

Charles-Aubert (Org.). *Légistique Formelle et Matérielle*. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1999.

MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. *Droit et Société*, n. 10, 1988, p. 402-423.

LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7-32.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. *Técnica legislativa e as Constituições e Leis constitucionais do Brasil*. Rio de Janeiro: A. Noite, 1945.

PRATES, Terezinha M. L. Método legislativo, uma nova disciplina? *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 06, set. 1993, p. 35-37.

VOERMANS, Wim. Avaliação da legislação nos Países Baixos. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan.-jun. 2003, p. 59-72.

BRASIL. Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 08 jul. 2012.

BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>. Acesso em: 08 jul. 2012.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente a José Eduardo Faria, Carlos Ari Sundfeld, Diogo Rosenthal Coutinho, Fernando Dias Menezes de Almeida e Catarina Barbieri, pela leitura e pelas sugestões para o aprimoramento de versões preliminares deste artigo.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.