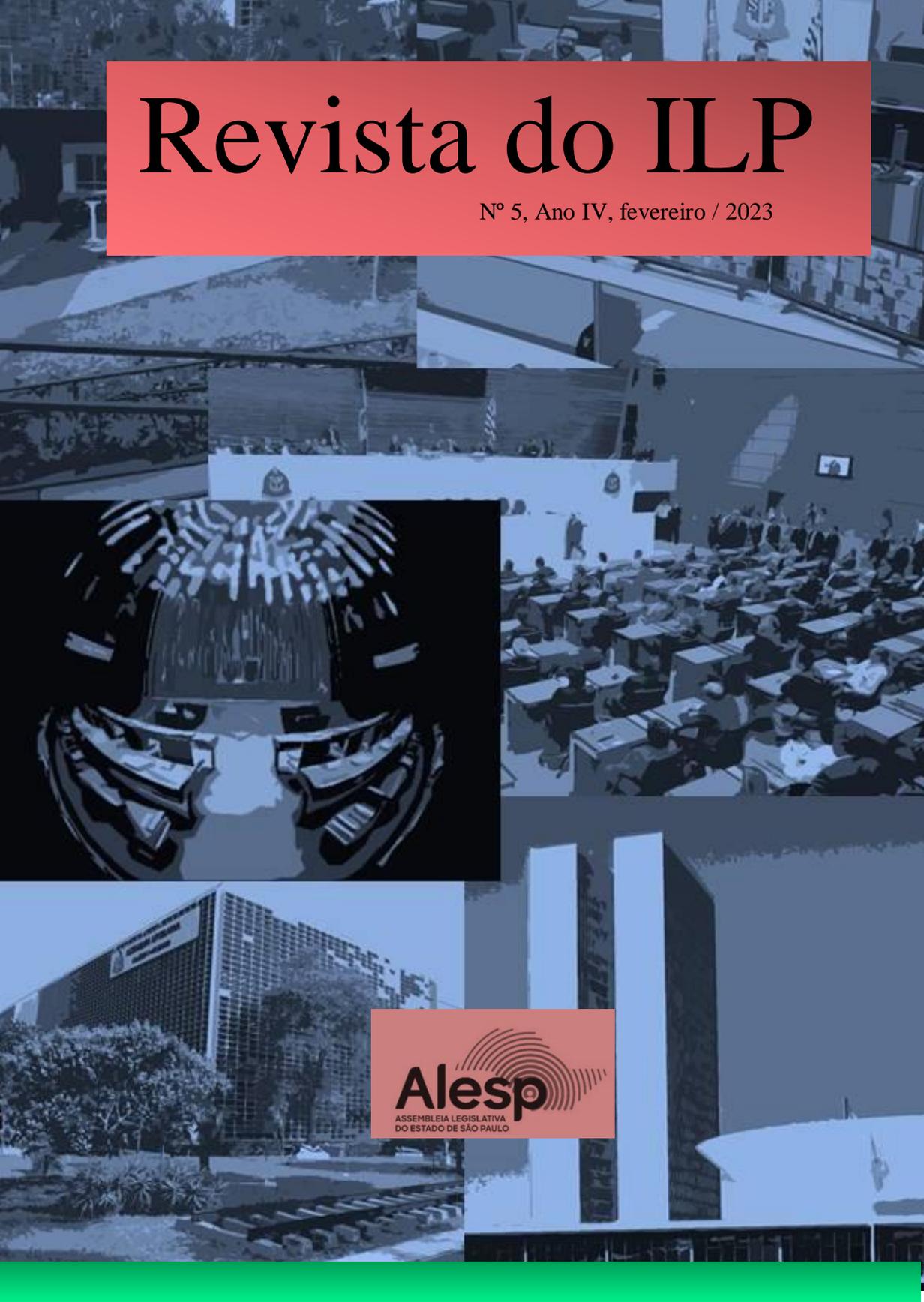


Revista do ILP

Nº 5, Ano IV, fevereiro / 2023



Alesp
ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DE SÃO PAULO



Revista do ILP

Nº 5, Ano IV, fevereiro de 2023

Publicação do Instituto de Estudos, Capacitação e Políticas
Públicas do Poder Legislativo do Estado de São Paulo
Instituto do Legislativo Paulista - ILP

**ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MESA DIRETORA**

Presidente: Carlão Pignatari
1º Secretário: Luiz Fernando T. Ferreira
2º Secretário: Rogério Nogueira
1º Vice-Presidente: Wellington Moura
2º Vice-Presidente: André do Prado
3º Vice-Presidente: Professor Kenny
4º Vice-Presidente: Caio França
3º Secretário: Léo Oliveira
4º Secretário: Bruno Ganem

**INSTITUTO DE ESTUDOS, CAPACITAÇÃO E POLÍTICAS
PÚBLICAS DO PODER LEGISLATIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO
(INSTITUTO DO LEGISLATIVO PAULISTA – ILP)**

Diretora-Presidente: Karina Leite do Carmo Conceição
Diretor-Executivo: Miguel Biazzo Neto
Diretora-Executiva: Any Marise Ortega

REVISTA DO ILP

Editora: Any Ortega
Editora-associada: Silmara Luar



Revista do ILP

Nº 5, Ano IV, fevereiro de 2023

Análise de Impacto Legislativo: a nova fronteira no processo para a produção de leis.

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
Carmen Silvia Lima de Arruda
Renata Rocha Villela
(organizadores)

Any Marise Ortega
Silmara de Oliveira Lauar
(editoras)

© copyright dos autores
© copyright desta edição: ILP

Revista do ILP
Publicação do Instituto do Legislativo Paulista
Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo
São Paulo (SP), Brasil
Número 5, fevereiro de 2023

Editora: Any Ortega
Editora-associada: Silmara Luar

Revisão: ILP
Assessoria para a Língua Inglesa: Catarina Nestlehner
Imagens: ILP e Portal Alesp

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista do ILP / Assembleia Legislativa. Instituto de Estudos, Capacitação e Políticas Públicas do Poder Legislativo do Estado de São Paulo.
-- v. 4, n. 5 (fevereiro, 2023): Análise de Impacto Legislativo
São Paulo: Instituto do Legislativo Paulista, 2023;
23 cm

Anual
ISSN: 2446-600X

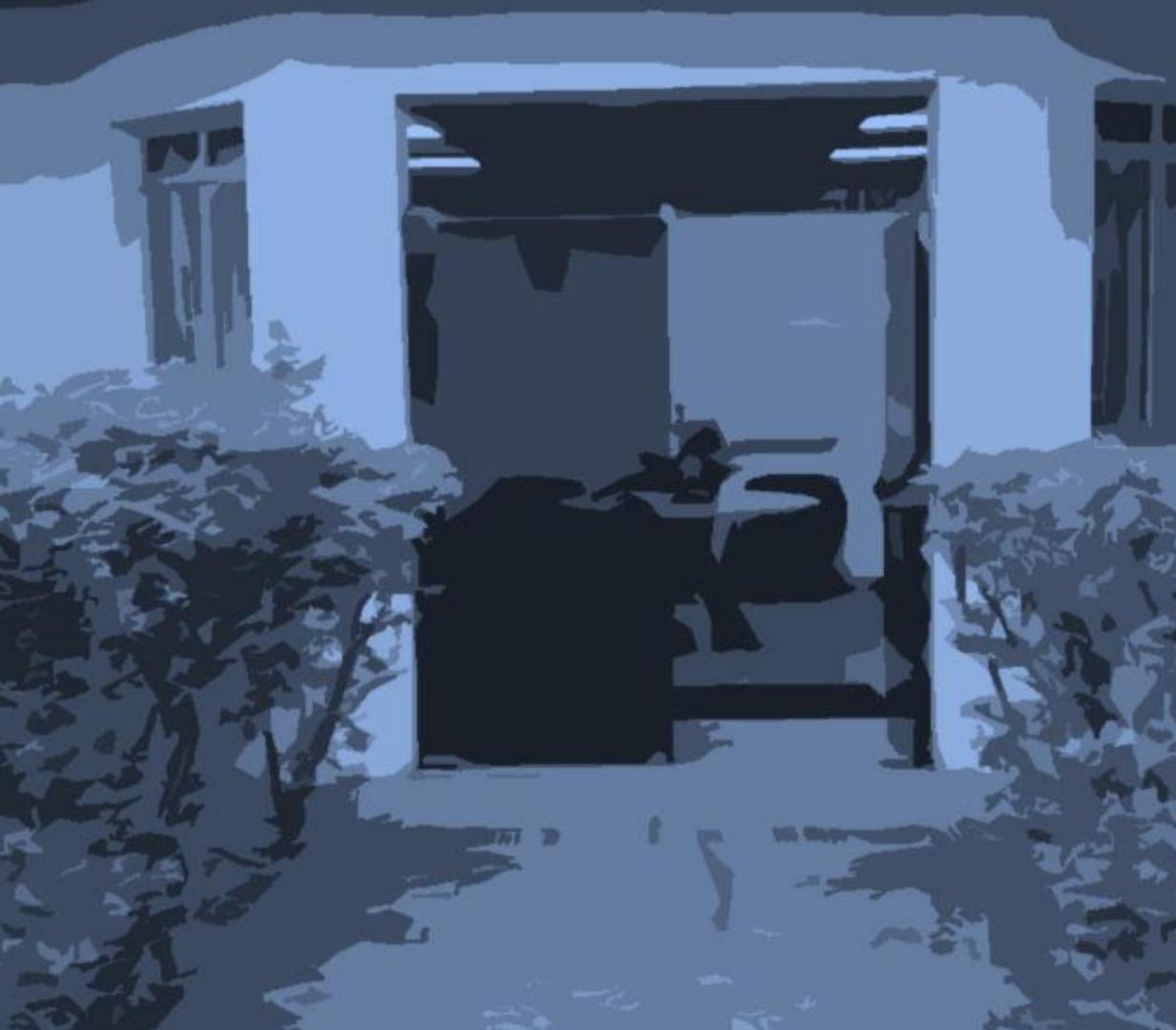
1. Ciência Política – Periódico. 2. Políticas Públicas – Periódico. I. Instituto de Estudos, Capacitação e Políticas Públicas do Poder Legislativo do Estado de São Paulo.

Instituto de Estudos, Capacitação e Políticas Públicas do Poder Legislativo do Estado de São Paulo (Instituto do Legislativo Paulista – ILP)
Avenida Sargento Mário Kozel Filho s/nº - 04005-080 – São Paulo – Brasil
(11) 3886-6288 / ilp@al.sp.gov.br / www.al.sp.gov.br/ilp

As opiniões e conceitos expressos nos textos assinados, bem como as informações fornecidas, a originalidade dos trabalhos, a citação de fontes e o adequado uso de imagens são de responsabilidade dos autores, não representando concepções oficiais desta publicação ou de sua editoria, do ILP ou da ALESP.

Publicação de livre acesso e distribuição gratuita. É permitida a reprodução, para fins de pesquisa e educacionais, não lucrativos, desde que citada a fonte.

Instituto do Legislativo Paulista



SUMÁRIO

Editorial.

Any Ortega e Silmara Lauar
9-10

Prefácio

Karina do Carmo
11-12

ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO:

A NOVA FRONTEIRA NO PROCESSO PARA A PRODUÇÃO DE LEIS

Análise de Impacto Legislativo: alguns passos de uma agenda inadiável

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Carmen Silvia L. de Arruda e Renata Rocha Villela
15-18

Avaliação de Impacto Legislativo, constituição e direitos fundamentais

Ana Paula de Barcellos
19-39

Desarmar conflitos: reflexões sobre o possível papel da análise de impacto legislativo no contexto da disputa política

Carlos Otávio Bandeira Lins
40-46

Os superpoderes do Relator-Geral do Orçamento: as emendas parlamentares (RP-9) no Brasil e as earmarks nos Estados Unidos da América

Carina Barbosa Gouvêa e Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco
47-65

Propostas para uma legislação de melhor qualidade

Carmen Silvia Lima de Arruda
66-84

O papel do Congresso Nacional na apreciação dos vetos presidenciais: impactos no processo legislativo a partir de 1988

Michel Kurdoglian Lutaif e Luís Gustavo Faria Guimarães
85-96

Análise de Impacto Legislativo

Avaliação Sucessiva de Impacto Legislativo: vetos integrais a projetos de lei aprovados pela Câmara Municipal de São Paulo (SP) de 2016 a 2020

Felipe Oliveira Marçon Belchior e Maria Nazaré Lins Barbosa
97-128

A importância da advocacia pública na qualificação da produção legislativa

Yuri Carajelescov
129-150

Impulso Legislativo: a avaliação do impacto financeiro e orçamentário

Bruno Mitsuo Nagata
151-158

Análise de Impacto Legislativo ex ante e ex post: a atividade legislativa sob as premissas do Constructivismo Lógico-Semântico

Ronaldo José de Andrade
159-184

A institucionalização da Análise de Impacto Legislativo em perspectiva comparada: Brasil e União Europeia

Victor Marcel Pinheiro
185-203

Governança pública multinível: um efeito legislativo felizmente inferido, mas à deriva? análise a partir da legislação brasileira sobre o saneamento básico

Ciro di Benatti Galvão
204-223

Técnica legislativa e a Lei dos Crimes Hediondos

Lucas Catib de Laurentiis, Fernanda Carolina de Araújo Ifanger e Strauss Vidrich de Souza
224-241

Reforma da Lei de Improbidade e devido processo legislativo

Laura M. Amando de Barros e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
242-273

Crêterios da edi o de medidas provisórias: há espaço para judicializa o analítica de relevância e urgência?

Marco Aurélio Sampaio

274-298

Processo legislativo e motiva o: a análise da (in)viabilidade de controle jurisdiccional de constitucionalidade da lei com fundamento na justificativa ou na exposi o de motivos do projeto de lei

Carlos Roberto de Alckmin Dutra

299-316

Análise de Impacto Legislativo como instrumento de responsabilidade política e legitimidade do processo legislativo

Telma Rocha Lisowski

317-331

Judicializa o e devido processo legislativo   luz do princípio da integridade: um possível diálogo entre os poderes

Regina Vera Villas Bôas, Gabrielle Valeri Soares e Ivan Martins Motta

332-352

POLÍTICA EDITORIAL

359

EDITORIAL

Voltado para o estudo e a capacitação que têm o potencial de qualificar os debates de temas prementes e, por decorrência, dar suporte a uma legislação capaz de ser responsiva, o Instituto de Estudos, Capacitação e Políticas Públicas do Poder Legislativo do Estado de São Paulo (Instituto do Legislativo Paulista – ILP), por meio deste quinto número de sua *Revista*, traz contributos analíticos aptos a promoverem reflexões sobre o que rege as políticas públicas: os ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, a *Revista do ILP* aspira a contribuir para que circule a crítica e a reflexão aptas a apontarem para o aperfeiçoamento do processo legislativo.

O processo legislativo, ou seja, o caminho pelo qual se produzem as leis, e de que modo elas são produzidas, se constitui em campo especializado, complexo e de maior responsabilidade, visto que seus resultados afetam, de maneira direta ou indireta, a organização da sociedade e das instituições, das empresas e da administração pública, enfim, a vida de todos. Estes aspectos ficaram evidenciados de forma inequívoca, por exemplo, durante os debates do I Congresso Brasileiro de Direito Legislativo, realizado na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo em agosto de 2022, por meio de uma parceria entre a Alesp, por meio do ILP, e o IBDL (Instituto Brasileiro de Direito Legislativo), cujas Atas foram publicadas no número 4 deste periódico.

Trata-se o lidar com este processo, portanto, de atividade que exige perícia, precaução, conhecimento e bom-senso, que demanda olhares perspectivos e retrospectivos, que requer suporte técnico da melhor qualidade e que, sob pena das consequências, deve prover os melhores resultados, na forma de leis ponderadas, adequadas, eficazes, razoáveis e exequíveis.

Os artigos presentes neste volume provêm de um ciclo de palestras realizado em 2021, e que agora se encontra sedimentado em forma de artigos, que têm o objetivo de alimentar o debate público e estabelecer diálogo com a atividade parlamentar da Alesp e para além desta Casa Legislativa, notadamente das câmaras municipais.

Portanto, como espaço de capacitação e disseminação de conhecimento capaz de oferecer subsídios de cunho técnico-científico para as diferentes instâncias da sociedade, o que inclui o poder público

e o Parlamento, o ILP, com mais esta publicação, cumpre o seu papel de colocar em pauta os procedimentos destinados a aperfeiçoar a qualidade dos atos normativos por meio do aperfeiçoamento de seu processo de produção.

Também por ter vocação a se consolidar como centro de pesquisa, o ILP, ao dar visibilidade ao debate de tema tão premente, como a importância das avaliações de impacto *ex ante* e *ex post* das proposições legislativas e normativas, contribui para o estudo de modo informado dos instrumentos capazes de levar a cabo as políticas públicas que atendam de modo ótimo aqueles a que se destinam.

A *Revista do ILP* muito agradece as contribuições recebidas e a dedicação dos organizadores do conteúdo deste volume, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Carmen Silvia L. de Arruda e Renata Rocha Villela, cujo esforço de colaboração, iniciado em 2021, se vê agora devidamente registrado.

Por fim, como obrigação da boa prática editorial, observamos que as opiniões emitidas pelos colaboradores são de responsabilidade pessoal, no contexto democrático da livre expressão e debate de ideias e, portanto, suscetíveis do contraditório. Ainda, que não expressam, necessariamente, o pensamento e as posições institucionais do ILP ou da ALESP. A *Revista do ILP* receberá com satisfação a submissão de trabalhos que incrementem o debate sobre o tema.

Any Ortega
Editora

Silmara Lauar
Editora-Associada

PREFÁCIO

Durante milênios, literalmente, a questão da melhor forma de governo, que reflete o problema central de se conviver em sociedade, tem atormentado os pensadores políticos. Desde os antigos gregos, em especial com Aristóteles, a reflexão sobre o melhor regime político já era colocada e debatida, em termos de vantagens e desvantagens, potencialidades e fragilidades.

Hoje em dia, passados muitos e muitos séculos, a democracia se afigura, na tradição histórica do mundo ocidental, como a forma de governo mais adequada. No entanto, é ela mesma uma construção frágil, que necessita ser continuamente sustentada e adequada quanto aos seus rumos. Inúmeras ameaças pairam sobre ela, e não são poucos os exemplos de regimes democráticos que sucumbiram frente às forças do autoritarismo e do totalitarismo.

Os constituintes que elaboraram a Carta Magna Federal brasileira de 1988, cientes da necessidade de salvaguardar o Estado Democrático de Direito, preocuparam-se em fornecer meios para que a democracia se estabelecesse de forma eficiente, eficaz e transparente, de forma a salvaguardar o interesse público e atender às legítimas demandas da sociedade. Entre os instrumentos propostos se encontram as escolas de governo, das quais as escolas legislativas são diretamente derivadas. O Instituto do Legislativo Paulista é uma delas.

Diferentemente da antiga Grécia, em que a Democracia era direta, atualmente não se tornou ainda viável a organização de uma ágora onde os cidadãos possam debater e tomar decisões, sendo necessária a organização representativa, da qual surge a instituição do Parlamento. Aqui, são os parlamentares eleitos que, detendo mandato popular, se esforçam para atender as demandas, necessidades e anseios da sociedade que representam. O mecanismo para que isto ocorra é denominado de “processo legislativo”.

Assim como uma das funções das “escolas de governo” é fomentar a administração pública no que tange a formas de funcionamento que potencializem sua atuação e maximizem seus resultados, cabe às “escolas legislativas” subsidiar o processo legislativo, ou seja, o caminho pelo qual a legislação é pensada e elaborada, visando garantir o interesse comum da forma mais adequada.

É justamente isso a que o ILP se propõe com a publicação deste número da “Revista do ILP”, intitulado “Análise de Impacto Legislativo: a nova fronteira no processo para a produção de leis”.

O volume aqui apresentado, organizado por eminentes juristas preocupados com a questão, é derivado de um debate promovido pelo Instituto e reúne textos de diversos especialistas que têm se dedicado ao aprofundamento do tema. Como é fundamental em toda sociedade democrática, o leitor notará a preocupação com o livre debate de ideias, que não necessariamente representam posições oficiais ou mesmo predominantes na ALESP, mas que são divulgadas tendo como base a garantia da livre expressão e que poderão ser submetidas ao contraditório por quem assim o desejar, mas que efetivamente constituem um ponto de sustentação firme para a discussão de caminhos de grande interesse para o futuro do Parlamento, de seu funcionamento e da própria valorização da função parlamentar.

O Instituto do Legislativo Paulista tem se esforçado, ao longo de seus 21 anos de existência, em justamente propiciar a capacitação política e fomentar a cidadania, numa realidade em constante transformação, e esta é mais uma contribuição para o aperfeiçoamento de nossas instituições, cujo poder delegado do povo deve ser exercido pelos meios mais apropriados, constantemente aperfeiçoados, em benefício do cidadão.

Karina do Carmo
Diretora-Presidente do ILP



Análise de
Impacto
Legislativo:
a nova fronteira no
processo para a
produção de leis



APRESENTAÇÃO

ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO: ALGUNS PASSOS DE UMA AGENDA INADIÁVEL

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
Carmen Silvia L. de Arruda
Renata Rocha Villela

Entre agosto e setembro de 2021, em meio à pandemia da Covid 19, atendendo ao gentil convite de nossa anfitriã no Instituto do Legislativo Paulista - ILP, a profa. Any Marise Ortega, aceitamos com muita satisfação o desafio de organizar um curso sobre análise de impacto legislativo.

Foram oito encontros extremamente produtivos nos quais doze estudiosos do processo legislativo debateram conosco os desafios atuais para que consigamos ter uma legislação de maior qualidade no nosso país, isso sobretudo a partir de uma melhor estruturação do procedimento existente para a sua respectiva aprovação.

Afora o rufo de ar fresco que tal formação representou para a dura rotina de isolamento social estabelecida no período, na qual o encontro com pessoas queridas no mais das vezes só era viável por intermédio das salas virtuais que nos foram disponibilizadas pela tecnologia, o curso foi incrivelmente gratificante pelo rico debate que tivemos sobre o tema, isso num contexto em que buscávamos, todos, de alguma forma testar ideias que pudessem contribuir para uma melhor performance do Estado brasileiro no enfrentamento das adversidades que se colocavam para nossa sociedade.

Imbuídos neste espírito de construção, através do Direito, de possíveis alicerces para um agir mais eficiente por parte do Legislativo no que se refere a sua missão precípua na nossa ordem constitucional, perguntamos aos nossos convidados como o instituto do “processo”, e, em especial, o da análise de impacto, poderia cumprir um importante papel para o atingimento deste objetivo.

Nesse caminhar recebemos Natasha Salinas, no dia 03.08, para inaugurar nossos trabalhos com a temática “Análise de Impacto Legislativo (AIL): características e importância”. Em seguida foi a vez de conversarmos com José Levy sobre “as etapas para a elaboração da AIL: definição do problema, dos objetivos e das alternativas possíveis”.

Dando sequência na nossa programação, foi a vez de debatermos com André Cyrino sobre “Devido processo legislativo, dever de motivação e judicialização”, ao que se seguiu um encontro com Vivian Ferreira e Bruno Nagata com o mote “Grandes temas da AIL: avaliação dos impactos orçamentários, sociais e ambientais das proposições”.

Iniciamos a segunda metade do curso na aula do dia 31.08 nos perguntando sobre se “a Análise de impacto legislativo seria compatível com processo legislativo”, questão que exploramos com auxílio de Andrea Rascovski Ickowicz e Bruna Borghetti Câmara Ferreira. Ainda sob a perspectiva socrática, na atividade subsequente recebemos Juliana Palma para um painel denominado “Devido processo legislativo: deve a AIL ser considerada uma etapa fundamental do processo de elaboração das leis?”

Na reta final da nossa formação ainda discutimos “Análise de Impacto Legislativo retrospectiva ou *ex post*: acompanhamento da efetividade e do impacto das leis”, oportunidade em que recebemos Ronaldo Andrade e Carlos Roberto de Alckmin Dutra.

Por fim, no dia 28/09 tivemos a alegria de finalizar o curso abordando a “Análise de Impacto Legislativo como instrumento para o controle judicial e para a responsabilização política: possibilidades e limitações”, para o que contamos com a expertise de Telma Lisowski e Maria Nazaré Lins Barbosa sobre o assunto.

Ao resultado dessa agradável jornada, que pode ser conferido no canal do ILP no YouTube, propomos ao instituto agregarmos a consolidação de algumas das principais ideias tratadas em uma produção escrita sobre a nossa temática, agora sob o prisma mais amplo do devido processo legislativo.

Recebida a nossa proposta com entusiasmo pelo ILP, demos a largada em mais esse projeto, que com grande satisfação ora entregamos ao leitor.

Ampliando nosso rol de interlocutores acerca do nosso objeto de estudo, nesse número especial da revista do ILP reunimos 17 ensaios que tratam de diferentes facetas do problema da qualidade da legislação e sobre como podemos adequadamente endereçá-lo, isso sobretudo

através da noção de um devido processo aplicável ao iter de aprovação de leis.

Assim, abrimos esse volume da publicação com um texto de Ana Paula Barcellos, uma das principais acadêmicas do nosso país que se dedicam ao tema da fundamentação de projetos de lei, sobre “Avaliação de Impacto Legislativo, Constituição e Direitos Fundamentais”.

O presente esforço editorial avança com um ensaio de Carlos Otávio Bandeira Lins sobre “Desarmar conflitos: reflexões sobre o possível papel da análise de impacto legislativo no contexto da disputa política” e com outro de Carina Gouvêa e Pedro Castelo Branco sobre “Os superpoderes do Relator-Geral do orçamento: as emendas parlamentares (RP-9) no Brasil e as *earmarks* nos Estados Unidos”.

Ainda nesta parte que poderíamos enquadrar como de estudos mais gerais sobre o processo legislativo, temos um texto de Carmen Silvia Lima de Arruda versando sobre “Sugestões para a melhoria da qualidade legislativa”, uma reflexão de Michel Lutaif e Luís Gustavo Guimarães sob o título “O papel do Congresso Nacional na apreciação dos vetos presidenciais: impactos no processo legislativo a partir de 1988” e outra de Felipe Oliveira Marçon Belchior e Maria Nazaré Lins Barbosa sobre “Avaliação sucessiva de impacto legislativo: vetos integrais a projetos de lei aprovados pela Câmara Municipal de São Paulo de 2016 a 2020”.

Yuri Carajelescov escreve sobre “A importância da advocacia pública na qualificação da produção legislativa” e Bruno Mitsuo Nagata sobre “Impulso legislativo: a avaliação do impacto financeiro e orçamentário”, sendo que encerramos essa etapa com ensaios de Ronaldo de Andrade e de Victor Marcel Pinheiro, que nos apresentam reflexões sobre “Análise de Impacto Legislativo *ex ante* e *ex post*: a atividade legislativa sob as perspectivas do constructivismo lógico-semântico” e “Análise de Impacto Legislativo em perspectiva comparada: Brasil e União Europeia”, respectivamente.

Na sequência o leitor é contemplado com estudos que exploram nosso tema com foco em algumas produções legislativas específicas.

A segunda parte da revista inicia-se com um texto de Ciro di Benatti Galvão sobre “Governança pública multinível e análise de impacto legislativo: um efeito legislativo felizmente inferido, mas à

deriva? Abordagem inicial a partir da legislação brasileira sobre o saneamento básico”.

Lucas Catib de Laurentiis, Fernanda Carolina de Araújo Ifanger e Strauss Vidrich de Souza tratam da “Técnica legislativa e a Lei de Crimes Hediondos”, enquanto Laura Amando de Barros e Alexandre Cunha Filho discorrem sobre “Reforma da Lei de Improbidade e devido processo legislativo”.

Na terceira parte da publicação temos estudos que tratam do papel dos órgãos de controle no que se refere aos ditames de um devido processo legislativo.

Nesta etapa Marco Aurélio Sampaio discorre sobre “Critérios da edição de MPs: há espaço para judicialização analítica de relevância e urgência?”, enquanto Carlos Roberto de Alckmin Dutra trata de “Processo legislativo e motivação. A análise da (in)viabilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade da lei com fundamento na justificativa ou na exposição de motivos do projeto de lei”.

Ainda sobre o controle, Telma Rocha Lisowski nos oferta um estudo sobre “Avaliação de Impacto Legislativo como Instrumento de Responsabilidade Política e Legitimidade do Processo Legislativo” e, finalmente, Regina Vera Villas Bôas, Gabrielle Valeri Soares e Ivan Martins Motta abordam o tema da “Judicialização e devido processo legislativo à luz do princípio da integridade: um possível diálogo entre os poderes”.

Esperamos, com essas duas iniciativas (curso e revista), que só puderam se concretizar com o apoio do ILP, trazer elementos para enriquecer um debate que se faz inadiável entre nós.

AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

LEGISLATIVE IMPACT ANALYSIS, CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Ana Paula de Barcellos

Resumo

O presente texto aborda o tema da análise de impacto legislativo no contexto de uma “cultura de justificação” que, de modo mais amplo, deveria fazer parte do dia a dia de todo tomador de decisão estatal. Tendo como pressuposto que as normas produzidas pelo Legislativo afetam os indivíduos direta ou indiretamente, sustenta-se que, como reflexo da dignidade humana, toda pessoa possui um direito fundamental de receber justificativas acerca das ações estatais em geral e, em particular, da elaboração legislativa. Além disso defende-se que, como qualquer ação do Estado tem por finalidade a preservação e promoção de direitos fundamentais, considerando a relevância do papel da legislação para a concretização de tais objetivos, esta deve ser produzida de modo devidamente refletido, para o que a realização de estudos de impacto corresponde a um importante instrumento. A pesquisa valeu-se de método hipotético e de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Análise de Impacto Legislativo; direito à justificativa; dignidade humana; direitos fundamentais; democracia.

Abstract

This paper addresses the issue of Legislative Impact Analysis in the context of a “culture of justification” that, more broadly, should be part of the daily life of every state decision-maker. Assuming that the norms produced by the Legislature affect individuals directly or indirectly, it is argued that, as a reflection of human dignity, every person has a fundamental right to

receive justifications regarding state actions in general and, in particular, legislative elaboration. In addition, it is argued that, as any State action has the purpose of preserving and promoting fundamental rights, considering the relevance of the role of legislation for the achievement of such objectives, this must be produced in a duly reflected manner, for which the carrying out impact studies is an important instrument. The research used a hypothetical method and a bibliographic review.

Keywords: Legislative Impact Analysis; right to justification; human dignity; fundamental rights; democracy

Sumário: 1. Introdução – localizando o tema da AIL e suas relações com o Direito Constitucional. 2. O direito fundamental a receber justificativas. 3. O respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais levados a sério. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução: localizando o tema da AIL e suas relações com o Direito Constitucional

O tema da Avaliação de Impacto Legislativo – AIL se liga a discussões mais amplas do que se tem denominado “cultura de justificação” nas democracias contemporâneas. Cabe às maiorias parlamentares, por meio do voto, tomar decisões dentro dos limites constitucionais; em adição, a “cultura de justificação” postula que essas decisões sejam justificadas e justificáveis, até porque, em sociedades plurais, muitas pessoas não concordarão com as decisões tomadas. Nesse contexto, e de forma simplificada, a AIL veicula a ideia geral de que as proposições normativas discutidas e eventualmente aprovadas pelo Legislativo devem ser justificadas e avaliados os impactos que se imagina que a medida terá sobre diferentes aspectos considerados relevantes (MUREINIK 1994, MÖLLER, 2018).

A Constituição de 1988 exige, por exemplo, que o Legislador avalie os custos associados a determinadas proposições normativas (e.g., arts. 169, § 1º e 195, § 5º, da Constituição, e art. 113 do ADCT). Vários dispositivos se preocupam com a avaliação ao longo do tempo de políticas públicas (e.g., art. 37, § 16, art. 193, parágrafo único) e de sistemas normativos ainda mais gerais, como o sistema tributário

nacional (art. 52, XV). Mas a verdade é que não há uma regra geral explícita na Constituição sobre o tema da AIL.

A pergunta que este texto quer responder é a seguinte: para além de algo desejável no âmbito de uma “cultura de justificação” e das regras constitucionais específicas referidas acima, existe algum dever constitucional geral de justificar proposições legislativas oponível ao legislador? O legislador está constitucionalmente obrigado a fazer algum tipo de prognose dos impactos da legislação que discute e aprova? A resposta, já se adianta, é positiva. Este texto pretende abordar objetivamente apenas um dos fundamentos constitucionais que conduz a essa conclusão: os direitos fundamentais. Antes, porém, é preciso localizar o tema da AIL no Direito Público e Constitucional em particular.

A chamada “cultura de justificação” desdobra-se em duas grandes vertentes no campo do Direito Público: (1) a possibilidade de avaliação – em geral pelo Judiciário – do quão justificável (ou injustificável) é o conteúdo de uma ação estatal; e (2) a necessidade de que a edição de atos estatais seja justificada, isto é, seja acompanhada de justificativa, bem como que a preservação de políticas públicas continue a ser justificada ao longo do tempo por meio do monitoramento e avaliação de seus resultados. O tema da AIL se insere de forma direta na segunda vertente.

As duas vertentes – os atos estatais devem ser justificáveis e justificados antes de sua edição e ao longo do tempo – são diversas, mas relacionadas. Na primeira vertente se inserem os múltiplos debates em torno do papel do Judiciário no controle do quão “justificável” é ou não a ação estatal, e inclui o controle de constitucionalidade das leis por violação à razoabilidade e à proporcionalidade, o controle de validade dos atos infralegais por desrespeito a esses mesmos parâmetros, os contornos desses parâmetros, a legitimidade, os limites e as possibilidades de atuação do Judiciário nesse particular etc.. Nessa vertente, portanto, o Judiciário examina o conteúdo da ação estatal e não é incomum que, ao invés de invalidar completamente o que foi decidido, preserve o ato estatal alterando seu conteúdo para adequá-lo àquilo que, a seu ver, é justificável.

Na segunda vertente, que interessa mais diretamente a este estudo, o papel do controle a ser eventualmente levado a cabo pelo Judiciário é diverso. Se existe um dever jurídico de que o órgão ou entidade administrativa apresente uma justificativa quando da edição de

um ato, e tal justificativa não foi apresentada, o ato será inválido. No mesmo sentido, se o legislador deve proceder a determinado tipo de avaliação durante o processo legislativo e não o faz, a lei aprovada será formalmente inconstitucional. Em ambos os casos, porém, caberá ao agente estatal competente, e não ao Judiciário, decidir retomar o assunto (ou não) e tomar uma nova decisão na matéria, agora observando o dever de justificar anteriormente descumprido. Os debates aqui, como se vê, voltam-se para o papel do Judiciário no controle dos procedimentos de tomada de decisão no âmbito do Estado, e não para o controle do conteúdo da decisão tomada. A atuação judicial no que diz respeito a exigências de monitoramento e avaliação dos resultados produzidos por leis vigentes envolve ainda outras discussões, mas que, de todo modo, são diversas daquelas que dizem respeito ao controle do conteúdo das leis¹.

Embora distintas, as duas vertentes se relacionam. A exigência de que o ato estatal seja justificado *ex ante* – isto é: que um agente estatal apresente por escrito razões para sua decisão, e que essa justificativa contenha determinados conteúdos (*e.g.*, um prognóstico dos impactos do ato) – provavelmente minimiza o risco de que decisões flagrantemente irrazoáveis sejam tomadas, criando incentivos para que, além de justificados, o conteúdo dos atos seja também justificável. Sob outra perspectiva, a existência de uma justificação analítica e abrangente para determinada decisão estatal provavelmente desencadeará maior deferência por parte dos órgãos de controle, incrementando o ônus argumentativo para que se considera que ela seria irrazoável.

Não se pretende, aqui, apresentar as múltiplas relações entre as duas vertentes, mas apenas identificá-las sumariamente e distingui-las, de modo que cabe retornar àquela que trata da necessidade de que os atos estatais sejam justificados, na qual a AIL se insere. A preocupação da AIL não é imediatamente com o conteúdo da norma em si, mas com o momento anterior: com a fase na qual as proposições são apresentadas, discutidas, revistas e, ao fim, aprovadas. Trata-se de um momento que até recentemente não recebia muita atenção do Direito Constitucional (salvo no que diz respeito a regras de iniciativa, competência e quórum no âmbito do Legislativo), como se apenas as normas importassem e não a atividade estatal como um todo, o que inclui a atividade de elaborar normas.

¹ Sobre o tema do monitoramento de políticas públicas, ver Barcellos (2018).

Nada obstante, a preocupação com a necessidade de que os atos estatais sejam justificados não é nova. Tradicionalmente essa é uma exigência imposta às decisões judiciais pela Constituição e que se torna cada vez mais relevante à medida que decisões judiciais, sobretudo de Tribunais Superiores passam a afetar não apenas as partes, mas terceiros e, a rigor, a sociedade como um todo, apresentando clara natureza normativa.

Em relação aos atos praticados pela Administração Pública, afora o dever geral de motivação que decorre da própria Constituição, o legislador tem se ocupado de disciplinar o ponto. No plano da edição de normas, a Lei nº 13.848/2019, que trata especificamente das agências regulatórias, previu (art. 6º) que “a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.

Trata-se, portanto, da exigência de que a agência reguladora, antes de editar um ato normativo, apresente à sociedade sua proposta acompanhada de uma motivação que se ocupe de analisar os possíveis efeitos do ato que se pretende adotar. A lei não detalha quais devem ser os efeitos a serem considerados ou como eles deverão ser avaliados, remetendo o tema a regulamento. A lei prevê ainda a participação da sociedade no processo decisório relativo à edição de novos atos normativos (arts. 9º a 12). Eventuais interessados devem poder apresentar sugestões e críticas à proposta, inclusive e particularmente à luz da análise de impacto regulatório apresentada.

A Lei nº 13.874/2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica, generalizou a exigência de AIR para quaisquer propostas de edição ou alteração de atos normativos de interesse de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, a serem editadas por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública federal, incluídas autarquias e fundações (art. 5º). Ou seja: já não se trata agora de um dever apenas das agências reguladoras, mas da Administração Pública federal como um todo. Além disso, o dispositivo sinaliza que o objetivo da AIR é avaliar “os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.”. A lógica da AIR, nos termos da Lei da Liberdade Econômica, é que o Estado tem o dever de justificar as restrições que pretenda impor à livre iniciativa e à liberdade

econômica dos particulares. Por meio da AIR, portanto, a Administração deverá demonstrar que efeitos a proposta normativa pretende produzir, por quais razões se entende que ela de fato irá produzi-los, e que outros efeitos negativos e custos ela terá, de modo a que seja possível avaliar se ela seria razoável.

Mas o que dizer da edição de normas pelo Poder Legislativo? Estaria o Legislativo submetido a alguma exigência nesse sentido? O legislador pode impor à Administração Pública o atendimento a uma série de deveres de justificação – como de fato fez –, mas exigências contidas em leis, mesmo complementares, não subordinam o legislador do futuro. Nesse sentido, o entendimento do STF é que o desrespeito por leis de exigências da LRF, por exemplo, não gera sua invalidade². Caberia assim à Constituição impor ao legislador tais exigências para que elas fossem cogentes. A pergunta que se pretende responder então é essa: existe uma exigência constitucional de justificativa dirigida ao legislador? A resposta, como já se adiantou, é afirmativa.

Dois eixos de normas constitucionais fundamentam o dever, oponível ao Legislativo, de justificar as proposições legislativas por ele discutidas e aprovadas, embora só se vá discutir de forma específica neste estudo o primeiro deles. O primeiro eixo parte da perspectiva da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são reconhecidos: o respeito a que ela faz jus e os direitos de que é titular, e com os quais os Estados democráticos e o brasileiro em especial estão comprometidos. O segundo eixo parte de uma perspectiva diversa, ainda que correlata: as opções acerca da organização do Estado adotadas pelo sistema constitucional brasileiro. O dever de justificar é uma decorrência lógica das opções constitucionais no particular, das mais gerais – como os princípios republicano, democrático, o Estado de Direito e a garantia do

² STF, DJe 22.6.2011, RE 545.830, Rel. Min. Dias Toffoli: “Por outro lado, observo que o exame do cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000, notadamente a existência de estimativa do impacto orçamentário-financeiro e de medidas de compensação da renúncia de receita, demandariam a prévia análise da referida legislação infraconstitucional, bem como o exame de fatos e provas, o que não se situa na competência desta Corte em sede de recurso extraordinário. No mesmo sentido, destaco os seguintes julgados que trataram da mesma matéria destes autos: RE nº 550.041/RN, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1º/8/07; RE nº 550.075/RN, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 10/12/07, e RE nº 544.847/RN, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 8/5/09.”

devido processo legal – às mais específicas, como as regras que tratam do próprio processo legislativo e da publicidade³.

Na perspectiva da pessoa humana, o dever de justificar do Legislativo decorre de dois argumentos distintos. Em primeiro lugar, do direito fundamental autônomo titularizado por cada pessoa de receber justificativas em relação aos atos de autoridades públicas que lhe afetem de algum modo. Em segundo lugar, dos demais direitos fundamentais, já que a ação estatal – incluindo leis editadas pelo Legislativo – se destina em última análise a assegurar o respeito, a proteção e a promoção dos direitos. Essa atividade deve ser levada tão a sério quanto são sérios seu objetivo e os direitos fundamentais em si: a necessidade de apresentar justificativas para a atividade estatal é um elemento essencial da diligência com que essa atividade deve ser desempenhada. Aprofunde-se então o assunto.

2. O direito fundamental a receber justificativas

As pessoas, todas elas e cada uma delas, são dotadas de dignidade e devem ser tratadas com respeito. Esse é um axioma filosófico e jurídico que dispensa maiores demonstrações e foi consagrado pela Constituição de 1988. Mesmo em situações dramáticas, como a do indivíduo condenado pela prática de um crime à privação de liberdade, a dignidade do indivíduo não desaparece e há um mínimo de condições que caracterizam o ser “tratado com respeito” e, portanto, constituem um direito desse indivíduo.⁴ Pois bem: receber justificativas relativamente aos atos que nos afetam é um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus em decorrência de sua dignidade essencial como ser humano.

O tema do respeito em suas múltiplas dimensões tem ocupado as discussões religiosas, morais e filosóficas por séculos. Um dos aspectos desse debate envolve justamente saber o que exatamente o respeito a que cada ser humano significa e o que o correlato dever de respeitar o próximo exige. Imperativos gerais como “tratar cada pessoa como um fim, e não um meio” e “considerar como relevantes as

³ Para maiores discussões sobre o tema, ver Barcellos (2020).

⁴ O chamado direito penal do inimigo é uma tentativa justamente de despersonalizar o condenado de modo a retirar-lhe essa dignidade essencial e o direito a ser tratado com respeito. Sobre o tema, confira-se Jakobs e Cancio Meliá (2007) e Zaffaroni (2007).

perspectivas e interesses do outro” balizam em certa medida a noção de respeito. Deles decorre, por exemplo, que não se deve causar dano a quem quer que seja, mas também que eventuais efeitos das ações pessoais sobre terceiros – mesmo que não caracterizem juridicamente um dano – sejam acompanhadas de uma nota, uma explicação, uma satisfação, que reconheça afinal a existência do outro e a circunstância de que seus interesses serão afetados (DILLON 2015, HILL 2007, COMPARATO 2006).

A necessidade de ser respeitado tem sido identificada pela psicologia como uma das necessidades humanas básicas. De acordo com a conhecida pirâmide de Maslow das necessidades humanas, receber o respeito dos outros integra as necessidades psicológicas básicas, que só são menos importantes que as necessidades fisiológicas e de segurança. Além de uma necessidade básica, receber respeito dos outros é essencial para o desenvolvimento da autocompreensão do indivíduo como alguém digno e respeitável, sob a forma de sua autoestima (MASLOW 2012, p. 20-21). É certo que existem várias formas de manifestação de respeito, em diferentes circunstâncias, mas apresentar justificativas em geral é uma sinalização praticamente universal e multicultural de que existe uma relação de respeito entre as pessoas, sobretudo entre alguém que exerce autoridade e o subordinado (FORST 2007, p. 209)⁵.

Em pesquisas feitas em várias partes do mundo sobre a percepção subjetiva de bem-estar das pessoas, a experiência de ser respeitado foi identificada com um dos fatores mais importantes associado a sentimentos positivos (TAY e DINIER 2011, p. 358)⁶. E esse bem-estar individual parece refletir na atuação social do indivíduo. Com efeito, estudos indicam que pessoas tratadas com respeito tendem a cooperar mais com o grupo ao qual pertencem. Ou seja: independentemente de considerações sobre a importância moral de tratar qualquer pessoa com o respeito, o que se observa é que, ao se perceberem alvo do respeito e consideração por parte do líder, as

⁵ No original: “*This is thus the most universal and basic claim of every human being, which other human beings or states cannot reject: the right to justification, the right to be respected as a moral person who is autonomous at least in the sense that he or she must not be treated in any manner for which adequate reasons cannot be provided*”.

⁶ No original: “*Basic needs were the strongest predictor of life evaluations; respect and social needs were the strongest predictor of positive feelings*”.

pessoas tendem a ser mais colaborativas e a se comprometerem com mais intensidade com o projeto do grupo (DE CREMER 2002, p. 1335)⁷.

Já reingressando em temas jurídicos, é interessante que mesmo em situações de ruptura social dramática, como é o caso, por exemplo, do fenômeno da demissão coletiva, as normas internacionais exigem que a empresa apresente justificativas aos funcionários a serem demitidos, explicando a necessidade dessa providência.⁸ Independentemente da eventual judicialização dessa justificativa, sob a perspectiva imediata do indivíduo que foi demitido, a justificativa vincula-se muito mais com uma manifestação de respeito da empresa para com seus ex-funcionários.

As pessoas, na realidade, são seres que dão explicações e querem recebê-las (FORST 2007, p.13)⁹, sendo certo que ser tratado com respeito está diretamente ligado a receber explicações para atos que afetem o indivíduo. Muitos momentos de protestos, revoltas e revoluções, sob realidades culturais diversas, envolveram justamente o clamor público por satisfações, justificativas, respeito (Idem, pp. 205-206 e 209)¹⁰. Em resumo, apresentar justificativas é uma exigência do

⁷ No original: “*The present research examined the effect of respect communicated by fellow group members on one’s willingness to contribute to the group’s welfare. Based on the procedural justice literature, it was expected that respect would communicate important relational information, consequently enhancing people’s motivation to promote the group’s welfare. Using a public good dilemma, it was found that respect indeed motivated group members to contribute more to the group’s welfare and that this was most pronounced among group members who felt least included (i.e., peripheral members) relative to group members who felt included (i.e., core members). These findings illustrate the importance of decision makers’ concerns about viable and positive intragroup relationships in their decision to cooperate or not*”.

⁸ O ponto é abordado na Convenção OIT 158, ratificada pelo Brasil, mas denunciada em 1996.

⁹ No original: “*The classic definition of human beings as animal rationale, as beings endowed with reason, means that human beings are justifying, reason-giving beings*”.

¹⁰ No original: “*Preceding all demands for concrete human rights, there is one basic right being claimed: the right to justification. (...) The demand springs up where people ask for reasons, for the justification of certain rules, law, and institutions, and where the reasons that they receive no longer suffice; it arises where people believe that they are treated unjustly as members of their culture and society and also as human beings. They may have no abstract or philosophical idea of what it means to be a ‘human being’, but in protesting they believe that there is at least one fundamental moral demand that no culture or society may reject: the unconditional claim to be respected as someone who deserves to be given justifying reasons for the actions, rules, or structures to which he or she is subject*”.

respeito devido aos indivíduos, de modo que é possível afirmar que há igualmente, e com ainda maiores razões, um direito a receber justificativas nas relações dos indivíduos com o Poder Público, incluindo o Poder Legislativo¹¹. Essa exigência é tanto mais importante nas democracias contemporâneas em que há grande diversidade e pluralismo e, portanto, divergência. Ou seja: é natural imaginar que em relação a qualquer lei aprovada pelo Legislativo, uma grande quantidade de pessoas, que será afetada pela norma, não estará de acordo com o seu conteúdo.

Três observações parecem importantes antes de prosseguir. Em primeiro lugar, a justificativa apresentada por quem quer que seja poderá sempre ser equivocada, falsa ou ter por objetivo enganar e manipular os destinatários das ordens. A apresentação de justificativas – por importante que seja – não nos livra da nossa humanidade e nem resolverá todos os problemas: os riscos continuam. Esses riscos são minimizados, em um primeiro momento, pela existência de uma sociedade plural na qual qualquer justificativa apresentada poderá ser objeto de todo tipo de crítica dos diferentes grupos da sociedade. Na verdade, a apresentação de uma justificativa fomenta a possibilidade de existência desse debate. Em um segundo momento, esses riscos são controláveis em certa medida pelo Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade do conteúdo da eventual norma que seja afinal editada: trata-se da primeira vertente da “cultura de justificação” referida acima.

Em segundo lugar, o direito fundamental a receber justificativas que se está a expor aqui não significa ou exige que os destinatários da justificativa concordem com ela, mas apenas que, potencialmente, possam compreendê-la, ainda que discordando (FORST 2007, p.15)¹². Ou seja: não se trata de um debate propriamente sobre a racionalidade inerente à justificativa, ou de uma ilusão acerca da possibilidade de consenso, ou de controle de seu conteúdo, mas de dar e receber justificativas. Nesse sentido o direito a receber justificativas se aproxima do direito de ação no que toca a sua autonomia em relação ao direito material discutido no âmbito de uma

¹¹ É possível identificar também um direito a receber justificativas no âmbito de outras relações em que há subordinação ou exercício de autoridade de algum tipo.

¹² No original: “*Such reasons are also part of the public game of reasoning, but only insofar as the reasons that distinguish an action as rational can potentially be comprehended by other rational beings; they do not, however, require others’ acceptance for their validity as good reasons*”.

demanda judicial. Também o direito a receber justificativas é autônomo em relação ao eventual debate acerca do mérito das explicações apresentadas.

Por fim, e em terceiro lugar, é certo que a relação dos indivíduos com o Estado e com as normas por ele editadas não é equiparável àquela que existe entre duas pessoas quaisquer, ou ainda àquela que se estabelece entre subordinados e seu chefe ou empresas e seus funcionários, embora também nesses ambientes o respeito seja devido. Em uma democracia, o indivíduo já não é súdito, mas cidadão, participante de um governo cuja autoridade deriva, em última análise, do conjunto de indivíduos. O ponto é importante porque, se mesmo no âmbito desses espaços, nos quais há claramente uma relação de subordinação, a exigência de apresentação de justificativas por parte de quem exerce autoridade se verifica, muito mais ainda em relação ao Poder Público no que diz respeito a sua atuação em geral e a sua atividade normativa em particular. Daí porque, no espaço das relações entre Estado e cidadãos, se pode falar de um direito fundamental a receber justificativas¹³.

Como já referido, é amplamente consolidada a regra de que a atuação do Estado juiz – isto é: as decisões judiciais – deve sempre ser motivada e o mesmo se pode afirmar em relação a atos administrativos que afetem indivíduos em particular. Mas o que dizer da atividade normativa? Como visto, o direito a receber justificativas se relaciona com a circunstância de alguém ser afetado por um ato ou decisão. A pergunta que se coloca nesse contexto é simples: a atividade normativa do Legislativo afeta a vida das pessoas? A resposta, por evidente, é afirmativa.

As normas editadas pelo Poder Público, sejam leis formais ou atos infralegais, mas com conteúdo normativo, destinam-se justamente a conduzir de algum modo a conduta das pessoas. É para isso que elas são editadas, pois se nenhuma alteração precisasse se verificar no mundo dos fatos (e das condutas), provavelmente não seria editada norma alguma. Não há dúvida possível acerca dessa assertiva: as

¹³ Na realidade, no âmbito das relações entre cidadão e Estado, além do direito de receber justificativas, há também um direito de participar da elaboração dos atos do Poder Público. Esse, porém, é um tema diverso, ainda que relacionado, e não será aprofundado neste estudo. Vale o registro, porém, no sentido de que a apresentação de justificativas cria melhores condições para a participação dos cidadãos, já que lhes dá acesso às razões e informações consideradas pelos agente públicos.

normas editadas pelo Poder Público, e pelo Legislativo em particular, existem para afetar a vida das pessoas.

Um critério de que se poderia cogitar para distinguir os atos normativos das decisões judiciais e dos atos administrativos concretos seria a circunstância de que estes últimos produzem de forma certa e razoavelmente imediata efeitos sobre a esfera jurídica de seus destinatários. As normas, por seu turno, podem ou não produzir efeitos sobre determinadas pessoas – já que eventualmente alguém jamais terá contato, por exemplo, com uma norma penal – e esses efeitos, mesmo quando se verificarem, não são necessariamente imediatos.

A distinção resumida é em alguma medida real, mas não é relevante para o que se discute aqui. A simples possibilidade potencial que toda norma carrega de afetar a vida das pessoas já é suficiente para que o indivíduo tenha o direito a receber explicações sobre ela como decorrência do direito a ser tratado com respeito como pessoa dotada de dignidade. Não custa lembrar que o efeito ordinário que a norma pode produzir na vida das pessoas não é em geral o de uma sugestão gentil, mas de um comando cuja observância poderá ser garantida por meio da violência titularizada pelo Estado. Não se trata de uma bobagem ou de uma coisa qualquer (WALDRON 2006, p.19)¹⁴.

Ademais, as pessoas são afetadas pelas normas mesmo que não seja de forma direta por meio de um ato que as aplique levado a cabo pelo Judiciário ou pela Administração Pública. O sistema normativo de repressão penal, por exemplo, afeta a sociedade como um todo, inclusive aqueles que jamais serão alvo de uma investigação criminal. As normas urbanísticas e ambientais afetam a qualidade de vida de todas as pessoas, mesmo as que não são titulares de qualquer bem imóvel, por exemplo. A decisão de alocar recursos públicos em determinado serviço tem múltiplos efeitos, tanto no sentido de tornar o serviço mais disponível quanto de reduzir a oferta de outros, que terão acesso a menos financiamento. Não há necessidade de prosseguir na enunciação. As normas estatais são atos que afetam a vida das pessoas, direta ou indiretamente, e, portanto, elas têm o direito de receber

¹⁴ No original: “*We argue for democracy in the light of what political systems do: They exercise power; they have an impact on people’s lives; they bind whole communities; they impose costs and demand sacrifices. It is because of all this that we make demands about voting and enfranchisement: We say that each person is entitled to a vote, for example, because of the potential momentousness for him or her of the decisions that are being made*”.

explicações (FORST 2007, p.194)¹⁵, assim como acontece com outros atos do Poder Público. O registro de Victor Nunes Leal (1945; 1960, p.8) abordando o ponto merece ser transcrito:

Capítulo dos estudos jurídicos que ainda exige acuradas pesquisas e meditações para uma adequada sistematização é o relativo à arte de fazer as leis. (...) 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 consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.

Além do impacto sobre a existência das pessoas produzido pelas normas, a lógica apresentada subjacente ao direito fundamental de receber justificativas aplica-se integralmente às relações entre o indivíduo e o Poder Público no contexto da elaboração legislativa. Apresentar justificativas exigirá o esforço de incluir os afetados em suas considerações. A autoridade precisará dedicar um tempo para elaborar a justificativa. Nesse processo, quem elabora a justificativa procura, em geral, demonstrar que o ato não é resultado de um voluntarismo puro, absurdo ou caprichoso, de modo a incrementar sua aceitação e minimizar as possíveis críticas e reações.¹⁶ Esse esforço é uma exigência de tratar o outro com o respeito exigível por sua consideração de ser humano.

Do ponto de vista dos destinatários, a existência de uma justificativa comunica a ideia de que eles não são apenas máquinas que recebem comandos, mas pessoas dignas de respeito e seres pensantes, ainda que pensem diferente e tenham opiniões diversas daquelas que a proposição legislativa reflete. A existência de uma justificativa veicula ainda a noção de que, ao menos em tese, existe uma racionalidade subjacente à norma, de modo que seus efeitos sobre as pessoas podem ser justificáveis e, quem sabe, até razoáveis. As pessoas não são

¹⁵ No original: “According to this principle, each member within a context of justice has a basic right to justification, that is, a right to adequate reasons for the norms of justice that are to be generally in force”.

¹⁶ É possível, claro, que uma autoridade seja totalmente indiferente às reações dos destinatários de seus atos, mas o fenômeno será mais difícil em uma democracia. Ainda assim, a exigência da justificativa pode ao menos potencializar o chamado “efeito civilizador da hipocrisia”.

simples meios, jogados de um lado para o outro sem qualquer razão ou motivo. Aliás, em sentido similar com o que já foi observado em outras relações sociais, e como já referido, há estudos apontando que a apresentação de justificativas e razões para as normas no âmbito de um procedimento aumenta a adesão a elas por parte da população (TYLER 2008, pp. 717 e 719)¹⁷.

Por fim, é certo que a discussão acerca do respeito, proteção e promoção de todos os demais direitos passa em boa medida pelo tema, prévio, da apresentação de justificativas e, *a fortiori*, pelo direito a recebê-las. Por que determinados direitos serão restringidos? Alguma explicação deve ser apresentada. Por que outros estão sendo promovidos tão lentamente? Espera-se que haja razões plausíveis para isso. Por que se vai priorizar o atendimento de determinados direitos e não de outros? Receber explicações e razões para essas múltiplas opções integra o próprio conceito de justiça ou, mais precisamente, de ser tratado com justiça em relação aos direitos de forma ampla (FORST 2007, p.191)¹⁸. Na realidade, paralelamente aos demais direitos em si, há um direito fundamental autônomo à justificativa acerca das ações ou omissões estatais relativamente ao respeito, à proteção e à promoção dos direitos em geral (Idem, p.194)¹⁹.

Em resumo, o direito de cada indivíduo de ser tratado com respeito decorre de sua dignidade. Um dos conteúdos essenciais do

¹⁷ No original: “*Research by Tyler (2006b) demonstrates that perceptions of system legitimacy do shape everyday compliance with the law, which is a conclusion that is also supported by more recent studies (SUNSHINE; TYLER, 2003a; Tyler and Huo 2002). Furthermore, perceived legitimacy seems to have more influence on compliance than do subjective assessments of the likely risk of punishment. (...) The procedural basis of legitimacy is especially strong with respect to public opinion concerning political and legal institutions. Studies of Presidency (Tyler, Rasinski, and McGraw 1985), the legislature (Hibbing and Theiss-More 1995; 2002), and the Supreme Court (Tyler and Mitchell 1994) all suggest that when citizens are evaluating government institution they focus primarily on the fairness of the procedures by which the institution makes policies and implements its decisions. Research on work organizations also suggests that perceived legitimacy has a strong procedural basis (TYLER; BLADER, 2000; 2005)*”.

¹⁸ No original: “*From the perspective of justice, it makes all the difference whether someone is denied particular goods or opportunities unjust(ifiab)ly*”.

¹⁹ No original: “*Within such a framework, therefore, a highest principle applies, which prevails normatively and criterially over other values referred to: the principle of reciprocal and general justification, according to which every claim to goods, rights or freedoms must be grounded reciprocally and generally, whereby one side may not project its reasons onto the other, but must discursively justify them*”.

respeito a que cada indivíduo faz jus é o direito de receber justificativas em relação aos atos que irão afetá-lo ou o afetem. As normas produzidas pelo Legislativo afetam os indivíduos direta ou indiretamente, de modo que há um direito fundamental de receber justificativas acerca das ações estatais em geral e, em particular, na elaboração legislativa.

3. O respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais levados a sério.

Um segundo fundamento constitucional do dever legislativo de apresentar justificativas para as proposições editadas diz respeito à necessidade de os agentes envolvidos na atividade estatal levarem tão a sério quanto possível os direitos fundamentais. E isso porque as normas sempre afetam em alguma dimensão os direitos das pessoas. Logo, a elaboração normativa deve ser uma atividade cuidadosa, que considere de forma adequada os direitos fundamentais dos destinatários das normas a serem editadas. A assertiva corresponde, a rigor, a um truísmo que pode ser desenvolvido, de forma singela, nos termos que se seguem.

Como regra, as normas jurídicas criam obrigações, deveres e, portanto, restringem a liberdade: um direito fundamental. Se a previsão normativa veda ou impõe uma conduta, a liberdade anterior de praticá-la ou de não executá-la deixa de existir. De outra parte, é frequente que as normas criem serviços, estruturas estatais e, portanto, despesas públicas. Essas despesas serão custeadas pela sociedade pelo mecanismo mais frequente da tributação, o que restringirá o direito de propriedade das pessoas, também um direito fundamental. Mas as normas não atuam apenas restringindo os direitos e liberdades. Boa parte da atuação normativa estatal contemporânea, ainda que continue a produzir tais efeitos, busca garantir o respeito, a proteção e a promoção de direitos fundamentais em algum aspecto. Ou seja: as normas podem eventualmente restringir direitos e liberdades justamente no esforço de promover outros direitos.²⁰

²⁰ Os direitos fundamentais, como se sabe, têm muitas dimensões que se imbricam. Há aspectos individuais e coletivos, presentes e futuros, há tensões, e sinergias, por vezes a promoção de determinados direitos pode ter impactos negativos sobre outros, ao passo que em outras ocasiões a proteção de determinado direito produz um círculo virtuoso. Sobre o ponto, ver Barcellos (2011, p. 200 e ss.).

É possível concluir, nesse contexto, que as normas sempre afetam os direitos fundamentais, seja para garantir que eles sejam observados e promovê-los, seja restringindo seu exercício de algum modo, seja fazendo ambas as coisas. Mas o que significa levar a sério os direitos fundamentais e qual a relação dessa assertiva com o dever do Legislativo de justificar a edição de normas?

Os direitos fundamentais não são relevantes apenas como uma ideia teórica ou um debate acadêmico. Sua importância principal, inclusive como normas constitucionais dotadas de superioridade hierárquica, consiste em poderem ser efetivamente fruídos pelas pessoas reais ao longo de suas vidas. Ora, a vida das pessoas sob uma perspectiva terrena dura por um tempo limitado e esse é o período no qual poderão ou não fruir os direitos que a ordem jurídica lhes assegura: acontece que o tempo não para nem espera²¹.

Embora a assertiva pareça óbvia, se as normas editadas para proteger determinado direito não o protegem, as pessoas concretas muito provavelmente não terão esse direito protegido (sobretudo as mais vulneráveis). Se essa norma for alterada apenas dez ou vinte anos depois (agora de forma bem-sucedida tendo em conta seus fins), terão se passado dez ou vinte anos da vida dessas pessoas durante os quais elas tiveram que conviver com seu direito violado. O mesmo se diga sob a perspectiva das restrições que uma norma crie. Se a restrição for injustificável, enquanto ela perdurar o direito da pessoa terá sido restringido, durante uma fração de sua vida, sem razão ou propósito. Embora muitas vezes a ação estatal incorra em tentativas e erros, essa circunstância deve decorrer de uma inevitabilidade das condições humanas e políticas, e não da eventual pouca diligência empregada na atividade de elaboração normativa²².

Por outro lado, o desrespeito a um direito dificilmente pode ser desfeito de fato (com a exceção possível, mas discutível, de direitos patrimoniais²³): o tempo não volta. É possível que a situação se altere e,

²¹ Para aqueles que acreditam em uma existência após a morte, a vida terrena será apenas uma fração da existência; para aqueles que não compartilham dessa crença, porém, a vida terrena corresponde à integralidade da existência humana.

²² E também, naturalmente, da execução dessas normas.

²³ Mesmo no caso de direitos patrimoniais, a questão não é assim tão simples. O indivíduo que teve uma restrição inválida a seu direito de propriedade, por exemplo, enquanto seus filhos eram crianças, mesmo que receba uma indenização relevante 20 anos depois, não terá como usar aquele dinheiro como teria feito se a restrição não

a partir de determinado momento da vida do indivíduo, seus direitos passem a ser protegidos, mas esse fato – embora altamente desejável – não faz desaparecer o desrespeito anterior. O preso que passou dez anos compartilhando uma cela e um mesmo vaso sanitário com outros sessenta encarcerados viveu essa realidade de forma inexorável. A reforma prisional que lhe assegure uma cela nas condições previstas pela Lei de Execuções Penais será maravilhosamente bem-vinda, mas não apagará o que aconteceu na experiência daquele indivíduo (BARCELLOS 2014).

Além disso, há direitos cuja fruição é especialmente sensível em determinados momentos da vida, de modo que o seu não atendimento, além de não poder ser desfeito, trará consequências permanentes. É o caso, por exemplo, da educação básica na idade própria e do atendimento de saúde infantil e materna, ou da moradia, sobretudo para crianças e adolescentes. Estudos têm apurado, por exemplo, que múltiplos episódios de diarreia em crianças até cinco anos – diretamente associados à falta de saneamento básico – têm impacto no seu desenvolvimento neurológico, com consequências permanentes para as capacidades cognitivas do indivíduo (LORNTZ *et al.* 2006, NIEHAUS 2002). O tempo não para e a vida das pessoas não aguarda que as ações estatais para proteção e promoção de seus direitos “funcionem” afinal.

O que se quer demonstrar é que há uma seriedade dramática na atuação normativa do Estado por conta dessa conexão com os direitos das pessoas reais.²⁴ A elaboração de uma norma pode ser um dos passos capazes de proporcionar a sua efetiva fruição ou, ao contrário, pode apenas representar um gasto de dinheiro público – *rectius*: dinheiro das pessoas – sem grande proveito para a promoção dos direitos. É certo que depois de uma geração outra se seguirá, também titular de direitos, mas os indivíduos que morreram eram dotados de dignidade, quer tenham tido seus direitos respeitados e protegidos ou não. O que a Constituição pretende é que eles tenham seus direitos respeitados e protegidos.

tivesse ocorrido. Oportunidades são perdidas e não há como restaurar o *status quo ante*, a despeito dos esforços da ordem jurídica.

²⁴ Não apenas normativa, já que a atuação do Estado como um todo afeta direitos fundamentais.

Entre a ação normativa e a efetiva transformação da realidade verifica-se um processo complexo, composto de várias etapas e nem sempre inteiramente previsível. Uma lei não muda de imediato o mundo dos fatos e, por vezes, a despeito das melhores das intenções, seus efeitos não são aqueles que se esperava. A limitação do conhecimento humano e da capacidade de antecipação pode levar determinadas iniciativas normativas do Estado ao fracasso, daí a necessidade de constante monitoramento e eventual revisão.

Essa limitação das capacidades humanas que se reflete, como não poderia deixar de ser, na atividade do Estado não significa, porém, que o Poder Público possa agir de forma leviana e sem o esforço possível para que as normas editadas tenham as melhores condições de produzir os efeitos desejados. Levar a sério os direitos fundamentais é incompatível com uma atividade normativa aleatória ou displicente (WALDRON 2006, p.23).²⁵ A necessidade de justificar a proposição legislativa que se pretende editar e considerar, nesse contexto, os impactos que se imagina que ela produzirá são, a rigor, uma exigência essencial dessa seriedade que deve envolver a atividade normativa do Poder Público.

A atuação normativa estatal, a despeito de sua abstração e generalidade, diz respeito à vida das pessoas e a seus direitos reais e, de novo, o tempo que os indivíduos têm para fruírem seus direitos sob a perspectiva da vida neste Planeta é o tempo de suas vidas e o tempo não para. Nesse sentido, o mínimo que se pode esperar de uma atuação diligente é que se tenha apurado qual é o problema que a norma pretende solucionar, quais os resultados que ela pretende produzir – até para que se possa verificar ao longo do tempo se eles efetivamente se produzirão – e quais os custos e impactos que se pode esperar da norma, caso editada.

Repita-se que, por vezes, a despeito de todo esse esforço de seriedade na elaboração normativa, as coisas não se passarão como se antecipava. O conhecimento sobre o problema era mais limitado do que se supunha, os efeitos pretendidos não se produziram como imaginado e impactos não antecipados se mostraram extremamente graves,

²⁵ No original: “*In view of the inherent importance of law and the interests and liberties that are at stake in their decision making, lawmakers have a duty to take care when they are legislating. (...) This principle has a number of implications. The general duty of care in this regard means that those who in a position to modify the law have a responsibility to arrive at a sound view about what makes a legal change a good change or a bad change*”.

exigindo reformulações da norma. Nada obstante, parece evidente que sem esse esforço inicial de avaliação a chance de sucesso será sempre mais remota. Ou seja: os fracassos até poderão acontecer como resultado das limitações cognitivas humanas, mas não como resultado de uma displicência institucional. O mínimo que se espera diante da centralidade dos direitos fundamentais e dos efeitos que as normas produzem sobre esses direitos é que toda a seriedade possível seja atribuída ao processo de elaboração normativa.

4. Conclusão

A AIL decorre de um dever constitucional oponível ao Legislador de justificar as proposições por ele discutidas e aprovadas e isso por conta de dois conjuntos de normas constitucionais, sendo o primeiro deles os direitos fundamentais. Em primeiro lugar, esse dever de justificar decorre do direito fundamental autônomo titularizado por cada pessoa de receber justificativas em relação aos atos de autoridades públicas que lhe afetem de algum modo, de que as proposições normativas são exemplos. Receber justificativas relativamente aos atos que nos afetam é um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus em decorrência de sua dignidade essencial como ser humano.

Em segundo lugar, toda ação estatal se destina em última análise a assegurar o respeito, a proteção e a promoção dos direitos. Essa atividade deve ser levada tão a sério quanto são sérios seu objetivo e os direitos fundamentais em si: a necessidade de apresentar justificativas para a atividade estatal é um elemento essencial da diligência com que essa atividade deve ser desempenhada.

5. Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana P. (2011). **A eficácia jurídica dos princípios**. o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

BARCELLOS, Ana P. (2020). **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**: Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum.

BARCELLOS, Ana P. (2018). Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 8(2): 252-266. Disponível em

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5294/3967> (acesso em 27 de setembro de 2022).

BARCELLOS, Ana P. (2014). Some thoughts on prison conditions, human dignity and urban violence under Brazilian Law. *Panorama of Brazilian Law* 2: 91-111.

COMPARATO, Fábio K. (2006). **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras.

DE CREMER, D. (2002). Respect and cooperation in social dilemmas: the importance of feeling included. *Personality and Social Psychology Bulletin* 28(10): 1335-1341.

DILLON, Robin S. (2015) *Respect*. *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/respect/>>. (acesso em 27 de setembro de 2022)

FORST, Rainer (2007). **The right to justification**. New York: Columbia University Press.

HILL, Thomas E. (2007). Dignidade: Dignidade e respeito de si. In: Canto-Sperber, M. *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, v. 1, pp. 440-444.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. (2007). **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LEAL, Victor N. (1945). Problema de técnica legislativa. *Revista de Direito Administrativo* 2 (1): 429-447. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8211> (acesso em 22 de novembro de 2022)

LEAL, Victor N. (1960). Problemas de técnica legislativa. In: Leal, V. N. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense.

LORNTZ, Breyette; SOARES, Alberto M.; MOORE, Sean R.; PINKERTON, Relana, GANSNEDER, Bruce, BOVBJERG, Victor E., GUYATT, Helen, LIMA, Aldo M. e GUERRANT, Richard L. (2006). Early childhood diarrhea predicts impaired school performance. *Pediatric Infectious Disease Journal* 25(6): 513-520.

MASLOW, Abraham H. (2012). **A theory of human motivation**. USA: Start Publishing LLC.

MÖLLER, Kai. (2018). Justifying the the Culture of Justification. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 19/2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3288704 (acesso em 27 de setembro de 2022)

MUREINIK, Etienne (1994). A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal of Human Rights* 10(1): 31-48.

NIEHAUS, Mark D. et al. NIEHAUS, Mark D., MOORE, Sean R., PATRICK, Peter D., DERR, Lori L., LORNTZ, Breyette, LIMA, Aldo A., GUERRANT, Richard L. (2002). Early childhood diarrhea is associated with

diminished cognitive function 4 to 7 years later in children in a northeast Brazilian shantytown. *Am J Trop Med Hyg.* 6(5): 590-593.

TAY, Louis; DINIER, Ed. (2011). Needs and subjective well-being around the world. *Journal of Personality and Social Psychology* 101(2): 354-365.

TYLER, Tom R. (2008). Psychology and the Law. *In: Whittington, K.E.; Kelemen, R. D.; Caldeira, G.A. The Oxford handbook of law and politics.* New York: Oxford University Press, pp. 711-722.

WALDRON, Jeremy (2006). Principles of legislation. *In: Bauman, R.W. e Kahana, T. (orgs.). The least examined branch: the role of legislature in the constitutional state.* New York: Cambridge University Press, pp. 15-32.

ZAFFARONI, Eugenio R. (2007). O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan.

Ana Paula de Barcellos

Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ.

DESARMAR CONFLITOS: REFLEXÕES SOBRE O POSSÍVEL PAPEL DA ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO NO CONTEXTO DA DISPUTA POLÍTICA

*DISARM CONFLICTS: REFLECTION ABOUT THE POSSIBLE
ROLE OF ANALYSIS OF LEGISLATIVE IMPACT IN THE
POLITICAL DISPUTE CONTEXT*

Carlos Otávio Bandeira Lins

Resumo

O artigo identifica o papel de contenção de conflitos desempenhado pelas instituições políticas e procura examinar, a partir de modelo explicativo de Tercio Sampaio Ferraz Junior, o modo como a análise de impacto legislativo será recebida em debate partidarizado, assim como seu possível concurso para manter a disputa política em seus quadros institucionais.

Palavras-chave: Estado; função legislativa; controle técnico; conflito; representação política; racionalidade.

Abstract

The article identifies the role of conflict containment played by political institutions and seeks to examine, based on an explanatory model by Tercio Sampaio Ferraz Junior, the way in which the analysis of legislative impact will be received in a partisan debate, as well as its possible contribution to maintain the political dispute within its institutional frameworks.

Keywords: State; legislative function; technical control; conflict; political representation; limits; rationality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Discussão Contemporânea. 3. Considerações Finais. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A *Antígona* de Sófocles é bem conhecida nos cursos jurídicos, nos quais se discute, sobretudo, o conflito entre a ordem do Rei Creonte para que seu sobrinho morto não seja enterrado, e leis não escritas em nome de cuja superioridade a protagonista dá sepultura ao irmão. Menos discutidos são os eventos que precedem a tragédia: Etéocles e Polinice, assim como Antígona, são filhos do Rei Édipo. Este foi expulso de Tebas pelos dois primeiros depois de se descobrir que cometera parricídio e havia desposado a própria mãe; e Édipo, nesse momento, prevê que ambos se desgraçarão na luta pelo trono. Visando a evitar esse fim, os irmãos pactuam um revezamento anual na função de Rei; contudo, terminado o seu ano, Etéocles se recusa a cumprir o acordo, e Polinice marcha contra Tebas com o exército de Argos. Os tebanos vencem; mas em combate corpo-a-corpo, ambos os irmãos perecem. O mito compreende, portanto, a narrativa de uma luta sem freios pelo poder; e registra o fracasso do artefato político, em que se fiava o acordo entre os irmãos, para evitar a escalada do conflito até esse ponto extremo, ao qual se segue a tragédia de Antígona.

2. Discussão contemporânea

A complexidade consideravelmente maior das instituições políticas atuais por vezes chega a ocultar a dimensão de esforço contínuo que subjaz ao fenômeno moderno do Estado; dimensão que se desvela com maior facilidade, para os falantes de línguas que distinguem *ser* e *estar*, a partir do fato de provir desse segundo verbo a denominação do corpo político – a sinalizar o matiz de transitoriedade subjacente ao próprio nome que designa o Estado, indicativo de que, a exemplo do pacto dos príncipes tebanos, pode falhar em conter a luta pelo poder.²⁶

Numa outra ótica, por esse matiz também podemos examinar a mudança de paradigma que se opera no Direito a partir da centralização política pós-feudal, quando se passa a pensa-lo como instrumento do soberano e *corpus* suscetível de sofrer alterações – relacionado antes ao

²⁶ Confira-se, em Araújo (2006), discussão mais ampla do caráter conflituoso da política e das relações entre representantes e representados, aqui limitada aos contornos necessários para a discussão do tema de fundo.

estar do que ao *ser*, e no limite dotado de feições de produto de atos de vontade: *quod principi placuit legis habet vigorem*. Abandonado o paradigma de imutabilidade dentro do qual fizera sentido comparar leis integrantes do ordenamento jurídico às leis da física, abre-se caminho para que, no Direito, o devir se internalize; e para que se conceba o conjunto de normas como o resultado, jamais definitivo, do exercício permanente de uma função estatal – que, ulteriormente, vem a se corporificar no Poder Legislativo.

Nesse cenário, passa a ser possível indagar se o processo de produção de leis que não têm a rigidez das leis naturais nem a sacralidade da lei revelada não será senão um caso especial da totalidade de processos de produção; e se a eficiência que se adquire em qualquer desses processos por meio de instâncias de análise e controle não poderá ser também procurada no campo legislativo. A resposta afirmativa a essa indagação informa a própria transferência da prerrogativa de edição de leis, antes reservada ao monarca, para instâncias representativas dos destinatários dos comandos legislativos – que, especializadas em relação aos órgãos executivos do Estado e independentes destes, tacitamente restam incumbidas de mensurar o impacto de cada possível novo elemento do conjunto normativo na representação daquela que será a vontade geral dos representados; e assim podem ser vistas como uma instância primária de controle do produto legislativo.

Ao se discutir, entretanto, a possibilidade de se instituir uma instância adicional desse controle, ancorada em fundamentos técnicos, há de se ter em vista o fato que o mito grego tem presente: a atividade humana da qual resultam as normas, a política, é essencialmente conflitiva. Nas instituições representativas, defrontam-se interesses antagonicos, absolutamente contrapostos ou, quando menos, de difícil conciliação. E já introduzindo elementos do modelo explicativo de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2000), que orienta a reflexão efetuada no presente artigo, podemos sublinhar que os representantes políticos de grupos diversos não debatem à vista de premissas comuns antecipadamente reconhecidas, mas discutem as próprias premissas dos discursos de seus opositores – sendo *desiguais* os pontos de vista em torno dos quais os grupos se aglutinam.²⁷

²⁷ Com certa margem de licença em relação ao rigor do autor, mas inteiro débito para com este, empregamos, nos próximos parágrafos, elementos do modelo exposto em Ferraz Jr. (2000), capítulos I e II.

Essa diversidade interfere no modo como a avaliação técnica será recebida; e a distinção que Ferraz Junior (2000) efetua entre a discussão-com e a discussão-contra permite visualizar o desafio que se põe ao empenho de análise do impacto legislativo.

Essa análise enfrentará o desafio de se viabilizar em um modo de discussão distante da serena busca daquilo que, por meio do assentimento dos participantes da discussão a regras que todos dominam e indicam de modo reconhecido como preciso a veracidade da fala de cada um, possa unificar o esforço argumentativo geral nos limites da discussão-com, que é aquela que se trava em quadros de homologia e confiança entre os debatedores e pela relativa tranquilidade com que estes passam do debate ao convencimento induzido pelo reconhecimento da verdade do que se enuncia a respeito do objeto da discussão.

Tal será o modo de discurso do qual resulta a definição do método de estimativa de impacto, assim como aquele no qual se estimam os achados resultantes da aplicação desse método; mas o debate político tem como forma típica a discussão-contra. Nesse outro modo discursivo, os participantes do debate têm, ou, como se verá adiante, representam interesses e opiniões dos quais não pretendem – ou não podem – se distanciar, e tanto discursam como avaliam discursos em função deles, vale dizer, partidariamente; o que significa que os resultados de avaliações de impacto legislativo não serão tratados separadamente de juízos de valor ou de conveniência, pelos quais os participantes do debate chegam a se persuadir e a definir suas condutas – sem abrir mão dos interesses e opiniões de cada qual.

Permeada, em suma, por uma lógica de interesses, a discussão a que se procede nesse modo não se encerra pelo assentimento geral à veracidade de um conjunto de enunciados; pois não tem como objeto a busca pela verdade de proposições teóricas, mas sim a superação de um conflito entre os debatedores, referente a rumos a serem seguidos.

O impasse exige, para ser superado, uma decisão; mas desta não se segue o descarte da alternativa recusada – que, ao contrário do que se passa com as proposições rejeitadas na discussão-com por não se haverem demonstrado verdadeiras, mantém sua força comunicativa e pode vir a ser retomada em discussões subsequentes.

Importa notar que, enquanto na discussão-com a definição prévia e consensual do método basta para que estimativas do impacto de futuras normas consigam assentimento amplo, na discussão-contra

essas estimativas – e, se necessário, o próprio método de que procedem – serão também questionadas em modo partidário, e passarão a integrar, também, o objeto conflitivo, sujeitando-se como este à decisão terminativa da discussão, e eventualmente à eleição de uma alternativa desaconselhada pelos resultados da análise.

Essa possibilidade parece-nos decorrer da mudança de sentido dos achados da análise no exato momento em que deixam a discussão-com. Nesta, de acordo com o modelo de Ferraz. Jr., o reconhecimento de proposições como verdadeiras infunde-as de um sentido axiomático, correspondente à projeção, sobre os achados, do assentimento dos debatedores aos pressupostos metodológicos. Na discussão-contra, ao revés, a recepção partidária dos dados dessa ordem os insere, ao lado de outros argumentos, em uma estrutura de problemas que, levantados na discussão, não reclamam imediata adesão à solução proposta. As estimativas técnicas são recebidas como tópicos de argumentação, e como tal orientam a busca de argumentos nos debates e fundamentos para a futura decisão; podem influir na força argumentativa que conferem a uma ou outra das posições em debate; mas não impõem imediata aceitação, limitando-se, caso sejam recusados, a cobrar resposta.

Tal exigência, entretanto, implica esforço argumentativo adicional, capaz de neutralizar a crítica contrária; e ainda que o propósito de refutação de uma estimativa técnica na discussão-contra não importe necessariamente em conversão desta em debate metodológico, o esforço necessário para tanto terá de levar em conta, de um lado, a projeção do assentimento pretérito dos participantes da discussão-com ao método nela definido; e de outro, um novo elemento, específico do caso da representação política: a possibilidade de endosso futuro, não dos representantes, mas dos representados, à alternativa não aprovada e aos achados técnicos que a recomendavam.

Acima aludimos a esse fato ao mencionar que os mandatários não são necessariamente titulares de interesses e opiniões que representam; e que, em dada medida, têm limitada por esse vínculo a autonomia do mandato, vale dizer, o campo de possibilidades da respectiva ação. A representação se exerce perante o corpo dos representados e em nome dele; e embora esse auditório mais amplo não participe dos debates senão por meio de seus representantes, tem em última análise o poder de exercer sobre estes não apenas a seleção, notadamente sob a forma de substituição dos mandatários, mas, como consectário dessa prerrogativa, a medida de controle que os

representantes experimentam como limite à respectiva autonomia. A discussão entre mandatários, portanto, nunca deixa de ter em vista os representados; e argumentos e fundamentos empregados no debate os têm como destinatários mediatos – uma vez que podem deles receber reforço, efetivo ou potencial.

Nesse contexto, os achados técnicos que haviam perdido o sentido de axiomas ao se transpor para a discussão-contra são reinvestidos, em algum grau, não do sentido veritativo ou axiomático que se lhes infundiu na discussão-com, mas de uma força adicional que, no limite, pode atuar como sucedâneo daquele sentido. A decisão que os rejeita tem de se justificar também perante os representados, à vista do poder de seleção que estes detêm; e isso impõe a necessidade de que se proceda à detida consideração dos argumentos em favor da alternativa rejeitada – dentre os quais a estimativa técnica de seu impacto, confrontado com aquele da alternativa aceita – e à reforçada elaboração dos fundamentos da decisão.

3. Considerações Finais

No cenário que assim se desenha, pode-se afirmar que o poder de seleção dos representados mostra-se atuante em favor da preservação da racionalidade buscada pela atividade técnica; e que essa atuação será tão mais relevante quanto maior for a consonância que as premissas da técnica mantenham com o conjunto dos representados – destacando-se no estabelecimento dessa afinidade o grau de aceitação do método, que por sua vez depende da transparência e da efetiva comunicação, aos representados, das premissas que asseguram seu rigor, imunizando-a quanto à possível acusação de ser alinhada a grupos políticos ou representativa apenas de aspirações tecnocráticas.

Cabe sublinhar, entretanto, que, em reciprocidade à força que recebe do auditório dos representados, a análise técnica também se torna um meio para que esse auditório tenha o peso majorado nos debates dos representantes. Ao se inserir na estrutura problemática desses debates, a técnica também se oferece ao auditório como possível móvel para o exercício do respectivo poder de seleção; e a imediata exigência, endereçada a quem queira contornar suas recomendações, de apresentação de razões reforçadas para assim proceder resulta de ampliação do peso da possibilidade de que os representados não endossem tal conduta.

Compreendida nessa dimensão, portanto, a análise técnica passa a ser um dispositivo adicional para que os protagonistas da disputa política se percebam desprovidos da autossuficiência que, no mito grego, permite que a disputa entre Etéocles e Polínice se efetue sem limite algum, terminando no fratricídio mútuo – o que antecede a edição da norma que Antígona se sente obrigada a desafiar, desencadeando a tragédia. Não apenas pelo reforço à racionalidade que pode introduzir na discussão conflitiva, mas também pelo reforço que vem a aportar para os vínculos entre a ação dos representantes e o que se possa esperar como resposta do corpo dos representados, a atividade em questão tem o potencial de contribuir para desarmar conflitos – e para manter a disputa política dentro de seus quadros institucionais.

4. Referências Bibliográficas

ARAUJO, Cicero (2006). Representação, Retrato e Drama. *Lua Nova* 67: 229-260.

FERRAZ, Tercio S. (Jr.) (2000). **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense.

Carlos Otávio Bandeira Lins

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

OS SUPERPODERES DO RELATOR-GERAL DO ORÇAMENTO: AS EMENDAS PARLAMENTARES (RP-9) NO BRASIL E AS *EARMARKS* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

*THE BUDGET GENERAL-RAPPORTEUR SUPERPOWERS:
PARLIAMENTARY AMENDMENTS (RP-9) IN BRAZIL AND
THE EARMARKS IN THE UNITED STATES OF AMERICA*

Carina Barbosa Gouvêa
Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco

Resumo

As emendas parlamentares denominadas de RP-9 no Brasil não podem ser comparadas às *earmarkers* utilizadas nos Estados Unidos da América. Porém, dentre as suas práticas obscuras há dois núcleos estruturantes comuns: a corrupção e a falta de transparência. Neste sentido, os parlamentos de ambas as nações tentaram estabelecer regras para tornar o processo mais transparente, público, equitativo e sujeito a *accountability* política, jurisdicional e social. No entanto, as medidas adotadas no Brasil são suficientes para promover a transparência, equidade e promoção de políticas públicas? Este artigo tem como objetivo principal mapear a judicialização da emenda RP-9, além de apresentar, ainda que sucintamente, a abordagem descritiva que representa a racionalidade interpretativa à extração de signos significantes da RP-9. Em seguida, serão analisadas as *earmarkers* no contexto das emendas orçamentárias norte-americanas. Por fim, sustentaremos que, no estudo da transversalidade entre os sistemas políticos, poder-se-iam acoplar salvaguardas institucionais e democráticas mais fortes, já que a finalidade de ambas as emendas parlamentares é a efetivação de políticas públicas, bem como potencializar o diálogo em torno da melhoria do sistema de transparência e equidade.

Palavras-chave: emendas parlamentares RP-9; *earmarks*; orçamento público; Brasil; Estados Unidos da América

Abstract

The parliamentary amendments in Brazil called RP-9 cannot be compared to the earmarkers used in the United States. However, among its obscure practices there are two common structuring nuclei: corruption and lack of transparency. That way, the parliaments of both nations have tried to establish rules to make the process more transparent, public, equitable and subject to political, judicial and social accountability. However, are the measures adopted in Brazil sufficient to promote transparency, equity and promotion of public policies? The main objective of this article is to map the judicialization of the RP-9 amendment, besides presenting, albeit briefly, the descriptive approach that represents interpretive rationality to the extraction of signs from the signifiers of RP-9. The earmarkers will then be analyzed in the context budget amendments from the United States. Finally, we will argue that in the study of transversality between political systems we could engage stronger institutional and democratic safeguards since the purpose of both parliamentary amendments is the implementation of public policies that dialogues around the improvement of the system of transparency and equity.

Keywords: *parliamentary amendments RP-9; earmarks; public budget; Brazil; United States of America*

Sumário. 1. As emendas parlamentares no Brasil. 2. As *earmarks* e o contexto das emendas orçamentárias nos Estados Unidos da América. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1. As emendas parlamentares no Brasil

A democracia brasileira está enfrentando uma grave crise. Segundo Arguelhes²⁸ (2019), o Supremo Tribunal Federal (STF) possui

²⁸ ARGUELHES, Diego W. *Symposium – The Brazilian Supreme Court and the Protection of Democracy in the Age of Populism: The Supreme Court and the Bolsonaro Government: A Fragmented Court in a Conflictive Political Scenario*, Int'l J. Const. L. Blog, June 29, 2019, at: <http://www.icconnectblog.com/2019/06/symposium-the-brazilian-supreme-court-and->

uma vasta gama de competências e tem vindo a expandir sua autoridade nos últimos trinta anos. Contudo, o STF tem se tornado uma pedra angular nas disputas políticas e, no atual contexto político populista brasileiro, tem contribuído de forma exponencial a conter a tentativa de legitimação da governança populista em defesa das salvaguardas institucionais.

O tema das emendas parlamentares no Brasil se mantém ativo nos cenários dos debates nacionais desde a criação do orçamento impositivo que aumenta o poder dos parlamentares para indicar gastos públicos. O termo “orçamento impositivo” se refere à parte do Orçamento-Geral da União definida pelos parlamentares e que não pode ser alterada pelo poder executivo.²⁹ Portanto, se a despesa constar no orçamento, o governo federal terá a obrigação de executar a despesa e, a cada ano, deputados e senadores fazem indicações para que o recurso seja aplicado nos redutos eleitorais em todo o País: as chamadas emendas parlamentares. Em 1994, de acordo com McClaskey e Morales³⁰, as emendas orçamentárias foram objeto de um grande escândalo de corrupção envolvendo parlamentares brasileiros no esquema intitulado “Anões do Orçamento”. São, assim, elementos estruturantes fundamentais às emendas parlamentares: a falta de transparência de gastos e a corrupção.

No dia cinco de novembro de 2021, foi suspensa de forma integral e imediata a execução do “orçamento paralelo”, ou seja, das denominadas “emendas do relator”, por meio de liminar. A decisão, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, foi tomada de forma conjunta em três Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) ajuizadas pelo Partido Socialista Brasileiro, pelo Cidadania e pelo

the-protection-of-democracy-in-the-age-of-populism-the-supreme-court-and-the-bolsonaro-government-a-fragmented-court-in-a-conflictive-political-scenario/

²⁹ CALGARO, Fernanda; BARBIÉRI, Luiz F.; CLAVERY, Elisa. *Orçamento impositivo*: entenda como funciona e o que está em análise pelo Congresso. G1 Política. Pub. 02 de mar de 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/02/orcamento-impositivo-entenda-como-funciona-e-o-que-esta-em-analise-pelo-congresso.ghtml>>.

³⁰ MCCLASKEY, Laylla S.; MORALES, Felipe A.F.. Contexto das emendas parlamentares no orçamento dos Estados Unidos. *Conjur*. Pub. 2 ago.2022. <https://www.conjur.com.br/2022-ago-02/mcclaskeyemorales-emendas-orcamento-americano>.

Partido Socialismo e Liberdade³¹. De acordo com os partidos, as emendas do relator têm sido usadas pelo governo como moeda de troca por apoio político no Congresso Nacional.

A medida teve como principais signos a defesa dos valores republicanos e do regime democrático, considerando ser incompatível a validação de práticas institucionais por órgãos e entidades públicas que promovam o segredo injustificado sobre os atos pertinentes à arrecadação de receitas, à efetuação de despesas e à destinação de recursos financeiros. Para a Ministra:

Causa perplexidade a descoberta de que parcela significativa do orçamento da União Federal esteja sendo ofertada a grupo de parlamentares, mediante distribuição arbitrária entabulada entre coalizões políticas.

Três pontos merecem destaque nas denúncias são: a forma obscura pela qual o Governo Federal negocia a ampliação de sua base política no Congresso Nacional; o envolvimento direto do Relator-Geral do Orçamento e da Chefia do Poder Executivo; e a utilização do instrumento político-institucional inconstitucional para a cooptação de apoio político.

As ações³² tiveram como principal fundamento a identificação pelos partidos políticos dos atos do Poder Público relativos à execução do Orçamento Público Federal, especificamente no tocante às despesas oriundas de emendas do Relator-Geral do projeto de lei orçamentária e classificadas sob o indicador RP-9.

Os autores das ações denunciam um “conchavo montado pelo Governo Federal”, objetivando aumentar sua base política de apoio no Congresso Nacional. Esse “esquema” envolveria a atuação combinada entre o Relator-Geral do Orçamento e a Chefia do Poder Executivo da União. De acordo com as denúncias, o Relator-Geral utilizaria seus poderes regimentais para introduzir a previsão de despesas públicas na Lei Orçamentária Anual (LOA), mediante emendas parlamentares (emendas do relator). Essa programação orçamentária seria utilizada,

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra Rosa Weber “suspende execução de orçamento paralelo”. Pub. 05 de nov. de 2021. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476088&tip=UN>>. Acesso em 06 de nov de 2021.

³² Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF854Liminar.pdf>>.

em momento posterior, para negociar apoio político de parlamentares, que seriam contemplados com uma “quota orçamentária” (fração das despesas alocadas no orçamento por emendas do relator).

As ações denunciam que o Executivo, atuando em comunhão de esforços com o Relator-Geral do Orçamento, teria o instrumento político-institucional necessário a cooptação do apoio político de congressistas, utilizando-se, para esse fim, de transferências voluntárias de recursos financeiros da União aos órgãos e entidades selecionados pelos parlamentares envolvidos nesses supostos acordos.

De acordo com a decisão³³, o Regimento Comum do Congresso Nacional prevê quatro modalidades de emendas parlamentares, classificadas conforme a sua autoria: emendas de comissão de autoria das comissões permanentes; emendas de bancada estadual de autoria das bancadas estaduais no Congresso; emendas individuais de autoria dos congressistas em exercício; e emendas de relator de autoria do Relator-Geral do projeto de LOA.

A Ministra Rosa Weber destacou a ampliação dos poderes das atribuições tradicionalmente exercidas pelo Relator-Geral do Orçamento sob a égide da Resolução CN nº 1/2006. Foi por meio desse diploma regimental que, a partir de 2006, o Congresso Nacional determinou que as emendas do relator não se destinam apenas a correções técnicas e sistemáticas do projeto de LOA, especialmente quanto ao conteúdo e à finalidade das emendas por ele apresentadas. Segunda ela, na realidade, o parecer preliminar contempla amplo rol de ações e serviços de caráter social, cultural, ambiental e estrutural aptos a serem objeto de despesas incluídas no orçamento por emendas do relator.

Os parlamentares estão a exercer de forma direta as funções típicas do Executivo, por intermédio da ferramenta política, pois possuem discricionariedade para alocação orçamentária de receitas e despesas, por meio das emendas parlamentares, para o fim de atender às finalidades previstas no catálogo de ações estatais.

Esta discricionariedade de caráter meramente político não é ilimitada e está sujeita ao controle constitucional, no entendimento da Ministra Rosa Weber. São sujeitas aos limites próprios a uma discricionariedade de natureza regrada, especialmente em face das

³³

Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF854Liminar.pdf>>.

restrições decorrentes do texto constitucional em seu art. 166, §§ 3º e 4º e dos critérios e parâmetros previamente estabelecidos no parecer preliminar da Resolução CN nº 1/2006, art. 144, III e parágrafo único.

A decisão destaca um ponto obscuro advindo das despesas oriundas das emendas do relator até o exercício financeiro de 2019: elas não possuíam um indicador de classificação orçamentária próprio, de modo que as despesas incluídas no Projeto de Lei Orçamentária, por esse instrumento, passavam a integrar a lei orçamentária sem que houvesse qualquer elemento individualizador capaz de distinguir essa específica modalidade de despesa das demais categorias de programação. Ou seja, uma vez aprovado o projeto de lei, já não mais seria possível distinguir se as despesas nele previstas resultaram do projeto original ou de emenda do relator.

A Ministra Rosa Weber afirmou que, somente no exercício financeiro de 2020, a LOA passou a contar com identificador de despesa próprio para as emendas do relator, em conformidade com o disposto na Lei nº 13.898/2019 (LDO 2020), que instituiu o código de classificação orçamentária RP-9, por meio do qual são especificadas as dotações pertinentes às emendas de relator. O identificador RP-9 também tem o propósito de segregar as verbas destinadas a meros ajustes técnicos no orçamento daquelas pertinentes às ações e aos serviços previstos no parecer preliminar.

Para a Ministra, a partir desta inserção foi possível ao Tribunal de Contas da União (TCU) realizar análise específica e detalhada quanto aos fatos referentes à execução orçamentária e financeira das emendas do relator. Os resultados desse exame foram revelados pelo TCU no julgamento do TC 014.922/2021-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 30.6.2021, em cujo âmbito foi aprovado o parecer prévio sobre as contas do Presidente da República referentes ao exercício de 2020.

O Ministro Walton Alencar constatou, em comparação ao exercício financeiro anterior, a ampliação exponencial não apenas na quantidade de emendas de relator apresentada, mas também nos valores consignados, representando um aumento de 379% referente ao exercício do triênio 2017-2019.

Tabela 1. Emendas de Relator no Congresso Nacional: comparação entre o triênio 2017-2019 e 2020.

Período	Quantidade de Emendas por exercício financeiro	Volume de Recursos	Total
Triênio 2017-2019	Média de 3,0%	R\$ 165,82 bilhões	70,3% do total de emendas apresentadas
2020	15% Total Emendas: 1.621	R\$ 151,33 bilhões	87,8% do volume global de emendas apresentadas ao PLOA 2020.

Fonte: Tribunal de Contas da União, TC 014.922/2021-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 30.6.2021

Tabela 2. Emendas do Relator-Geral no Congresso Nacional em 2020.

Ano Financeiro 2020	Valor Total	Valor de Emendas de Ordem Técnica	Emendas RP-9
Emendas do Relator-Geral	R\$ 151,33 bilhões	R\$ 121,21 bilhões (80%)	R\$ 30,12 bilhões (20%)

Fonte: Tribunal de Contas da União, TC 014.922/2021-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 30.6.2021

Conclui-se que, quanto ao número de emendas apresentadas no ano financeiro de 2020, houve a superação em 523% com relação ao triênio 2017-2019. Com relação ao volume de recursos, enquanto no triênio 2017-2019 as emendas de Relator-Geral somaram R\$ 165,82 bilhões, o que representou, em média, 70,3% do total de emendas apresentadas, em 2020, aquelas emendas totalizaram R\$ 151,33 bilhões. O montante, 379% maior do que o verificado em 2019, representou 87,8% do volume global de emendas apresentadas ao PLOA 2020.

Mas qual foi a destinação dos recursos públicos oriundos das emendas parlamentares classificadas como RP-9? Para a Ministra Rosa Weber, não obstante o expressivo valor dos recursos públicos consignados sob a rubrica RP-9, verificou-se a inobservância de quaisquer parâmetros de equidade ou padrões de eficiência na eleição dos órgãos e entidades beneficiários dos recursos alocados, restando

constatada a inexistência de critérios objetivos, definidos conforme os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, aptos a orientar a destinação dos recursos.

Diferentemente do que ocorre com as emendas individuais, que dispõem de procedimentos padronizados e centralizados no Siop – que permitem ampla transparência de todas as fases da alocação –, não foram apresentadas evidências quanto à uniformização da sistemática adotada para a distribuição de recursos federais entre os entes subnacionais beneficiários de emendas de relator-geral, ou de bens adquiridos pela União com tais recursos, de forma que fosse assegurada a verificação da equidade na distribuição de bens (adquiridos de forma centralizada) e recursos de emendas RP-9.

Nas diligências realizadas para rastreamento das aplicações referentes aos valores das emendas parlamentares RP-9, foi constatada a inexistência de procedimentos sistematizados para o monitoramento e avaliação dos critérios de distribuição de emendas tal como ocorre, por exemplo, com as emendas individuais por meio do Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento (SIOP)³⁴.

O TCU evidenciou o comprometimento do regime de transparência na realização de despesas públicas ante a ausência de instrumentos de *accountability* sobre as emendas do relator.

A Casa Civil e o Ministério da Economia não dispõem de informações centralizadas sobre como os órgãos e entidades federais que recebem e atendem as demandas dos parlamentares para alocação das emendas RP-9. Tal realidade não se revela compatível com a finalidade de se manter um Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, que compreende as atividades de elaboração, acompanhamento e avaliação de planos, programas e orçamentos, e de realização de estudos e pesquisas socioeconômicas, cujo órgão central é o Ministério da Economia, nos termos dos arts. 3º e 4º da Lei 10.180/2001, ao qual os órgãos setoriais e específicos de orçamento ficam sujeitos à orientação normativa e à supervisão técnica (art. 4o, § 3o). Nesse cenário de ausência de divulgação dos critérios objetivos e de instrumento centralizado de monitoramento das demandas voltadas para a distribuição das emendas de relator

³⁴ Disponível em < [https://www.siop.planejamento.gov.br/modulo/login/index.html#/>](https://www.siop.planejamento.gov.br/modulo/login/index.html#/).

Análise de Impacto Legislativo

geral (RP-9), fica comprometida a transparência da alocação de montante expressivo do orçamento da União.

Com relação ao julgamento do Tribunal de Contas, C 014.922/2021-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, quanto à execução de despesas decorrentes de emendas do relator do orçamento em 2020, são destacados pela Ministra, de forma sintetizada, os seguintes aspectos:

- (a) aumento expressivo na quantidade de emendas (32 apresentadas pelo relator do orçamento, representando um aumento de 523%) e no valor das dotações consignadas (aumento de 379%);
- (b) inobservância de quaisquer parâmetros de equidade ou eficiência na eleição dos órgãos e entidades beneficiários dos recursos alocados;
- (c) inexistência de critérios objetivos, orientados pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput), aptos a orientar a destinação dos recursos identificados pelo classificador RP-9;
- (d) comprometimento do regime de transparência ante a ausência de instrumentos de *accountability* sobre as emendas do relator; e
- (e) ausência de sistema centralizado e metodologia uniforme para a disponibilização das informações e dados contábeis e orçamentários, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados pertinentes à execução das emendas do relator, nos termos exigidos pela Constituição, art. 163-A, na redação dada pela EC nº 108/2020.

Para a Ministra, a liminar se justifica uma vez que os fatos apurados pelo TCU revelam o descaso sistemático do Congresso Nacional e dos órgãos centrais do Sistema de Orçamento e Administração Financeira do Governo Federal com os princípios orientadores da atuação da administração pública, com as diretrizes da governança, do controle interno e da transparência das ações governamentais e com a participação social ativa na promoção da eficiência da gestão pública e do combate à corrupção.

A decisão expõe, de forma categórica, que foi verificado que o Relator-Geral do Orçamento figura apenas formalmente como autor da programação orçamentária classificada sob o indicador RP-9. Quem detém, de fato, o poder de decidir quais serão o objeto e o destino final dos valores previstos nessa categoria orçamentária são apenas os Deputados Federais e Senadores da República autorizados a realizarem, por meio de acordos informais, as indicações dos órgãos e entidades a serem contemplados com as dotações previstas naquela categoria de programação (emendas do relator).

Desta forma, enquanto as emendas individuais e de bancada vinculam o autor da emenda ao beneficiário das despesas, tornando claras e verificáveis a origem e a destinação do dinheiro gasto, as emendas do relator operam com base na lógica da ocultação dos congressistas requerentes da despesa, por meio do estratagema da rubrica RP-9, que atribui todas as despesas nela previstas, indiscriminadamente, à pessoa do Relator-Geral do Orçamento, atuando como figura interposta entre grupo de parlamentares incógnitos.

Foi constatada, também, que há uma duplicidade de regimes de execução das emendas parlamentares: o regime transparente, próprio às emendas individuais e de bancada, e o sistema anônimo de execução das despesas decorrentes de emendas do relator.

Uma questão para a Ministra é: quais foram os parlamentares beneficiados pelas emendas parlamentares (RP-9)? De acordo com ela, no plano formal, todos os congressistas teriam sido contemplados com a mesma proporção de despesas por meio de emendas individuais. No plano material, contudo, há um grupo privilegiado de parlamentares que poderá destinar volume maior de recursos a suas bases eleitorais, utilizando-se, para tanto, das despesas previstas na quota do Relator-Geral. Não há como saber quem são, de fato, os Deputados Federais e Senadores da República componentes desse grupo incógnito, pois a programação orçamentária utilizada por esse fim identifica apenas a figura do Relator-Geral.

Daí o caráter obscuro desse sistema: o Relator-Geral desonera-se da observância do dever de atender aos mandamentos da isonomia e da impessoalidade ao atribuir a si próprio a autoria das emendas orçamentárias, ocultando, dessa forma, a identidade dos efetivos requerentes das despesas, em relação aos quais recai o manto da imperscrutabilidade. Por essas razões, a Ministra afirma: “tenho para mim que o modelo vigente de execução financeira e orçamentária das despesas decorrentes de emendas do relator viola o princípio

republicano e transgrida os postulados informadores do regime de transparência no uso dos recursos financeiros do Estado”.

Para ela, causa perplexidade a descoberta de que parcela significativa do orçamento da União Federal esteja sendo ofertada a grupo de parlamentares, mediante distribuição arbitrária entabulada entre coalizões políticas, para que tais congressistas utilizem recursos públicos conforme seus interesses pessoais, sem a observância de critérios objetivos destinados à concretização das políticas públicas que deveriam servir as despesas, bastando, para isso, a indicação direta dos beneficiários pelos próprios parlamentares, sem qualquer justificação fundada em critérios técnicos ou jurídicos, realizada por vias informais e obscuras, sem que os dados dessas operações sequer sejam registrados para efeito de controle por parte das autoridades competentes ou da população lesada. Em decisão majoritária, o colegiado do STF referendou a liminar deferida no dia 05 de novembro de 2011.

Ato contínuo, a advocacia do Senado apresentou ao STF, em nome do Congresso Nacional, informações complementares determinadas pela decisão³⁵: a edição do Ato Conjunto nº 1, de 2021³⁶, para dar maior publicidade e transparência à execução orçamentária das emendas RP-9, em quatro relatórios com cada indicação realizada pelo Relator-Geral do Orçamento nos exercícios de 2020 e 2021, identificando os respectivos beneficiários; aprovação da Resolução do Congresso Nacional nº 2, de 2021³⁷, determinando que as indicações e solicitações formuladas ao Relator-Geral para as emendas RP-9 sejam disponibilizadas individualmente na internet pela Comissão Mista de Orçamento (CMO), e estabelecendo um valor máximo para esse tipo de emendas; o envio de ofício do Presidente do Congresso, Rodrigo Pacheco, ao Relator-Geral do Orçamento de 2021, Senador Márcio Bittar (PSL-AC), solicitando o cumprimento das deliberações acima e da medida cautelar do STF e a adoção das "providências possíveis e necessárias", mesmo sem obrigação legal anterior.

³⁵ AGÊNCIA DO SENADO. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/06/presidente-do-congresso-complementa-informacoes-ao-stf-sobre-emendas-de-relator>>. Acesso em 06 de dez. de 2021.

³⁶ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/108672?sequencia=1>>.

³⁷ DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/r-e-s-o-l-u-c-a-o-364244733>.

Em dezembro de 2021, a Ministra Rosa Weber³⁸ atendeu ao pedido da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e revogou a suspensão da execução das emendas do relator identificadas pela sigla RP-9. Os fundamentos de sua decisão levaram em consideração a nota técnica elaborada pela Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira do Congresso Nacional, afirmando que a metade das verbas autorizadas para despesas classificadas como RP-9 se destinavam ao custeio dos serviços de atenção básica e assistência hospitalar. Neste sentido, a suspensão da execução dessas parcelas prejudicaria de forma exponencial o cumprimento de programações orçamentárias vinculadas à prestação de serviços públicos essenciais à população. As informações prestadas também demonstraram que a medida produziria maior impacto no orçamento dos pequenos municípios e das regiões com menor índice de desenvolvimento humano.

Em síntese, alguns signos foram levados em consideração ao atender os pedidos: risco de prejuízo à continuidade da prestação de serviços essenciais à população e à execução de políticas públicas; as providências adotadas pelo Congresso Nacional em cumprimento à sua decisão se mostraram suficientes no momento, justificando a retomada da execução das despesas.

2. As *earmarks* e o contexto das emendas orçamentárias nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América as *earmarks* fazem parte do orçamento federal desde os princípios da democracia, mas a sua prática se tornou maior à medida que o governo federal crescia, particularmente em meio ao aumento de impostos nas décadas de 20 e 30³⁹. De acordo com o *Office of Management na Budget (OMB)*⁴⁰ o termo significa fundos destinados para projetos, programas ou

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=477832&ori=1>>. Acesso em 06 de dez. de 2021.

³⁹ BROADWATER, Luke; COCHRANEE, Emily; PARLAPIANO, Alicia. As earmarks return to Congress lawmakers rush to steer money home. The New York Times. Pub. 1 de abr de 2022. Disponível em < <https://www.nytimes.com/2022/04/01/us/politics/congress-earmarks.html>> Acesso em 02 de abr de 2022.

⁴⁰ Ver Executive Order 13457—Protecting American Taxpayers From Government Spending on Wasteful Earmarks. Disponível em < Executive Order 13457—Protecting American Taxpayers From Government Spending on Wasteful Earmarks>.

subvenções não solicitadas pelo executivo ou complementos de fundos que o Congresso direciona para atividades específicas.

Foi noticiado por Broadwater e colaboradores que democratas e republicanos alocaram quase 5.000 verbas, totalizando US\$ 9 bilhões, na conta de gastos do governo federal. Os autores computaram que US\$ 1,5 trilhões foram usados em mais de uma década depois que o Congresso norte-americano ressuscitou a prática de permitir que os legisladores direcionassem fundos federais para projetos específicos para seus estados e distritos⁴¹.

De acordo com Hudak⁴², as *earmarkers* servem a um propósito real permitindo aos legisladores, que entendem bem, as necessidades de seus estados ou distritos, direcionarem fundos para projetos importantes e que podem resolver problemas de falta de efetivação de políticas públicas e gerar mais empregos. De outro ponto, para o autor, embora haja escândalos de corrupção com relação a sua real destinação, elas existem para responder às necessidades de seus eleitores e, por fim, representam uma parcela muito pequena do orçamento federal, normalmente menos de 1%. Neste sentido, seu uso é defendido tanto por democratas quanto por republicanos.

Durante grande parte da década de 2000, as *earmarks* estavam associadas ao sinônimo de corrupção e foi banida formalmente em 2011. Um destes escândalos envolveu o deputado Randy Cunningham, republicano da Califórnia que renunciou em 2005 após se declarar culpado de aceitar pelo menos US\$ 2, 4 milhões em suborno. O Alasca se envolveu em um destes imbróglios quando suas notórias pontes para “lugar nenhum” se tornaram símbolos de desperdício fiscal. Para Allen⁴³, o sistema convidava à corrupção porque não existiam regras claras de transparência e *accountability*. Couser e Kosar (2021),

⁴¹ BROADWATER, Luke; COCHRANEE, Emily; PARLAPIANO, Alicia. As earmarks return to Congress lawmakers rush to steer money home. The New York Times. Pub. 1 de abr de 2022. Disponível em < <https://www.nytimes.com/2022/04/01/us/politics/congress-earmarks.html>> Acesso em 02 de abr de 2022.

⁴² HUDAK, John. Earmarks are back, and American’s should be glad. Brookings. Pub. 17 de mar de 2021. Disponível em < <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2021/03/17/earmarks-are-back-and-americans-should-be-glad/>>. Acesso em 22 de mar de 2022.

⁴³ ALLEN, Jonathan. The case of earmarks. Vox. Pub. 30 de jun de 2015. Disponível em < <https://www.vox.com/2015/6/30/8864869/earmarks-pork-congress>>. Acesso em 22 de jun de 2022.

publicaram um relatório indicando a necessidade de se revisar o instrumento e instituir salvaguardas para o seu uso e destinação para prevenir abusos e corrupção. Para os autores, a transparência constitui princípio fundamental à sua materialização e este princípio deve ter indicadores claros, um banco de dados integrado e central e de fácil acesso ao público.

Assim, quanto mais o público compreender sobre a sua destinação e efeitos mais elas serão aceitas e isso aumentará a confiança do público. Como forma de tornar o processo mais transparente e democrático os autores ainda sugeriram que: todos os pedidos concedidos devem ser auditados pelo *Government Accountability Office* e seus resultados disponibilizados publicamente; os parlamentares não podem entregar os benefícios diretamente a corporações; a política de conflitos deve ser fortalecida; e a necessidade de se aumentar a política de equidade quanto a sua destinação.

Alguns parlamentares, em virtude de suas posições políticas, podem usar ou dispensar os benefícios ao seu bel prazer. Assim, a inequidade produz resultados negativos, como por exemplo, a privação de comunidades menores de terem acesso ao financiamento. A equidade deve ser pedra angular no procedimento, porque a destinação adequada dos benefícios pode contribuir para a diminuição das disparidades.

Durante o “116º Congresso”, que foi realizado pela *Select Committee on the Modernization of Congress* e denominado “How can congress work better for the american people?”, o *Committee* recebeu inúmeras recomendações para que as *earmarks* se tornassem uma ferramenta que realmente beneficiasse as políticas públicas e não fossem cooptadas por políticos corruptos. Suas recomendações estão conectadas com as de Couser e Kosar e incluíram aumentar a transparência em relação à divulgação do membro solicitante e de seus destinatários; identificar qualquer conexão que o benefício tenha com o parlamentar e sua família; limitação do número de benefícios e os tipos de beneficiários, entre outros requisitos. O principal objetivo é a inclusão da transparência em todo o processo para permitir o cumprimento de seus objetivos: eficácia e alcance das metas estabelecidas; descartar a prática de corrupção com relação ao uso do benefício; melhoras em torno das salvaguardas com o intuito de proteger a ferramenta e tornar seus usuários mais responsivos.

Como resultado, o Congresso estadunidense resolveu alocar regras adicionais, principalmente para abolir o uso de *earmarks*

secretas. Os novos requisitos representam uma revisão ética e da prática de lobby. As mudanças não proíbem a destinação das verbas. Porém, aqueles que fizerem a sua solicitação para um projeto ou incentivo fiscal que beneficie um grupo seletivo devem fornecer uma declaração por escrito onde deve constar: o objetivo do pedido, quem será beneficiado e, ainda, deve conter uma declaração de responsabilidade que afirme que o parlamentar não será beneficiado de nenhuma forma pelo benefício repassado. Estas informações devem ser públicas e postadas na Internet até 48 horas após serem submetidas aos comitês para a sua apreciação.

3. Conclusão

A governança populista, para Issacharoff (2020), representa uma forma de corrupção da governança democrática pelas ações perpetradas que refletem a desvirtuação da própria soberania popular (Gouvêa e Castelo Branco 2020, p.161). Pretende o populista, por meio de ações políticas de curto prazo, de forma imediata e sem preocupação com o futuro, recompensar e favorecer um universo clientelista⁴⁴, podendo se materializar por meio de algumas medidas, tais como: tentativa de inferir e frustrar as divisões institucionais, forçando decisões unilaterais nas quais os benefícios irão para os seus partidos e correligionários e os encargos aos oponentes; promessas de políticas públicas sem qualquer fundamento econômico sustentável; entre outros. A governança populista não é aspiracional, ou seja, não pretende ser um instrumento ativo de mudança política e social. Para alguns teóricos (e.g. SCHEPPELE 2003, VILLEGAS 2012, BOTELHO 2017), a fim de cumprir esta ambição, a ousadia deve se insinuar no desenho

⁴⁴ Como exemplo, as políticas ambientais que Bolsonaro vem adotando oferecem um sério risco aos esforços globais para mitigar as mudanças climáticas. Nos últimos anos, o desmatamento na Amazônia tem aumentado exponencialmente: de menos de 1.765 milhas quadradas, em 2012, subiu para 3.911 milhas quadradas, entre julho de 2018 a junho de 2019 (cf. NUNES, Maíra. Bolsonaro ameaça democracia e Amazônia, diz Relatório do Congresso dos EUA. *Correio Braziliense*. Pub.: 09 de jul de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna_politica,870834/bolsonaro-ameaca-democracia-e-amazonia-diz-relatorio-do-congresso-dos.shtml>. Para Nunes, o aumento do desmatamento está atrelado a uma série de políticas que cortaram fundos para a aplicação ambiental com redução das áreas protegidas e requisitos de conservação ambiental.

institucional. Devem ser garantidas as condições básicas de progresso social e estabilidade institucional, porque o populista busca a efetividade fática e não só jurídica de seus movimentos (VILLEGAS 2012, p.89-90). E, em muitos casos, de forma sutil, incremental e lenta (GOUVÊA e BRANCO 2020). A democracia vai se enfraquecendo devagar, com pequenos desvios, usurpação de poder, com quebras institucionais, que muitas vezes não há como perceber⁴⁵.

O Brasil possui, de acordo com estudos teóricos (GOUVÊA e BRANCO 2020, 2022, MONARI *et al.* 2021, NASCIMENTO e BRAGA 2021, SILVA e RODRIGUES 2021, PAULINO e WAISBORD 2021, GOUVÊA *et al.* 2022), um presidente que poderia ser classificado no espectro “populista autoritário” e, neste momento, as instituições formais e informais democráticas devem entrar em cena, uma vez que os sistemas de freios e contrapesos são capazes de restringir e constringer o movimento do líder populista. O STF atuou como força e pedra angular a conter o movimento populista que estava a se decantar no caso da execução das despesas classificadas com o indicador RP-9.

Os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal passaram a disponibilizar em plataforma de acesso público, com atualizações periódicas e detalhadas com a identificação de usuários, valores pagos, objetos de despesas, documentos contratuais e indicação dos entes federados contemplados e dos partidos políticos de seus governantes em exercício, as despesas introduzidas na Lei Orçamentaria Anual por meio de emendas do relator. A informação que ainda permanece obscura é: quem foi beneficiado pelas emendas do relator em períodos anteriores, já que implicaram gastos de bilhões de reais nos últimos dois anos?

Embora o caminho tenha se tornado mais transparente e o Congresso tenha afastado a incidência das novas regras em relação aos atos anteriores à sua publicação, as verbas cuja execução estava paralisada em decorrência da decisão cautelar passarão, agora, a ser executadas em conformidade com as regras do novo sistema. Para a Ministra Rosa Weber, "o Ato Conjunto 1/2021 criou sistemas mais

⁴⁵ MENDOÇA, Heloísa. Claudio Ferraz: “Congresso não consegue conter todo o avanço autoritário do Governo Bolsonaro”. Pub.: 19 de fev de 2020. *Economia*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/economia/2020-02-14/claudio-ferraz-congresso-nao-consegue-conter-todo-o-avanco-autoritario-do-governo-bolsonaro.html>>. Acesso em: 19 de fev de 2020.

eficientes de garantia de transparência da execução das despesas classificadas como RP 9". De outro modo, é arriscado fazer prognóstico quanto as novas medidas estabelecidas pelo Congresso Nacional em campo de idoneidade, eficácia e efetividade das medidas estabelecidas⁴⁶.

As emendas parlamentares denominadas de RP-9 não podem ser comparadas as *earmarkers* utilizadas nos Estados Unidos. Porém, dentre as suas práticas obscuras há dois núcleos estruturantes comuns: a corrupção e a falta de transparência.

Tanto o Congresso Nacional brasileiro como o Congresso norte-americano estabeleceram novas regras para tornar o processo mais transparente, público, equitativo e sujeito a *accoutability* política, jurisdicional e social. No entanto, as medidas adotadas no Brasil são suficientes para promover a transparência, equidade e promoção de políticas públicas?

No estudo da transversalidade entre os sistemas políticos poderíamos acoplar salvaguardas institucionais e democráticas mais fortes como: a definição de regras claras de transparência e *accoutability*; indicadores mais claros; banco de dados compartilhado e de fácil acesso; criação de uma comissão responsável pela auditoria das emendas parlamentares; transparência e limitação dos valores destinados com divulgação do parlamentar e beneficiário; impedimento de nepotismo e de benefícios a incorporações; limitação de beneficiários; dentre outros.

Se a finalidade das emendas parlamentares é a efetivação de políticas públicas, os diálogos em torno da melhoria do sistema de transparência e equidade devem se tornar contínuos, assim como o efeito *backlash*, advindos tanto das instituições formais como informais e endereçados às ações governamentais e legislativas compõe o cenário atual no Brasil, como formas de representação do exercício ativo e em ebulição da democracia brasileira, que têm atuado de forma a impedir a legitimação do movimento populista.

⁴⁶ Outras informações devem ser prestadas, principalmente pela Presidência da República, Casa Civil e Ministério da Economia para a análise do julgamento de mérito final das ADPF;s 850, 854 e 851. As ações em 12 de setembro de 2022, de acordo com o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal encontram-se conclusos à Relatora.

4. Referências Bibliográficas

- BOTELHO, Catarina S. (2017). Aspirational constitutionalism, social rights prolixity and judicial activism: trilogy or trinity? *Comparative Constitutional Law and Administrative Law Quarterly* 3(4): 62-87.
- COUSER, Zachary; KOSAR, Kevin (2021). **Restoring the power of the purse**. American Enterprise Institute.
- ISSACHAROFF, Samuel (2020). **The Corruption of Popular Sovereignty**. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 20-02.
- GOUVÊA, Carina B.; BRANCO, Pedro H.V.B.C. (2020). **Populismos**. Belo Horizonte: Casa do Direito.
- GOUVÊA, Carina B.; BRANCO, Pedro H.V.B.C. (2022a). Revisão judicial abusiva e a atuação do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs entre março de 2020 e fevereiro de 2021. *Revista de Direito Internacional* 19(1):p.400-420.
- GOUVÊA, Carina B.; BRANCO, Pedro H.V.B.C. (2022b). **Populist Governance in Brazil. Societies and Political Orders in Transition**. Switzerland: Springer.
- HUDAK, John. Earmarks are back, and American's should be glad. Brookings. Pub. 17 de mar de 2021. Disponível em <<https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2021/03/17/earmarks-are-back-and-americans-should-be-glad/>>. Acesso em 22 de mar de 2022.
- MONARI, Ana C.P.; ARAÚJO, Kizi Z.; SOUZA, Mateus R.; SACRAMENTO, Igor (2021). Legitimando um populismo antecedência: análise dos argumentos de Bolsonaro sobre vacinação contra Covid-19 no Twitter. *Liinc em Revista* 17(1): 1-21.
- NASCIMENTO, Jefferson F.; BRAGA, Maria S.S. (2021). Brasil nos tempos de Bolsonaro: populismo e democracia antiliberal. *Política - Revista de Ciência Política* 59(2): 79-120.
- PAULINO, Fernando O.; WAISBORD, Silvio (2021). Las narrativas del populismo reaccionario: Bolsonaro en Twitter durante la pandemia. *Mediapolis – Revista de Comunicación, Journalism e Espaço Público* 12: 33-48.
- SCHEPPELE, Kim L. (2003) Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law* 1(2): 296-324.
- SILVA, Mayra G.; RODRIGUES, Theófilo C.M. (2021). O populismo de direita no Brasil: neoliberalismo e autoritarismo no governo Bolsonaro. *Mediações - Revista de Ciências Sociais* 26(1): 86-107.
- VILLEGAS, Mauricio G. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Análisis Político* 25(75): 89-110.

Carina Barbosa Gouvêa

Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Pós Doutora em Direito Constitucional pela UFPE. Doutora Direito pela UNESA; Vice Presidente da Comissão Especial de Bioética e Biodireito do Conselho Federal da OAB. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa “Teoria da Separação dos Poderes e Crise do Sistema Democrático Brasileiro”, vinculado ao PPGD/UFPE; Vice Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos (UFPE), CNPq; Advogada.

Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco

Professor Associado do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA). Doutor em Ciência Política (IUPERJ). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Coordenador do Laboratório de Estudos de Defesa e Segurança Pública da (LEPDESP-UERJ). Advogado.

PROPOSTAS PARA UMA LEGISLAÇÃO DE MELHOR QUALIDADE

PROPOSALS TO A BETTER QUALITY LEGISLATION

Carmen Silvia Lima de Arruda

Resumo:

A despeito da grande quantidade de leis aprovadas anualmente no Brasil, questiona-se se as leis de fato atendem as demandas da população. O processo de elaboração das leis deve observar o devido processo legislativo previsto expressamente na Constituição Federal, assim como os princípios constitucionais do devido processo legal, da legalidade, da eficiência, da transparência e da motivação, possibilitando a participação popular. A preocupação com a melhoria da qualidade legislativa está na pauta do dia nos países da comunidade europeia e a exemplo de diversos países europeus que vêm se utilizando de manuais de procedimentos legislativos para dar maior transparência e confiabilidade ao processo, sugerimos a introdução da análise de impacto legislativo, baseada em evidências e dados empíricos na justificativa e na exposição de motivos, que devem encaminhar as novas proposições legislativas.

Palavras-chave: devido processo legislativo – motivação – transparência

Abstract:

In the face of the big quantity of bills approved annually in Brazil, it is wondered if the bills actually perform the population's demands. The process of formulating the laws should be observed to its due legislative process precisely guaranteed by the Federal Constitution, as well as to the constitutional principles of its due legal process, of legitimacy, of efficiency, of transparency and of motivation, giving the possibility of popular participation. The concern with the improvement of the legislative quality is being discussed nowadays in the European community countries and as an

example to various countries that find themselves in the use of manuals of legislative procedures to bring more transparency and trustworthiness to the process. We suggest the introduction of the legislative impact analysis, based on evidences and empirical data in the explanation and exposition of reasons which must be forwarded to new legislative proposal.

Keywords: *due legislative process – motivation – transparency*

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito fundamental ao devido processo legislativo. 3. Fase inicial do processo legislativo. 3.1. Exposição de motivos e justificativa nos regimentos internos. 3.2. Motivação dos atos legislativos. 4. Procedimentos para a melhoria da legislação. 4.1. Análises de Impacto Regulatório. 4.2. Análise de Impacto Legislativo. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Anualmente, o Congresso Nacional brasileiro aprova uma quantidade relevante de novas leis, quantidade considerada, por muitos, excessiva (COSTA 2020). Na Legislatura de 2021, foram aprovadas 246 propostas no Plenário, 408 aprovadas em Comissões, e 604 aprovadas na Câmara (COSTA, 2020). Em entrevista, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira (PP-AL), afirmou que “a Casa cumpriu seu papel, que é atender as demandas da população brasileira”⁴⁷. Resta indagar: cumpriu mesmo?

Sabemos que, conforme acordado em nosso pacto federativo, o poder emana do povo e é exercido por representantes eleitos ou

⁴⁷ “Aprovamos muitas reformas estruturantes. A Câmara encerra o ano cumprindo seu papel de atender a população brasileira e suas demandas. Passamos um momento muito duro em relação aos efeitos sanitários, mas com a compra e distribuição das vacinas vamos ser o País que mais vai vacinar no mundo. A Câmara sempre tratou com muita transparência todos os efeitos da pandemia”. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/840139-lira-camara-cumpriu-seu-papel-de-atender-as-demandas-da-populacao-em-2021/>>. Acesso em: 1 set. 2022.

diretamente⁴⁸, vontade que é canalizada pelo Poder Legislativo, por meio do processo legislativo previsto na Constituição Federal. Este processo de elaboração das leis se legitima na medida em que observa as normas constitucionais previstas, especialmente aquelas nos artigos 59 e seguintes, assim como certos princípios explícitos e implícitos constantes do art. 5º, garantidores dos direitos fundamentais, tais como da legalidade, da eficiência, do devido processo legal, da publicidade e da motivação.

No presente trabalho, tentaremos analisar em que medida o processo de elaboração das leis no Brasil atende aos padrões internacionais de uma boa produção legislativa e se, de fato, é veículo de representação da vontade popular, permitindo participação durante o processo, através da apresentação das razões e justificativas de forma clara e compreensível, evidenciando a real motivação para elaboração de novas normas jurídicas e, assim, atendendo ao princípio constitucional do devido processo legislativo.

Buscaremos, ainda, apresentar algumas ferramentas capazes de possibilitar melhoria na elaboração legislativa, com maior transparência no processo, possibilitando, em última análise, o pleno exercício do controle social pelo voto, respeitando o cidadão em sua plena dignidade, visto que, como Barcellos (2017, p. 92) destaca:

As pessoas, todas elas e cada uma delas, são dotadas de dignidade e devem ser tratadas com respeito. Esse é um axioma filosófico e jurídico que dispensa maiores demonstrações e foi consagrado pela Constituição de 1988. [...]. Pois bem: receber justificativas relativamente aos atos que nos afetam é um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus em decorrência de sua dignidade essencial como ser humano.

Dentre as novas ferramentas disponíveis, merecerá destaque a análise de impacto legislativo, que já vem sendo utilizada em outros ordenamentos jurídicos, em diversos países da comunidade europeia, como instrumentos de melhoria na produção legislativa.

⁴⁸ Constituição Federal de 1988. Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

2. Direito fundamental ao devido processo legislativo

A ideia do devido processo legislativo encontra fundamento na própria cláusula do devido processo legal, consagrada nos incisos LIV e LV do art. 5º do texto constitucional de 1988, refletindo a vontade de incorporar, no ordenamento jurídico brasileiro, um princípio legal garantidor da ampla defesa, do contraditório, além de uma gama de outras garantias decorrentes da processualidade, do acesso à justiça, do julgamento justo, da segurança jurídica e da dignidade humana, a contribuir para a paz social.

Com origem na expressão inglesa *due process of law*⁴⁹, traduzida em sua literalidade para “devido processo legal”, a cláusula pode ser conceituada como o conjunto de garantias expressamente previstas na Constituição, ou por ela reconhecidas como necessárias para integrar a pessoa interessada no processo de decisão, pública ou privada, que diga respeito a sua liberdade ou aos seus bens ou a qualquer interferência arbitrária nos seus direitos da personalidade (CINTRA *et al.* 2009, p. 324).

De fato, ao ser acolhida a cláusula do devido processo legal na ordem jurídica brasileira ganhamos novo impulso rumo à democracia. Presente nos sistemas da *common law* e, em muitos sistemas civilistas, o devido processo legal foi expressamente consagrado no art. 6(1) da CEDH, assim como no art. 8º da Convenção Americana de Direitos do Homem 1966, abrindo caminho para uma nova dimensão de justiça.

⁴⁹ “Numa breve retrospectiva, lembramos que a cláusula do ‘devido processo legal’ tem origem anglo-saxônica, remontando ao tempo do Rei João Sem Terra que, ao editar a Carta Magna em 1215, fez constar, em seu art. 29, a garantia de que nenhum homem seria preso ou subtraído de sua propriedade, exceto por lei de sua terra. Restou, assim, consagrada a imperatividade da obediência aos princípios e regras do processo, para a validade do julgamento. Mais tarde, veio a tornar-se cláusula expressa, na Carta de King Edward III, onde a expressão ‘*due process of law*’ surge pela primeira vez no *Liberty of Subject Act* (28 Edward 3), de 1354 e cujo maior legado é a regra do julgamento preceder a execução (PERLINGEIRO, 2015b, p. 116). No direito americano, a cláusula foi introduzida no texto constitucional em 1789, quando promulgadas a 5ª e a 14ª emendas à Constituição, na carta denominada *Bill of Rights*, onde se declaravam os direitos dos cidadãos em face do poder do governo, estabelecendo garantias expressas como o *due process of law*, princípio segundo o qual nenhuma pessoa seria privada de sua vida, liberdade ou propriedade, ou seja, dos seus direitos fundamentais, sem o devido processo legal”. (ARRUDA, 2017).

Uma vez consagrada constitucionalmente, a cláusula do devido processo legal não pode ter sua potencialidade minimizada apenas à garantia da ampla defesa e contraditório no âmbito administrativo e processual, devendo extrair-se todo seu potencial, inclusive para alcançar os atos emanados do Poder Legislativo.

Nesta linha, e em sintonia com o princípio da separação e harmonia entre os poderes, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle do processo legislativo, “declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Longe de configurar indevida intervenção no Poder Legislativo, ao Judiciário cabe o controle do devido processo legislativo, contribuindo para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes” (CLÈVE 2010, p. 178-180).

Na qualidade de guardião da Constituição Federal⁵⁰, o Supremo Tribunal Federal asseverou, em voto proferido pela E. Min. Rosa Weber, que o devido processo legislativo constitui um direito fundamental difuso, “o direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado”⁵¹.

Além do “procedimento constitucionalmente determinado”, o princípio do devido processo legislativo é também informado pelos demais princípios constitucionais, conforme expressamente destacado pela E. Min. Cármen Lúcia, ao afirmar que “inclui-se no devido processo legislativo a observância, ao longo do procedimento de

⁵⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”;

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5127. Tribunal Pleno. Relatora Ministra ROSA WEBER, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Data do Julgamento: 15/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094, DIVULG 10-05-2016, PUBLIC 11-05-2016. “1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. [...]”. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309458851&ext=.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2022.

elaboração da Emenda constitucional, dos princípios da moralidade e probidade”⁵².

3. Fase inicial do processo legislativo

O devido processo legislativo, definido como “um procedimento juridicamente ordenado” (NAGATA, 2019, p. 91), deve, durante todo seu trâmite, observar os dispositivos expressamente previstos no texto constitucional, a começar pelo art. 59 que elenca o rol que inclui a elaboração de emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções⁵³.

O processo de produção legislativa é composto por diversas fases, desde a iniciativa, aprovação, votação, sanção, promulgação e publicação, conforme previsão expressa no texto constitucional⁵⁴. A exemplo da lei ordinária (AMARAL, 2022, p. 200), ato legislativo típico, para a qual, na lição de Manuel Gonçalves, “[na] sua formação, concorrem várias vontades ao longo de três fases: (i) uma fase introdutória, a iniciativa; (ii) uma fase constitutiva, a deliberação e a sanção (com ou sem veto parcial) ou veto total; e (iii) uma fase complementar, a promulgação e a publicação (FERREIRA 2012).

A partir do momento que o projeto de lei é apresentado, inicia-se sua tramitação e instrução pelas comissões permanentes e temporárias, conforme disposições constantes dos respectivos

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4889. Tribunal Pleno. Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Data do Julgamento: 11/11/2020, Data da Publicação: 25/11/2020. “ 3. O vício que corrompe a vontade do parlamentar ofende o *devido processo legislativo* contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa. 4. Quebra do decoro parlamentar pela conduta ilegítima de malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar configura crise de representação [...]”. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754470244>>.

Acesso em: 1 set. 2022.

⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: [...] Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. “Arts. 59 a 69”.

regimentos internos das casas legislativas⁵⁵, como bem esclarece José Levy Amaral Junior (2012, p. 200):

Apresentado o projeto de lei, começa ele a tramitar, abrindo-se a fase constitutiva do processo legislativo. Implícita a ela há uma subfase instrutória, perante as comissões, o que, em geral, envolve a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, na Câmara dos Deputados, e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, no Senado Federal, bem assim outras comissões tematicamente afins a proposição. Então, tipicamente, o projeto chega ao Plenário da Casa para deliberação. ...Na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o projeto de lei ordinária pode ser votado quando presente a maioria absoluta dos respectivos membros. [...]. O PL é considerado aprovado pela comparação entre votos “sim” e “não”, lógico, devendo haver mais votos favoráveis do que contrários.

Em cumprimento ao parágrafo único do art. 59⁵⁶, sobreveio a Lei Complementar 95/98⁵⁷, tratando da elaboração, redação, alteração das leis, dispondo especificamente sobre as técnicas de redação dos textos da ementa, do preâmbulo, dos respectivos artigos e numeração, bem como a divisão em parágrafos e incisos, agrupamento em livros, títulos, capítulos, seções e subseções, tratando, ainda, da consolidação e codificação das leis.

Note-se que o art. 7º, I e II da LC 95/98 veda inserção em lei de matéria estranha ao seu objeto, ou este não vincula por afinidade, pertinência ou conexão⁵⁸. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que tal inserção estranha ao objeto da lei caracterizaria afronta ao devido processo legislativo, qualificado como “contrabando

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.”

⁵⁶ Art. 59, § único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

⁵⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 1 set. 2022.

⁵⁸ Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

legislativo”, ou seja, a inserção de emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei versando sobre objeto absolutamente distinto daqueles originalmente veiculados no texto apresentado à conversão, “procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade”⁵⁹.

Não se vê, contudo, na Lei Complementar 95/98, previsão expressa de formulação de justificativa ou motivação, no encaminhamento das proposições legislativas.

Somente no Decreto 9.191/2017⁶⁰, regulamentando a referida Lei Complementar 95/98, vemos a determinação no sentido de encaminhamento das propostas por meio de *Exposição de Motivos* do titular do órgão proponente, justificando e fundamentando, de forma clara e objetiva, a edição do ato normativo, com a síntese do problema cuja proposição do ato normativo visa a solucionar; a Justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta; a identificação dos atingidos pela norma.

Ainda do referido Decreto, consta que a *Exposição de Motivos* deve mencionar a hipótese de a proposta de ato normativo gerar despesas, diretas ou indiretas, ou gerar diminuição de receita para o ente público e, no caso de proposta de medida provisória demonstrar, objetivamente, a relevância e a urgência; devendo ser assinada pelo Ministro de Estado proponente⁶¹.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5012. Tribunal Pleno. Relatora Ministra ROSA WEBER, Data do Julgamento: 16/03/2017, Data da Publicação: 01/02/2018. “1. Inclusão, por emenda parlamentar, dos arts. 113 a 126, versando sobre alteração de limites de unidades de conservação, na redação final da Lei nº 12.249/2010, conversão da Medida Provisória nº 472/2009. 2. Afronta ao princípio democrático, ao postulado da separação entre os Poderes e à garantia do *devido processo legislativo*, à ausência de pertinência temática entre a matéria veiculada na emenda parlamentar e o objeto da medida provisória submetida à conversão em lei. [...]”. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14274790>>.

Acesso em: 1 set. 2022.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Decreto/D9191.htm>. Acesso em 1 set. 2022.

⁶¹ BRASIL. Decreto 9.191, de 1º de novembro de 2017. “Art. 26. As propostas de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil da Presidência da República e à Secretaria-Geral da Presidência da República por meio eletrônico, atendidos os requisitos de

Não obstante o fato de o Decreto 9.191/17 determinar que os projetos de lei de iniciativa do Presidente da República devam vir acompanhados das razões do encaminhamento do projeto, que devem constar de sua *Exposição de Motivos*, fato é, no entanto, que a maioria das proposições não vem acompanhada de justificativas ou exposição de motivos, afrontando o devido processo legislativo (SILVA, 2018). Para Barcellos (2017, p. 74), “o conteúdo essencial desse *due process*, que será detalhado e aprofundado adiante, envolve o dever do proponente da norma de apresentar, de forma pública, as razões pelas quais considera que a tal norma deve ser editada e as informações que as fundamentam”.

3.1. *Exposição de motivos e justificativa nos Regimentos Internos*

A tramitação dos projetos de lei é regulada pelos respectivos regimentos internos das Casas Legislativas. Tratando-se de uma “proposição” de iniciativa de Deputado, a matéria é sujeita à deliberação da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 100 do seu Regimento Interno⁶², que apenas exige uma redação clara e com termos explícitos e concisos. O art. 103 do Regimento Interno apenas faculta a

autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por meio de exposição de motivos do titular do órgão proponente.”; “Art. 27. A exposição de motivos deverá: I - justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva, a edição do ato normativo, com: a) a síntese do problema cuja proposição do ato normativo visa a solucionar; b) a justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta; e c) a identificação dos atingidos pela norma;

II - na hipótese de a proposta de ato normativo gerar despesas, diretas ou indiretas, ou gerar diminuição de receita para o ente público, demonstrar o atendimento ao disposto nos art. 14, art. 16 e art. 17 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e no art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; III - no caso de proposta de medida provisória, demonstrar, objetivamente, a relevância e a urgência; e IV - ser assinada pelo Ministro de Estado proponente”.

⁶² “Art. 100. Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara. § 1º As proposições poderão consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle. § 2º Toda proposição deverá ser redigida com clareza, em termos explícitos e concisos, e apresentada conforme o Ato da Mesa referido no caput do art. 101 deste Regimento.”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2035-2022.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

exposição da justificativa, que poderá constar do texto da proposição – ou não⁶³.

Diversamente, no Senado Federal vê-se, no seu Regimento Interno, a obrigatoriedade da justificativa, ainda que oral, para proposições⁶⁴, devendo ser escritas em termos concisos e claros e observando a boa técnica de redação, nos moldes do art. 236.

Evidentemente, a apresentação da Exposição de Motivos ou da Justificativa implicaria em maior ônus argumentativo para o proponente da norma, que deveria apresentar as suas razões para encaminhar a proposição, em outras palavras, a motivação das proposições legislativas.

A omissão da obrigação de fundamentar ou justificar as proposições legislativas nos respectivos regimentos internos representa, na verdade, a ausência de vontade do legislativo de arcar com este ônus de justificar suas proposições, e de comprometer-se com as melhores práticas legislativas e de governança, que assegurariam a transparência e participação no processo legislativo.

Importa recordar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que questões relativas à interpretação de normas regimentais caracterizaria ato *interna corporis* e, portanto, imunes ao controle judicial, ressalvado o controle constitucional das

⁶³ “Art. 103. A proposição **poderá ser fundamentada por escrito ou verbalmente pelo Autor** e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia inscrição junto à Mesa. Parágrafo único. O relator de proposição, de ofício ou a requerimento do Autor, fará juntar ao respectivo processo a justificação oral, extraída do Diário da Câmara dos Deputados.”. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2035-2022.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2022.

⁶⁴ “Art. 238. As proposições, salvo os requerimentos, **devem ser acompanhadas de justificação oral ou escrita**, observado o disposto no parágrafo único do art. 233. Parágrafo único. Havendo várias emendas do mesmo autor, dependentes de justificação oral, é lícito justificá-las em conjunto.”.

“Art. 232. A emenda não adotada pela comissão (art. 124, I) poderá ser renovada em plenário, salvo sendo unânime o parecer pela rejeição. Art. 233. Nenhuma emenda será aceita sem que o autor a tenha justificado por escrito ou oralmente.”. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/563958/publicacao/16433779>>. Acesso em: 1 set. 2022.

normas regimentais das Casas Legislativas⁶⁵, desde que demonstrada ofensa direta ao texto constitucional.

Em recente apreciação, assentou o STF que “em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*”⁶⁶ (RE 1.297.884, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 03.08.2021).

Restaria, portanto, indagar se a ausência de previsão regimental de justificativa prévia ao encaminhamento das leis não representaria uma ofensa direta ao texto constitucional, em especial, à garantia do exercício da cidadania plena.

3.2. Motivação dos atos legislativos

No texto constitucional, consagrou-se a motivação, diretamente relacionada à transparência, para as decisões emanadas do Poder Judiciário⁶⁷. Segundo Mello (2005, p. 101), a motivação decorre dos

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. ADI 6.968. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro EDSON FACHIN, Julgamento: 22/04/2022, Publicação: 19/05/2022. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL. PROCESSO LEGISLATIVO. REQUERIMENTO DE URGÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O RECONHECIMENTO DA URGÊNCIA. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A previsão regimental de um regime de urgência que reduza as formalidades processuais em casos específicos, reconhecidos pela maioria legislativa, não ofende o devido *processo legislativo*. 2. A adoção do rito de urgência em proposições legislativas é matéria genuinamente interna corporis, não cabendo ao STF adentrar tal seara. Precedente. 3. Quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao *processo legislativo*, é defeso ao Poder Judiciário exercer o *controle jurisdicional* em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas. Precedente. 4. Ação direta julgada improcedente.

⁶⁶ Precedente julgado sob a Sistemática da Repercussão Geral - Tema nº 1.120.

⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Art. 93. IX – “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo

princípios constitucionais constantes do art. 1º, II, que cuida da cidadania, e do art. 5º, XXXV, que trata da apreciação judicial: “É que o princípio da motivação é reclamado [...] como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder”.

Retratando a necessidade de modernização do nosso direito, em 2018 sobreveio a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁶⁸, que introduziu dez novos artigos endereçados ao Direito Público, ganhando destaque a motivação do ato⁶⁹, a demonstração da necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, tratando especificamente do dever de motivar do administrador, controlador e do juiz, com fundamentação clara e acessível das proposições.

A motivação é a enunciação dos motivos, ou seja, “circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição de um ato administrativo” (MEDAUAR 2016, p. 172). Exige-se a explicitação dos motivos que determinaram a prática de um ato, como forma de a limitar o arbítrio político, mesmo para os atos discricionários. A motivação deve ser clara e suficiente a possibilitar a ampla compreensão do ato, permitindo, conseqüentemente, sua sindicabilidade, por meio do controle e

não prejudique o interesse público à informação;”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶⁸ BRASIL. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Art. 20. Parágrafo único. “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13655>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁶⁹ BRASIL. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que acresceu ao Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) o “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.

fiscalização, acarretando “a redução da margem de interdição do debate legítimo” (MEERHOLZ 2019, p. 70).

Com efeito, somente com a devida motivação é possível a sindicabilidade dos atos pelo Poder Judiciário, tornando possível e efetiva a garantia consagrada no art. 5º XXXV, assim como o pleno exercício da cidadania, (art. 1º, II da CF/88) e do controle social através do voto, conforme previsto no art. 14.

A exposição dos motivos, tal qual a motivação, vincula e possibilita controle, conforme elaborado pela teoria dos motivos determinantes⁷⁰. Como destaca Medauar (2016, p. 464), “como decorrência, veio a possibilidade do controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas que levam à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o controle do motivo”.

Certamente a motivação da proposição legislativa é medida essencial para o controle judicial e, em última análise, o controle social. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5.599⁷¹, enfatizou que “deve o Poder Judiciário verificar se as razões apresentadas na *exposição* de *motivos* pelo Chefe do Poder Executivo são congruentes com a urgência e a relevância alegadas, sem adentrar ao juízo de fundo que o texto constitucional atribui ao Poder Legislativo”. Em seu voto, prossegue o Relator:

A forma de se realizar esse controle deve depender da motivação apresentada pelo Chefe do Poder Executivo. Como indica Clèmerson Merlin Clève, a motivação, embora não seja requisito constitucional expresso, facilita o controle da legitimidade e dos requisitos constitucionais autorizadores, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário.

⁷⁰ Teoria dos motivos determinantes – “Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isto significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar”. (MEDAUAR, 2016, p. 172).

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.599. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro EDSON FACHIN, Data do Julgamento: 26/10/2020, Data da Publicação: 26/11/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754482388>>. Acesso em: 1 set. 2022.

4. Procedimentos para a melhoria da legislação

A melhoria da qualidade legislativa não é uma preocupação só nossa. Considerando que as leis e regulamentos afetam diretamente o cotidiano de todos os cidadãos não apenas aqui, mas em todas as partes do mundo, esta é uma preocupação corrente e atual, de todos os países.

No âmbito da Comunidade Europeia, a agenda para melhoria da legislação está na pauta do dia, fulcrada em três pilares, com especial destaque à legislação embasada em análises de impacto e evidências, na simplificação das leis, evitando-se ônus desnecessários, e, por fim, no envolvimento de cidadãos, empresários e todos os envolvidos no processo decisório⁷².

Com base nos indicadores da OECD, a Comissão Europeia vem estudando as melhores práticas para estabelecer os melhores referenciais para o processo legislativo, de forma a considerar seu impacto em cada um dos diversos aspectos, inclusive o social, econômico, ecológico, e meio ambiente⁷³.

Assim, reconhecendo a necessidade de imprimir maior transparência aos processos legislativos, recomenda-se que estes sejam baseados na análise de evidências, mediante a obrigatoriedade de realização de análises de impactos legislativos, como nova ferramenta para melhoria da qualidade das leis.

Destaca-se o recente estudo elaborado pela OECD para melhoria da qualidade da regulação⁷⁴, assim entendida em seu aspecto mais amplo, envolvendo não apenas órgãos do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo, ou seja, visando também à implementação de políticas legislativas melhores⁷⁵, como prática de boa governança. Neste estudo, são examinadas as boas práticas utilizadas

⁷² Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en>. Acesso em: 1 set. 2022.

⁷³ Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/better-regulation-practices-across-the-european-union-2022-6e4b095d-en.htm>>. Acesso em: 1 out. 2022.

⁷⁴ “Legislative Drafting Manual for Better Policy”. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/sites/g2g9dd64-en/index.html?itemId=/content/publication/g2g9dd64-en>>. Acesso em: 1 out. 2022.

⁷⁵ OECD (2019) “Implementing a better legislation policy” in *Good Governance in Egypt: Legislative Drafting Manual for Better Policy*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/good-governance-in-egypt_9162854f-en#page17>. Acesso em: 1 out. 2022.

em diversos países da União Europeia na preparação e implementação de procedimentos legislativos reconhecidos como boas práticas de governança.

Para atingir maior qualidade legislativa, a OECD recomenda a elaboração de “manuais” com instruções a serem seguidas pelos órgãos legislativos e regulamentares, que devem conter análises de impacto regulatório (AIR) realizadas antes e depois da regulação (*ex post* e *ex ante*), de sorte a garantir transparência, efetividade, legalidade e confiabilidade no processo de confecção das leis e regulamentos. Segundo a OECD, a boa legislação é aquela que é clara, precisa, prática, concisa, coerente, consistente com as outras legislações e baseada em evidências.

Para a OECD, uma boa legislação decorre do poder constitucional de legislar, diretamente relacionado aos princípios da legalidade, efetividade e inteligibilidade, devendo conferir segurança jurídica aos cidadãos.

4.1. Análise de Impacto Regulatório

No âmbito da regulação, encontramos já positivada, no direito brasileiro, a Análise de Impacto Regulatório - AIR, introduzida no art. 6º⁷⁶ da Lei Geral das Agências Reguladoras⁷⁷, como instrumento que possibilita maior racionalidade à tomada de decisão administrativa, na medida em que contém informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

A adoção da AIR, no âmbito das agências reguladoras, foi um importante passo para a racionalização das decisões, e alinhamento às recomendações da OCDE, por tratar-se de “uma ferramenta fundamental para melhorar a qualidade do processo decisório governamental” e “uma maneira de identificar e avaliar os possíveis efeitos positivos e negativos que as regulações futuras possam ter sobre o meio ambiente, a sociedade e a economia em geral”⁷⁸, possibilitando

⁷⁶ Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

⁷⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 1 set. 2022.

⁷⁸ Disponível em: <[https://www.oecd-ilibrary.org/sites/3ed16051-pt](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/3ed16051-pt/index.html?itemId=/content/component/3ed16051-pt)>. Acesso em: 1 set. 2022.

a comparação das alternativas para enfrentar os problemas de políticas públicas, apontando a melhor opção, considerando o maior benefício para a população, de sorte que as decisões sejam baseadas em evidências, com maior transparência e possibilitando a prestação de contas.

Seguindo esta mesma linha, o legislador fez incluir na Lei de Liberdade Econômica, promulgada em 2021, a obrigatoriedade de utilização da AIL, no âmbito da administração pública federal, que deve conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo, para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico⁷⁹.

Como definição oficial, no âmbito federal, sugere-se: “a partir da definição de um problema regulatório, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) é o procedimento de avaliação prévia à edição dos atos normativos de interesse geral, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão”⁸⁰.

4.2. Análise de Impacto Legislativo

No âmbito do processo legislativo, no entanto, como já se viu, ainda não encontramos previsão expressa de elaboração da Análise de Impacto Legislativo – AIL no processo legislativo, que poderia embasar, com dados técnicos relevantes, a justificativa ou a exposição de motivos das proposições.

Tal como a análise de impacto regulatório, a AIL seria certamente um importante instrumento de avaliação preventiva dos efeitos da hipótese de intervenção normativa que venha a recair sobre a atividade dos cidadãos, empresas, grandes, médias e pequenas; sobre a

⁷⁹ Lei 13.874/2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art5>. Acesso em: 1 nov. 2022. Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

⁸⁰ Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/air/saiba-mais>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

administração pública, possibilitando a comparação entre as opções a serem escolhidas e definidas pelo legislativo.

No bojo da análise de impacto legislativo, seria possível explicitar com maior transparência e clareza os custos e impactos da nova lei tanto para administração, como para o cidadão, para as empresas, expor a metodologia de aferição, ou seja, os parâmetros de verificação da qualidade anterior (*ex ante*) e posterior (*ex post*) das leis.

A AIL possibilitaria o monitoramento e avaliação dos resultados das políticas públicas para promoção dos direitos fundamentais e, sobretudo, para a promoção dos direitos dos grupos menos favorecidos socialmente —, monitorar ou não os resultados das políticas públicas não pode ser uma opção livre a cargo dos agentes públicos encarregados dessas políticas. O monitoramento de uma política pública envolve muitas escolhas que exigem não apenas juízos técnicos, mas, muitas vezes, também políticos.

A instituição do AIL representaria uma medida importante de monitoramento da implementação das políticas públicas e seus resultados, uma atividade indispensável para informar a população acerca das políticas escolhidas, suas metas, custos e recursos investidos, e resultados ao longo do tempo, permitindo amplo debate público sobre elas.

Em uma democracia, a transparência, o acesso aos dados e informações do governo, a motivação e a possibilidade de participação social são indispensáveis para a promoção dos direitos e garantias da cidadania e consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

A implementação da análise de impacto legislativo é essencial para a melhoria da qualidade legislativa, e já vem sendo objeto de importante estudo no âmbito do Senado Federal, como “um instrumento útil para prover melhores leis e, conseqüentemente, fazer com que as ações governamentais sejam mais focadas nas necessidades da população”⁸¹.

⁸¹ “A presente publicação, coordenada pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, tem por objetivo lançar as bases para a consolidação da cultura da avaliação de impacto legislativo, consubstanciando o debate e a deliberação como práticas que representam a essência do parlamento”. Avaliação de Impacto legislativo: cenário e perspectivas para sua aplicação”. (Vieira *et al.* 2017. p. 13). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535244/avaliacao_de_impacto_legislativo_1ed.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 set. 2022.

5. Conclusões

No atual estágio democrático pós-pandêmico e em plena revolução digital, dúvidas não podem restar de que o processo de elaboração legislativo submete-se aos parâmetros constitucionais insculpidos na cláusula do devido processo legal, fazendo-se obrigatória, portanto, a observância dos princípios constitucionais da participação popular, da motivação, da publicidade, amalgamados no princípio da transparência.

A ausência de motivação, através da justificativa ou exposição de motivos, no momento do encaminhamento de proposições às Casas do Congresso Nacional, gera graves questionamentos acerca do efetivo atendimento das demandas e vontade popular, cabendo ao parlamentar se desincumbir do ônus argumentativo de apresentar suas razões, a fim de preservar a dignidade do cidadão de ser informado acerca do devido encaminhamento de suas demandas.

A adequação dos projetos de lei às diretrizes constitucionais de motivação, aliada aos novos instrumentos, como a análise de impacto legislativo, certamente contribuirão para melhoria do produto final entregue pelo Poder Legislativo brasileiro, garantindo maior transparência e participação no processo de elaboração legislativa, e seu efetivo controle, tanto judicial como o controle popular, exercido através do voto e conferindo, assim, maior legitimidade às leis produzidas no país, permitindo efetivamente atender “as demandas da população”, como vaticinado pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

6. Referências bibliográficas

AMARAL JR., José L. M. Processo Legislativo - Aspectos Teóricos, Práticos e Jurisprudenciais da Reprodução do Direito Brasileiro Relativamente aos Atos Normativos Primários. **Processo Legislativo - Teoria e Prática**. Salvador: Jus PODIVM, 2022.

ARRUDA, Carmen S.L. Breve estudo hermenêutico epistemológico da cláusula do devido processo legal”. **Revista CEJ**, XXI (73): 53-62, 2017. Disponível em:

<<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2335/2217>>.

Acesso em: 1 out. 2022.

BARCELLOS, Ana P. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CINTRA, Antonio C.A.; DINAMARCO, C.R.; GRINOVER, Ada P. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CLÈVE, Clèmerson M. **Medidas Provisórias**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

COSTA, V.R.M.. O excesso de leis no Brasil e o fenômeno da existência, validade e eficácia. *Caderno Virtual*, 4(49), 2020. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5128/2008>>. Acesso em: 1 set. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEERHOLZ, André L. O que se pretende com a previsão do Caput do art. 20 da LINDB? In: Cunha, A.J.C. (F^o); Issa, R.H.; Schwind, R.W. (coords.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – anotada: Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. v. I e II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MELLO, Celso A.B. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NAGATA, Bruno M. Questões atuais do devido processo legislativo. In: Cunha, A.J.C. *et al.* Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SILVA, Reginaldo P. Justificação como requisito essencial do devido processo legislativo: o caso da estimativa de impacto fiscal das proposições legislativas. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/556136/TCC_Reginaldo%20Pereira%20Silva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 set. 2022.

Carmen Silvia Lima de Arruda

PhD em Direito Público pela *Università di Pavia*. Doutora pela Universidade Federal Fluminense. *Juris Doctor* pela *University of Miami*. Integrante do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU/USP. Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

O PAPEL DO CONGRESSO NACIONAL NA
APRECIACÃO DOS VETOS
PRESIDENCIAIS: IMPACTOS NO
PROCESSO LEGISLATIVO A PARTIR DE
1988

*THE ROLE THE NATIONAL CONGRESS PLAYS ON THE
APPRECIATION OF PRESIDENT'S VETOES: IMPACTS ON
THE LEGISLATIVE PROCESS SINCE 1988*

Michel Kurdoglian Lutaif
Luís Gustavo Faria Guimarães

Resumo

O presente artigo propõe estudar a evolução da apreciação dos vetos do Presidente da República pelo Congresso Nacional e seus impactos no processo legislativo. Parte-se da hipótese de que o resultado da deliberação do veto pelo Legislativo pode refletir a contraposição de interesses entre os Poderes. Para tanto, foram realizadas breves considerações introdutórias, legais e doutrinárias, analisados dados sobre o processo legislativo de apreciação dos vetos, obtidos junto ao Congresso Nacional. Ao final, observou-se que, de fato, desde a promulgação da Constituição Federal, houve um crescente uso da ferramenta do veto pelo Presidente da República, ao passo que, somente a partir de 2013, a atividade de apreciação passou a ser intensificada pelo Congresso. Notou-se ainda que os períodos de maior conturbação política-institucional não possuíram reflexos significativos no número de vetos firmados ou derrubados.

Palavras-chave: Processo legislativo; vetos presidenciais; Congresso Nacional; Poder Legislativo; Poder Executivo.

Abstract

This article proposes to study the progression of appreciation of the President's vetoes by the National Congress and its impacts

on legislative process. It starts from the hypothesis that the result of the veto deliberation by the Legislative administration may reflect the conflict of interests between government and Congress. In order to do so, introductory, legal and indoctrinating considerations were carried out and, after that, the data obtained from the National Congress about the vetoes' appreciation was analysed. At the end, it was observed that, in fact, since the promulgation of the 1988 Constitution, there has been an increasing use of the veto tool by the President of the Republic whereas, only from 2013, the appreciation activity started being intensified by the Congress. It was also noted that the periods of greater political-institutional disorder did not have significant effects on the number of vetoes signed or reversed.

Keywords: *Legislative process; presidential vetoes; National Congress; Legislative power; Executive power.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre o processo de apreciação de vetos presidenciais. 3. Análise de dados. 4. Conclusões. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Nos últimos anos, o processo legislativo ganhou papel importantíssimo na política nacional. Muito mais do que simples regras para a elaboração de leis, ele passou a refletir diversos aspectos da relação de forças entre os Poderes, muitas vezes funcionando como cabo de guerra entre Executivo, Legislativo e até mesmo o Judiciário.

Não faltam exemplos para ilustrar que o processo legislativo se tornou arena de embates políticos resultantes de diversos contextos. Há notícias de que, ao longo dos últimos anos, o Congresso Nacional passou a não mais cancelar tão facilmente as medidas provisórias editadas pela presidência⁸², havendo diversas matérias que perderam eficácia ou restaram prejudicadas. Outros estudos, por sua vez, mostram empiricamente que o governo federal conseguiu impor sua

⁸² MOTA, Erick. Congresso rejeita 11 de 20 medidas provisórias de Bolsonaro. **Congresso em Foco**. 06 dez. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/congresso-derrubou-onze-e-sancionou-nove-mps-de-bolsonaro/>. Acesso em 20 ago. 2022.

agenda política ao Legislativo mais do que qualquer partido político (LUTAIF 2018).

Parte-se então da hipótese de que a análise de vetos presidenciais pelo Congresso segue curva crescente, acompanhando a contraposição de interesses políticos do Legislativo e do Executivo. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tanto a quantidade de matérias apreciadas como o resultado da votação por sua manutenção ou derrubada podem trazer importantes conclusões sobre a evolução do processo legislativo e a relação entre os Poderes.

O presente artigo propõe então estudar a evolução da apreciação dos vetos do Presidente da República pelo Congresso Nacional e seus impactos no processo legislativo. Para tanto, foi realizada uma breve contextualização teórica de seu procedimento e, em seguida, analisados os dados em parte compilados por pesquisas anteriores e parte organizados pela Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal disponibilizados no portal da transparência do Congresso Nacional⁸³. O método escolhido foi o indutivo, partindo da observação da apreciação dos vetos para traçar conclusões relativas ao processo legislativo em geral.

2. Breves considerações sobre o processo de apreciação de vetos presidenciais

Os vetos presidenciais constituem um dos mais importantes instrumentos que possibilitam a atuação do Presidente da República no processo legislativo. O artigo 66, §1º, da Constituição Federal estabelece o prazo de quinze dias úteis, contados do recebimento da matéria pelo chefe do Executivo, para que haja sua sanção expressa ou veto. O dispositivo fixa consequências para a ausência de manifestação do Presidente no referido prazo, qual seja, a sanção tácita da proposta.

Para que ocorra um veto, então, a autoridade máxima do Poder Executivo deve fazê-lo expressa e justificadamente, podendo alegar motivos de ordem política – mencionando ausência de interesse público

⁸³ Os dados entre 1989 e 2013 foram obtidos a partir da pesquisa de Paulo Massi Dallari (2015. p. 90.). Já os dados entre 2013 e 2021, foram obtidos a partir de consulta ao Portal do Congresso Nacional, disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos>.

– ou de ordem jurídica – a exemplo de alguma inconstitucionalidade em sua forma ou conteúdo.

Contudo, a Constituição conferiu a última palavra do processo legislativo ao Poder que, por excelência e por atividade típica, tem por função a elaboração de leis, o Legislativo, representado pelo Congresso Nacional reunido em sessão conjunta. Assim, vetada determinada proposta legislativa, o Presidente da República encaminha mensagem ao Presidente do Congresso Nacional, para que este delibere em trinta dias sobre sua manutenção – o que implica na rejeição definitiva da matéria – ou derrubada – o que a leva à promulgação e publicação, nos termos do artigo 66, §§4º e 5º da CF⁸⁴.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu estudo sobre o processo legislativo, explica que “no processo de formação da lei ordinária, no Brasil, a vontade principal é a do Congresso, na qual se integra, pela sanção, a vontade secundária do Presidente. Tanto é esta secundária que pode ser dispensada, pela aprovação do projeto por maioria qualificada” (FERREIRA 2021, p. 251).

Neste ponto, há que se considerar que a Constituição Federal, como dito, estabeleceu um prazo máximo de trinta dias para que o Congresso Nacional exercesse sua prerrogativa de apreciação dos vetos presidenciais. E tal prazo era próprio, havendo consequência direta ao funcionamento do Legislativo: a legislação determina que, em caso de inércia em tal atividade “o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final”. Isto é, a pauta restaria trancada e nenhuma outra matéria poderia ser deliberada pelo Congresso antes que todos os vetos pendentes de análise fossem, de fato, debatidos e votados.

Contudo, ao menos até o ano de 2013, “a maior parte dos vetos não eram submetidos à votação” e não havia qualquer consequência para a demora (DALLARI 2015, p.94). Isso ocorria porque a Mesa do Congresso Nacional fazia interpretação *contra legem* utilizando-se do Regimento Interno para entender que o prazo constitucional para votação dos vetos somente se daria com a instalação da sessão conjunta para sua apreciação. Ou seja, na prática, os vetos somente eram apreciados pelo Legislativo se pautados pela Mesa, o que

⁸⁴ A votação, neste caso, se dá separadamente entre deputados e senadores, sendo necessária a maioria absoluta da composição de cada Casa Legislativa para que o veto seja derrubado e a proposta definitivamente aprovada independentemente de nova apreciação presidencial.

evidentemente não seria feito se pudesse de fato impedir a análise de outras questões.

O estudo de Dallari (2015, p.93) indica ainda que de todos os vetos opostos pelos Presidentes da República de 1988 até 2014, apenas 8 foram formalmente rejeitados pelo Congresso, o que representa parcela ínfima de sua totalidade em tantos anos. O Legislativo, portanto, até 2013, poucas vezes se debruçou para exercer essa importante competência.

A grande mudança ocorrida naquele ano se deu na discussão do veto à proposta que versava sobre a distribuição dos royalties do petróleo brasileiro. Na ocasião, o Deputado Alessandro Molon impetrou o Mandado de Segurança nº 31.816 para questionar a possibilidade de apreciação da matéria em detrimento de todos os outros 3.000 dispositivos anteriormente vetados que estavam pendentes de apreciação pelo Congresso. Isto é, conforme o entendimento do parlamentar, o Legislativo não poderia escolher quais vetos apreciar, mas deveria seguir ordem cronológica.

O Supremo Tribunal Federal, então, decidiu que “não caberia ao STF definir a ordem de apreciação dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional”, sendo que tal episódio “é considerado um ponto de inflexão na análise dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional” (GUIMARÃES 2020, p.118).

Apesar do artigo 66 da Constituição Federal ter previsto o sobrestamento da pauta do Congresso em caso de demora na apreciação dos vetos, no mesmo ano de 2013 foi aprovada uma emenda regimental⁸⁵ para prever uma novidade: o prazo para apreciação dos vetos presidenciais, que levaria ao sobrestamento da pauta, passaria a ser contado do recebimento da mensagem presidencial, e não mais conforme os interesses da Mesa do Congresso. A reforma ainda estabeleceu uma data mensal para realização das sessões conjuntas. Passou-se, assim, a calendarizar a apreciação dos vetos, evitando que permanecessem anos sem a devida revisão.

Essa é, em síntese, a sistemática da apreciação dos vetos presidenciais pelo Legislativo e o histórico de sua evolução nos últimos anos, havendo ainda etapas posteriores do processo legislativo – a exemplo da promulgação – que não serão objeto de análise neste estudo.

⁸⁵ Resolução nº 1/2013 do Congresso Nacional.

Passa-se, em seguida, à apresentação dos resultados obtidos a partir do Portal da Transparência do Congresso Nacional e sua análise sob diversos aspectos.

4. Análise de dados

A busca pelo quantitativo de vetos opostos pela presidência a projetos de lei desde a promulgação da Constituição retornou os resultados seguintes⁸⁶:

Tabela 1. Número de vetos presidenciais por ano e período (1989-2021)

Ano / Governo	Vetos Totais	Vetos Parciais	Total
1989 – Sarney	32	30	62
1990 – Collor	25	27	52
1991 – Collor	27	29	56
1992 – Collor	17	36	53
1993 – Itamar	24	36	60
1994 – Itamar	18	19	37
1995 – FHC	36	25	61
1996 – FHC	17	19	36
1997 – FHC	05	22	27
1998 – FHC	05	23	28
1999 – FHC	04	12	16
2000 – FHC	08	36	44
2001 – FHC	15	37	52

⁸⁶ Nesta tabela, foram desconsiderados o final do ano de 1988 – em que promulgada a Constituição Federal – e o início do ano de 2022 – ano de elaboração deste estudo, para que fossem contabilizados apenas períodos anuais contados por inteiro. O ano de 2016 foi contabilizado duas vezes para considerar o período referente ao mandato de Dilma Rousseff e ao mandato de Michel Temer.

Análise de Impacto Legislativo

2002 – FHC	13	25	38
2003 – Lula	12	32	44
2004 – Lula	05	30	35
2005 – Lula	09	28	37
2006 – Lula	09	25	34
2007 – Lula	08	33	41
2008 – Lula	15	39	54
2009 – Lula	19	50	69
2010 – Lula	14	29	43
2011 – Dilma	09	28	37
2012 – Dilma	09	44	53
2013 – Dilma	19	40	59
2014 – Dilma	10	26	36
2015 – Dilma	19	45	64
2016 – Dilma	00	16	16
2016 – Temer	03	33	36
2017 – Temer	07	43	50
2018 – Temer	03	39	42
2019 – Bolsonaro	21	41	62
2020 – Bolsonaro	9	50	59
2021 – Bolsonaro	15	58	73
Total	461	1.105	1.566

O total de vetos contabilizados desde a promulgação da Constituição de 1988 foi de 1.566, distribuídos por todos os anos e de autoria de todos os Presidentes da República que passaram pelo cargo desde então.

A média de vetos por ano é de 47. Destacam-se os anos de 1999, em que a presidência vetou apenas 16 proposições, e 2021, em que houve 73 vetos, sendo estes os anos com menor e maior número de vetos no período analisado. Nota-se que em todos os anos dos mandatos presidenciais de Fernando Collor e Jair Bolsonaro o número de vetos foi superior à média geral, alcançando seu recorde da série histórica em 2021.

Luís Gustavo Guimarães, em similar pesquisa anteriormente realizada, que considerou o recorte temporal apenas até o ano de 2018, chegou ao cálculo de médias de 45 vetos por ano de mandato presidencial, que correspondiam a cerca de 10,8% da totalidade de matérias submetidas à apreciação (GUIMARÃES 2020, p.116).

Considerando que, nesse mesmo período, o Congresso Nacional aprovou e encaminhou ao Poder Executivo cerca de 12.715 proposições⁸⁷, o número de vetos corresponde a cerca de 10,8% do total de proposições legislativas encaminhadas para apreciação do Presidente da República.

A considerar que a média histórica anual de vetos desde 1988 foi elevada para 47 com os três primeiros anos de mandato de Jair Bolsonaro, a porcentagem se manteve igualmente baixa.

Entre julho de 2013 e dezembro de 2018, o Congresso Nacional analisou, dentro do prazo constitucional, 267 vetos presidenciais, sendo possível, a partir disso, quantificar o número de vetos mantidos e rejeitados nesse mesmo período⁸⁸:

⁸⁷ Sendo 106 leis complementares, 6.110 leis ordinárias, 2 leis delegadas e 6.497 medidas provisórias. Não foram consideradas para este cálculo, as 99 emendas constitucionais, os 11.420 decretos legislativos e as Resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

⁸⁸ Os vetos prejudicados, não foram contabilizados na confecção da tabela. Os dados foram obtidos no portal do Congresso Nacional e sintetizados a partir das pesquisas anteriormente mencionadas na exposição da metodologia do estudo.

Tabela 2: Número de vetos presidenciais mantidos e rejeitados, por ano e período presidencial (2013-2018)

Ano / Governo	Vetos mantidos	Vetos rejeitados	Vetos rejeitados parcialmente
2013 – Dilma	36	00	00
2014 – Dilma	35	00	01
2015 – Dilma	57	02	04
2016 – Dilma	16	00	00
2016 – Temer	31	01	03
2017 – Temer	41	06	02
2018 – Temer	33	04	05
2019 – Bolsonaro	41	13	08
2020 – Bolsonaro	39	09	11
2021 – Bolsonaro	35	26	12
Total	364	61	46

Considerando-se que o mencionado estudo de Paulo Dallari apontou que, até meados do ano de 2013, a atividade de análise de vetos pelo Congresso Nacional era praticamente nula, a partir de tal data, com a emenda regimental que tornou sua apreciação mais célere e menos sujeita à vontade política da Mesa do Congresso, o número de vetos rejeitados é bastante significativo.

Nota-se que ainda há grande tendência de que o Congresso Nacional mantenha os vetos presidenciais. Contudo, em menos de uma década desde a alteração regimental, o Legislativo já derrubou mais de uma centena de vetos do Poder Executivo, elevando enormemente a sua atividade de análise e fazendo prevalecer sua vontade em parcela relevante das deliberações.

Há que se considerar, ainda, que o quórum para a derrubada de vetos presidenciais é, em geral, maior do que o quórum exigido para a aprovação das proposições legislativas. Enquanto o artigo 47 da Constituição prevê que, em regra, o quórum para aprovação das matérias é o de maioria simples – ressalvadas as leis complementares, que exigem maioria absoluta de votos –, presente a maioria absoluta dos membros da Casa, o artigo 66 prevê que o quórum para a reversão do veto presidencial é de maioria absoluta.

Contudo, considerando-se que a grande maioria das propostas é aprovada simbolicamente e que, ao menos até 2013, a atividade de revisão de vetos pelo Congresso foi quase inexistente, o quórum mais alto pode ser parcialmente responsável pela tendência na manutenção dos vetos.

Curioso notar o Presidente Jair Bolsonaro foi recordista absoluto em possuir vetos derrubados pelo Congresso Nacional, mesmo que se considerem apenas os três primeiros anos de seu mandato.

Considerando-se todos os vetos firmados pelos Presidentes Dilma Rousseff e Michel Temer entre 2013 e 2018, cerca de 10% foram total ou parcialmente rejeitados pelo Congresso. Por sua vez, Jair Bolsonaro teve cerca de 40% do total de seus vetos apreciados pelo Legislativo derrubados.

Em pesquisa anterior, Guimarães (2020, p.119) havia concluído que os períodos de conturbação política-institucional do Brasil não eram fatores que influenciavam a análise dos vetos presidenciais:

É curioso notar, entretanto, que embora o espaço amostral seja relativamente pequeno, a decisão presidencial pelo veto e a posterior decisão congressual quanto a sua manutenção ou rejeição não parecem tão sensivelmente suscetíveis ou influenciáveis pela conjuntura política e eventuais crises no relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo. [...]

Nesse sentido, ao menos até o período presidencial mais recente, que serve de base amostral para esta pesquisa, não se pode estabelecer relações diretas entre o maior ou menor apoio congressual do Presidente da República e sua taxa de eficiência na manutenção dos vetos presidenciais.

Para tanto, foram citados como exemplos pelo autor os anos de 2016 e 1992, em que houve a tramitação de processos de *impeachment* contra os mandatários da época – Fernando Collor e Dilma Rousseff.

Em teoria, tais anos representaram elevada tensão entre os Poderes Executivo e Legislativo em razão dos processos de impedimento. Contudo, nenhum especial destaque nos números de vetos ou no resultado de sua apreciação foram observados. Ou seja, nestes anos, o Executivo não opôs mais vetos a projetos de lei em razão do processo de impedimento em curso e o Congresso não aumentou a taxa de rejeição de vetos do Presidente.

Na média histórica desde 1988, a tendência do Congresso Nacional é pela manutenção os vetos presidenciais. Contudo, desde 2013, houve significativo incremento na atividade de apreciação e, conseqüentemente, na revisão de tais vetos. Especialmente nos três últimos anos analisados, a derrubada de vetos do Executivo foi bastante elevada, superando todos os números anteriores. Resta saber se, no futuro, o Congresso manterá a crescente derrubada de vetos ou se se tratou de questão pontual, referente a apenas um mandatário específico.

O que se pode concluir a partir de tais dados, ao menos parcialmente, é de que, de alguns anos para cá, o Congresso Nacional deixou de ter posicionamento meramente passivo em relação à agenda presidencial e passou a atuar de maneira a fazer valer sua prerrogativa constitucional e sua vontade política.

4. Conclusões

A partir da análise realizada, pôde-se observar que, de modo semelhante ao caso da rejeição das medidas provisórias e da imposição da agenda política do Executivo sobre o Legislativo, a apreciação de vetos presidenciais passou a crescer nos últimos anos.

Contudo, diferentemente dos exemplos anteriores, que há décadas já eram observados, apenas após o ano de 2013, em que houve reforma regimental a partir da decisão do STF no MS nº 31.816 para estabelecer celeridade no rito de apreciação dos vetos, essa atividade de análise de vetos por parte do Congresso Nacional se intensificou. E especialmente no mandato presidencial de 2019 a 2022 o número de vetos rejeitados bateu recorde.

Não é possível concluir que fatores pontuais que em tese causariam abalos políticos e institucionais, como os processos de *impeachment* desencadeados sob a égide da Constituição de 1988, teriam afetado tal atividade. Os anos de 1992 e 2016 são ilustrativos nesse sentido, não tendo havido incremento no número de vetos

firmados pelos ocupantes do cargo de Presidente à época e tampouco aumento significativo na porcentagem de vetos derrubados pelo Congresso.

Ao que parece, a tramitação dos vetos encaminhados ao Legislativo segue lógica própria, sendo necessários mais alguns anos de observação dos números para que se afirme, com maior convicção, se a crescente rejeição dos vetos retrata fenômeno com tendência de crescimento de longo prazo ou se se refere apenas às relações entre Congresso Nacional e um mandatário específico.

5. Referências Bibliográficas

DALLARI, Paulo M. (2015). O instituto do veto presidencial no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. São Paulo (Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo).

FERREIRA, Manoel G. (Fº.) (2012). **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva.

GUIMARÃES, Luís G.F. (2020). **O presidencialismo de coalizão no Brasil**. São Paulo: Blucher Open Access.

LUTAIF, Michel K. (2018). O Congresso Nacional e a produção legislativa educacional: um balanço crítico. *In*: Ranieri, N.B.S. e ALVES, A.L.A. (orgs.). *Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar*. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), pp. 403-430.

Michel Kurdoglian Lutaif

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Luís Gustavo Faria Guimarães

Mestre e doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**AValiação Sucessiva de Impacto
Legislativo: Vetos Integrais a
Projetos de Lei Aprovados pela
Câmara Municipal de São Paulo (SP)
de 2016 a 2020**

**SUCCESSIVE ASSESSMENT OF LEGISLATIVE IMPACT:
FULL VETOES TO LAW PROJECTS APPROVED BY THE
SÃO PAULO CITY COUNCIL FROM 2016 TO 2020**

Felipe Oliveira Marçon Belchior
Maria Nazaré Lins Barbosa

Resumo

O presente trabalho analisa os vetos integrais opostos pelo Chefe do Poder Executivo a projetos de lei aprovados pela Câmara Municipal de São Paulo (SP), de 2016 a 2020. Os dados foram obtidos diretamente do Diário Oficial da Cidade de São Paulo e do Sistema do Processo Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo (SPLEGIS). A pesquisa identificou que, dos 1.576 projetos de lei aprovadas pela Câmara no período, 377 receberam veto integral, correspondendo a 24% do total. Os projetos de lei foram classificados em doze tipos principais, que revelam a importância de matérias legisladas em nível local e a baixa efetividade do processo legislativo em várias dessas áreas. As razões de veto incluem vício de iniciativa, invasão de competência federal ou redundância da legislação aprovada. A análise sistemática das razões de veto oferece elementos para aprimorar a instrução do processo legislativo em nível local e otimizar a sua efetividade.

Palavras-chave: legística, processo legislativo, veto total, Avaliação de Impacto Legislativo, Poder Legislativo, poder local.

Abstract

The present work analyzes the complete vetoes imposed by the Executive Chief to law projects approved by the São Paulo City Council, from 2016 to 2020. The data was obtained directly from the Official Gazette of the City of São Paulo and from the Legislative Process System of the City Council (SPLEGIS). The survey identified that, from the 1.576 law projects approved by the City Council at that period, 377 received full vetoes, which corresponds 24% of the total. The law projects were classified in twelve main categories, which reveal the importance of subjects that are legislated on a local basis and the low effectiveness in the legislative process in various of these areas. The reasons to veto include 'initiative vice', invasion of Federal Jurisdiction or redundancy of approved legislation. The systematic analysis of the reasons to veto provides elements to improve the local instruction of the legislative process and optimize its effectiveness.

Keywords: *logistics, legislative process, total veto, Legislative Impact Assessment, Legislative Power, local power.*

Sumário: **1.** Introdução **2.** O marco temporal de análise. **3.** Número, tipo e razões de veto integral. **3.1.** Ações afirmativas e inclusão. **3.2.** Administração e servidores públicos. **3.3.** Atividade econômica e vigilância sanitária. **3.4.** Bens e serviços públicos. **3.5.** Calendários, denominação e honorarias. **3.6.** Contratos, licitações e organizações sociais. **3.7.** Educação, esporte, cultura e lazer. **3.8.** Saúde e meio ambiente. **3.9.** Orçamento e tributação. **3.10.** Habitação, urbanismo e mobilidade urbana. **3.11.** Serviço social, emprego e renda, infância, juventude e idosos. **4.** Deliberações sobre vetos. **5.** Conclusão. **6.** Referências bibliográficas.

1. Introdução

O processo legislativo, no sistema constitucional brasileiro, percorre seis fases em regra: a iniciativa (art. 61, §1º, da CF/88⁸⁹), o debate ou a discussão, a deliberação, a sanção ou o veto, a promulgação

⁸⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 61. (...) § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que (...)”.

(art. 65, *caput*, da CF/88⁹⁰) e a publicação, concretizando a realização da função mais típica do Poder Legislativo. A propósito, Moraes (2017, p.315) assinala que a Lei Maior “(...) atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a exclusividade absoluta”. Dessa forma, “cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas”.

A análise dos vetos integrais opostos pelo Chefe do Poder Executivo a projetos de lei aprovados pela Casa Legislativa permite observar, *a posteriori*, algumas das causas de frustração do processo legiferante. No âmbito local, a Câmara Municipal de São Paulo oferece um bom laboratório para análise, uma vez que a cidade de São Paulo, com 12 milhões de habitantes, detém o maior legislativo do país em âmbito local.

Os vetos totais evidenciam desacordos ou desencontros entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo municipais. Tem-se, em princípio, que o veto pode recair sob ou (1) decisão de mérito (ou material); ou sob a (2) perspectiva legal (ou formal). É o que enfatiza Hetsper (2012) ao citar Isern:

O aspecto formal guarda relação com o cumprimento do conjunto de regras que rege o processo legislativo; com a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis; e com a correta competência para a postulação dos projetos de lei conforme o seu conteúdo. Ele se manifesta, portanto, quando as normas inferiores são produzidas em desconformidade com o processo legalmente previsto para a sua formação. (ISERN 2002 *apud* HETSPER 2012, p. 8).

O aspecto material, por sua vez, mantém correlação com o mérito propriamente dito da proposta de nova lei e a verificação da sua adequação com a ordem jurídica vigente, funcionando como uma instância de controle de constitucionalidade prévio das leis. (HETSPER 2012, p.8).

⁹⁰ Constituição Federal de 1988: “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”.

Os vetos totais opostos denotam ausência de efetividade, eficácia e eficiência do processo legislativo. Até porque, como aponta Soares (2007, p.14), “a questão da eficácia da legislação aparece lado a lado das medidas de execução e implementação” que fatalmente se farão por meio da Administração.

Para analisar a incidência de vetos totais – por razões formais ou materiais –, utilizamos a classificação tipológica proposta pelo Laboratório de Análise da Legislação Paulistana, que é desenvolvido pela Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo em parceria com a Faculdade de Direito da USP.⁹¹

Seguem abaixo os agrupamentos propostos:

- (1) Ações Afirmativas e Inclusão
- (2) Administração e Servidores Públicos
- (3) Atividade Econômica e Vigilância Sanitária
- (4) Bens e Serviços Públicos
- (5) Calendário, Denominação e Honrarias.
- (6) Contratos, Licitações e Organizações Sociais.
- (7) Educação, Esporte, Cultura e Lazer.
- (8) Saúde e Meio Ambiente.
- (9) Orçamento e Tributação.
- (10) Habitação, Urbanismo e Mobilidade Urbana.
- (11) Serviço Social, Emprego e Renda, Infância, Juventude e Idosos.
- (12) Outros

Adverte-se que, embora haja projetos que resvalam em mais de um tipo, adotou-se o critério de predominância temática para fins de classificação, de modo que cada projeto de lei aparece somente em um dos agrupamentos.

2. O marco temporal de análise

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal editou a Tese de Repercussão Geral 917 no julgamento do ARE 878911, segundo a qual “não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei

⁹¹ LABORATÓRIO DA LEGISLAÇÃO PAULISTANA (LabLegSP). Disponível em: https://app-plpconsulta-prd.azurewebsites.net/Forms/VetosTipol_Tot. Acesso em 08 de setembro de 2022.

que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal).

Como é possível depreender, a tese 917 do STF alargou o âmbito de matérias às quais se reconhece a iniciativa parlamentar. Desde então, o veto em razão de vício de iniciativa tende a tornar-se menos sustentável em muitos casos, ao menos sob o prisma do Poder Judiciário.

Deste modo, a fim de que o estudo ganhasse maior atualidade, a análise tem como recorte temporal o período de 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2020, que corresponde aos governos de João Dória e Bruno Covas. O período comportou 377 vetos totais em face de 1.576 projetos de lei encaminhados à sanção do Executivo Municipal. Significa dizer que aproximadamente 24% – isto é, quase um quarto dos projetos aprovados – foram integralmente vetados pelo Prefeito.

Por fim, cumpre frisar que o marco temporal assinalado não exclui a possibilidade de que projetos de lei enviados à sanção em data próxima à virada de ano sejam sancionados ou integralmente vetados em ano posterior, uma vez que o Prefeito possui prazo de 15 dias úteis para apreciação. Assim, por exemplo, é possível constatar leis votadas em 2015 que foram vetadas ou sancionadas em 2016.

3. Número, tipo e razões de veto integral

A razão - do latim *rationem* - significa *cálculo* e deriva de *ratio*, aquele que tem a capacidade de julgar ou estabelecer (NESCENTES, 1966). No âmbito municipal, a prerrogativa de vetar projetos de leis aprovados cabe ao Prefeito.

A Constituição Federal de 1988 explicita, no seu Art. 57, §3º, IV, a obrigação de o Congresso Nacional “conhecer do veto e sobre ele deliberar”. O preceito foi reproduzido pela Lei Orgânica Municipal no seu art. 42, §2º: “Sendo negada a sanção, as razões do veto serão comunicadas ao Presidente da Câmara Municipal e publicadas”.

O quadro a seguir informa o número de projetos integralmente vetados em cada um dos agrupamentos antes descritos.

Quadro 1. Projetos aprovados, vetados totalmente e sancionados na Câmara Municipal de São Paulo (SP), de 2016 a 2020, por tipos.

Tipo	Aprovados	Veto Total	Sancionados
(1) Ações Afirmativas e Inclusão:	50	19 (38%)	31 (62%)
(2) Administração e Servidores Públicos	79	24 (30,37%)	55 (69,62%)
(3) Atividade Econômica e Vigilância Sanitária	58	33 (56,89%)	25 (43,10%)
(4) Bens E Serviços Públicos	65	32 (49,23%)	33 (50,76%)
(5) Calendário, Denominação e Honorarias	977	115 (11,77%)	862 (88,22%)
(6) Contratos, Licitações e Organizações Sociais	16	5 (31,25%)	11 (68,75%)
(7) Educação, Esporte, Cultura e Lazer	72	37 (51,38%)	35 (48,61%)
(8) Saúde e Meio Ambiente	93	42 (45,16%)	51 (54,83%)
(9) Orçamento e Tributação	28	5 (17,85%)	23 (82,14%)
(10) Habitação, Urbanismo e Mobilidade Urbana	89	41 (46,06%)	48 (53,93%)
(11) Serviço Social, Emprego e Renda, Infância, Juventude e Idosos	44	24 (54,54%)	20 (45,45%)
(12) Outros	5	0 (0%)	5 (100%)
Total	1576	377 (23,92%)	1199 (76,07%)

A seguir, analisaremos os vetos totais apostos em cada um dos agrupamentos acima.

3.1. Ações afirmativas e inclusão

As ações afirmativas, conforme Flavia Piovesan (2008, p.4), são aquelas que “objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos”. As ações de inclusão, por sua vez, focam em uma série de diretrizes quanto à questão da igualdade de acesso às pessoas a certo bem ou serviço. Assim, parcela desse agrupamento tende a compensar dano retrospectivo ou, sob uma óptica prospectiva, a fomentar o desenvolvimento desses grupos, como, por exemplo, favorecendo-os a oferta de emprego, acesso à cultura, gratuidade em serviços e, ainda, por determinação de política de cotas.

Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, de 50 projetos de lei aprovados, 19 foram integralmente vetados, o que corresponde a 38% do total. Além disso, cumpre destacar que, independentemente do mérito desses projetos, há um alto grau de descumprimento de preceitos

(1) orçamentários⁹² (2) de competência⁹³ e, inclusive, (3) de falta de razoabilidade⁹⁴. Os dois primeiros são diretamente ligados às questões formais ou de vetos jurídicos; enquanto a última, em que pese o contato com esta categoria, é mais patente nos vetos políticos ou aqueles nos quais o caráter de mérito é o mais sobressalente. Tal característica não é exclusiva desse grupo, como se verá mais à frente. Assim, em que pese a sensibilidade do tema, as razões de veto, sob a perspectiva do Executivo, devem-se, normalmente, a certo grau de irrazoabilidade ou mesmo de imperícia do autor do projeto.

Quanto a certo grau de irrazoabilidade, tem-se, por exemplo, o caso do PL 282/2015, que “objetiva instituir a visita exclusiva e antecipada dos professores da rede pública e privada de ensino nas exposições culturais”. O Executivo entendeu que “não cabe ao Município imiscuir-se em tais aspectos organizacionais, impondo critérios para a execução da atividade a determinado segmento, com os custos deles decorrentes”, devendo a legislação municipal disciplinar as atividades econômicas desenvolvidas em seu território, com o fito único de observar normas urbanísticas, de higiene e de qualidade de vida do consumidor e do meio ambiente por parte dos estabelecimentos nos limites delineados no artigo 160 da Lei Orgânica do Município de São Paulo. De fato, as questões legais não foram afastadas, mas a falta de razoabilidade foi a motivação principal do veto.

Há, ainda, casos de inobservância orçamentária. É o caso do PL 508/2016, que visava instituir “cotas de passagem gratuitas para os estudantes de cursinhos populares pré-vestibular nos serviços de transporte coletivo do Município”. Quanto ao tema, o Executivo dispôs que a “isenção pretendida envolve questão que repercute em matéria

⁹² Não deixam de se enquadrar em questão de legalidade, mas, mais precisamente, são aqueles que visam impedir o endividamento, neste âmbito, do ente municipal.

⁹³ Normalmente, quando há invasão de competência exclusiva do Executivo. O diploma legal com mais aptidão para se fazer essa análise é o art. 37, §2º, da Lei Orgânica Municipal: “(...) § 2º São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre: I - criação, extinção ou transformação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional; II - fixação ou aumento de remuneração dos servidores; III - servidores públicos, municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; IV - organização administrativa e matéria orçamentária; V - desafetação, aquisição, alienação e concessão de bens imóveis municipais”.

⁹⁴ Trata-se de princípio da administração observável no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

orçamentária e configura ingerência no serviço de transporte coletivo de passageiros, matérias essas de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Executivo (artigo 37, § 2º, inciso IV, e artigo 69, inciso IX, ambos da Lei Orgânica do Município de São Paulo)”, entre outros argumentos.

3.2. Administração e servidores públicos

A Administração Pública diz respeito ao caráter de gerência e organização, no presente âmbito, do Município de São Paulo, seja de forma direta e centralizada, como o caso da Câmara Municipal por meio de seus órgãos; seja de forma indireta e descentralização, como por meio de autarquias municipais. Além disso, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, as prerrogativas e sujeições da Administração, traduzem-se, respectivamente, nos princípios de supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público (PFLEGER e CRISTÓVAM 2013)⁹⁵. Em síntese, a Administração conceitua-se como o instrumento do Município para cumprir com as determinações políticas em poder.⁹⁶

Por sua vez, o servidor público é gênero da família agente público. Este, na definição de Hely Lopes Meirelles, pode ser conceituado como “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”. Àquele acrescenta-se, apenas, o fato de que os titulares de cargo público, efetivo ou comissionado, submetem-se ao regime jurídico estatutário. Sendo, na categorização de Meirelles, agentes administrativos, com vínculo empregatício de funcionário público em sentido amplo.

Em matéria de Administração e Servidores Públicos é forçoso destacar o princípio da publicidade, previsto expressamente no artigo 37 da Carta Maior. Este princípio bifurca-se em dois sentidos muito evidentes: (1) exigência de publicação em órgãos oficiais como requisito de eficácia; e (2) exigência de transparência da atuação

⁹⁵ PFLEGER, Lilian; CRISTÓVAM, José S.S. (2013). *A supremacia do interesse público na ordem constitucional brasileira*. JUS, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24044/a-supremacia-do-interesse-publico-na-ordem-constitucional-brasileira>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

⁹⁶ É importante ressaltar, nos termos do Art. 37, §2º, que “são de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre”: “organização administrativa e matéria orçamentária” (inciso IV) e “servidores públicos, municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria” (inciso III).

administrativa. No âmbito paulistano, o órgão oficial de publicação é o Diário Oficial da Cidade. A transparência deve ser efetivada tanto *ativamente*, quando as informações são divulgadas sem provocação do cidadão, mas ainda *passivamente*, quando o cidadão solicita informações perante o Poder Público.

Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, dos 79 projetos de lei aprovados, 24 foram integralmente vetados, o que corresponde a 30,37% do total. Em geral, os PLs vetados integralmente, nesse tema, revelam vício de iniciativa, do que são exemplos: a concessão de serviços ou benefícios a grupos específicos do funcionalismo público municipal e a organização administrativa da cidade.

O Projeto de Lei 473 de 2008, por exemplo, “cria a Prefeitura Regional Brás/Pari e altera os limites territoriais da Prefeitura Regional da Mooca e dá outras providências”, alterando a Lei 13.999, de 1º de agosto de 2022, que dispõe sobre a criação de Subprefeituras. O prefeito impôs o veto sob a razão de que “incide em irremediável ilegalidade, malferindo o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, eis que se trata de assunto inerente à organização administrativa e à matéria orçamentária”. Aqui, verifica-se, novamente, a invasão de competência entre poderes, uma vez que este “impulso legislativo compete privativamente ao Executivo, nos termos do artigo 37, § 2º, inciso IV, da Lei Maior local” para a matéria tratada. É que “não bastasse, o artigo 69, inciso XIV, do mesmo diploma legal, atribui ao Prefeito competência privativa para propor projeto de lei sobre a criação e alteração das Prefeituras Regionais, inclusive sobre suas estruturas e atribuições”.

Ocorre que, mesmo após a Tese de Repercussão Geral 917 ter ampliado a competência dos parlamentares para legislar, isso não lhes deu carta branca. Sobretudo no aspecto da administração pública e de seus servidores, muitos encargos ainda permanecem de exclusiva competência do chefe do Poder Executivo.

Portanto, o vício de iniciativa e a inobservância orçamentária são comumente expostos nas razões de veto que tratam de administração ou servidores públicos.

3.3. Atividade econômica e vigilância sanitária

Atividade econômica é a prática das atividades ligadas ao capitalismo, isto é, às relações de troca e ganho realizadas por meio do

que se chama de *mercado*. A vigilância sanitária, por outro lado, em que pese atuar sobre as atividades econômicas da cidade e, sobretudo, mas não exclusivamente, no comércio de alimentos, é prerrogativa exclusiva do Poder Público, não tendo o setor privado competência para vigiar, multar ou fazer diligências em nome do interesse público.

Entre 2016 e 2020, de 58 projetos de lei aprovados, 33 foram integralmente vetados, o que corresponde a 56,89% do total. Nesse sentido, cabe ressaltar que a principal incidência quanto ao tema ocorre devido à inobservância do texto constitucional, a saber: os incisos V e VIII do art. 24º:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V - produção e consumo;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

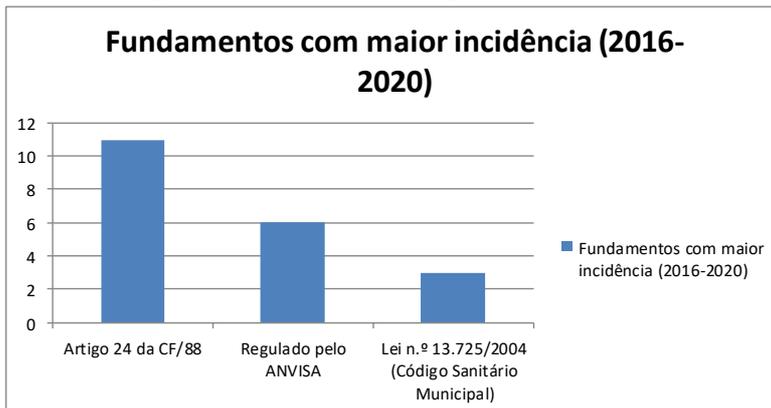
Assim, segundo o texto constitucional, o município detém, efetivamente, pouca competência para legislar quanto às relações de consumo. Ao Código de Defesa do Consumidor restou grande parte da legislação incidente neste agrupamento. É o que se evidencia nas razões de veto ao PL 635/2017 (Ofício Atl nº 58, de 8 de fevereiro de 2018), “o qual visa obrigar os estabelecimentos comerciais que servem refeições para consumo no local a fornecer conta fracionada com o valor a ser pago individualmente pelo consumidor”. O executivo procurou esclarecer que:

(...) embora seja competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre produção e consumo e sobre responsabilidade por dano ao consumidor, nos termos do artigo 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal, e possa o Município suplementar as normas federais em matéria consumerista, sua atuação legislativa nessa seara deve ocorrer à vista da preponderância do *interesse local*. Entretanto, no caso em exame, inexistente interesse local predominante que demande a edição de norma de natureza municipal. Ora, todos os cidadãos brasileiros - e não só os paulistanos - teriam os problemas apontados na Justificativa da propositura, cuja solução não decorreria da aplicação de norma somente aos estabelecimentos da Cidade, uma vez que, conforme o art. 30 da Carta Magna

Brasileira, o Município pode, somente, suplementar norma federal em matéria consumerista.

O PL 395/2013 (Ofício Atl nº 171, de 22 de julho de 2016) que “dispõe sobre a obrigatoriedade da instalação de biombos nos caixas fixos de atendimento e nos caixas eletrônicos das agências bancárias da Cidade”, por exemplo, ocorre em “assunto versado na propositura já se encontra regulado pela Lei Estadual nº 14.364, de 15 de março de 2011, que dispõe sobre a proteção e segurança dos consumidores nas agências e postos de serviços bancários do Estado de São Paulo”.

Gráfico 1 . Fundamentos de veto com maior incidência nos projetos do grupo “Atividade econômica e vigilância sanitária”, da Câmara Municipal de São Paulo (SP), no período de 2016 a 2020.



3.4. Bens e serviços públicos

O Serviço Público pode ser entendido como a atividade assumida pelo Poder Público com a finalidade de satisfazer determinada necessidade coletiva. Tem relação com o próprio surgimento do Estado, mormente à luz da transição ocorrida, no século XIX, entre Estado Liberal para Estado-Providência. Ele deixou de ser mero espectador das relações sociais, estabelecendo apenas uma função garantidora de atividades básicas, rumo a atuações mais intervencionistas e fomentadoras (CEZNE, 2005).

Os Bens Públicos, por sua vez, são definidos no próprio Código Civil (CC). Assim, conforme o art. 98, do CC: “São públicos os bens

do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, 65 dos projetos de lei aprovados, 32 foram integralmente vetados, o que corresponde a 49,23% do total. E é possível notar uma evidente tendência a ampliar a atuação do serviço público municipal, como, por exemplo, expõe o PL 319/2015 que:

(...) objetiva dispor sobre a implantação, no Município de São Paulo, da Patrulha do Silêncio, atribuindo esse novo serviço à Guarda Civil Metropolitana, com a incumbência de vistoriar, apurar e punir toda perturbação ao sossego público produzida por barulho excessivo, durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias da semana.

Contudo, o que se nota, novamente, é a comum inobservância de disposição já legislada, indicando (1) uma tendência do parlamento municipal a não observar matéria já legislada ou, eventualmente, (2) a baixa efetividade desta norma já existente para o fim a que se destina, uma vez que, independentemente de sua existência, a problemática que ela buscou solucionar ainda dá azo a novas elaborações. Assim, expôs a razão do veto que “(...) a matéria nela versada, relacionada ao Plano Diretor e ao Zoneamento Urbano, já se encontra devidamente disciplinada na conformidade da vigente legislação municipal (...)”.

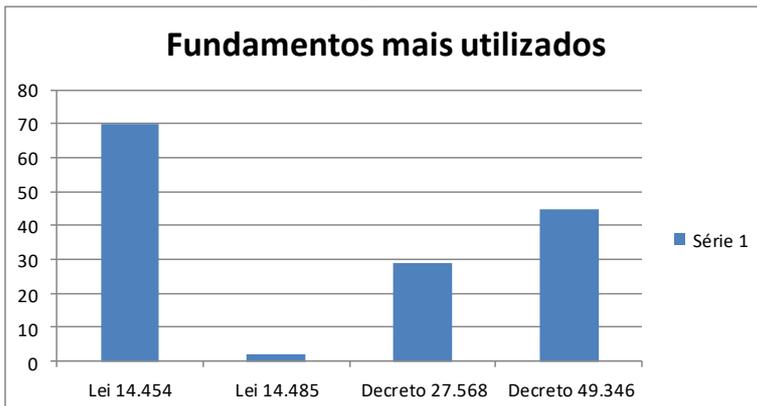
3.5. Calendário, denominação e honrarias

Projetos relativos à instituição de datas comemorativas, denominação de logradouros ou próprios municipais ou destinados à concessão de honrarias respondem a mais de 60% dos projetos aprovados no Legislativo paulistano. Tais projetos têm em comum a baixa complexidade, tramitando somente pela Comissão de Justiça e de Legislação Participativa e pela Comissão de Finanças e Orçamento. Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, dos 977 projetos de lei aprovados, 115 foram integralmente vetados, o que corresponde a 11,77% do total. Mas, em números absolutos, sobre eles recaem o maior número de vetos integrais. Dificilmente projetos dessa natureza recebem vetos parciais, pois não há como sancionar meia denominação

ou meia data, muito menos meia honraria, salvo casos muito específicos e incomuns.

Os fundamentos de veto nesse grupo são notavelmente repetitivos. No que tange às denominações, os vetos se fundamentam na Lei 14.454 de 27 de junho de 2007, que “Consolida a legislação municipal sobre a denominação e a alteração da denominação de vias, logradouros e próprios municipais, e dá outras providências”, conforme se observa no seguinte gráfico (salienta-se que um fundamento não exclui a possibilidade de outro no mesmo veto):

Gráfico 2 . Fundamentos de veto com maior incidência nos projetos do grupo “Calendário, denominações e honorarias”, da Câmara Municipal de São Paulo (SP), no período de 2016 a 2020.



O art. 5º da Lei 14.454 é o mais utilizado como fundamento, dispondo algumas situações nas quais há uma exceção para a expressa vedação à alteração de vias e logradouros, a saber: (i) quando constituir denominação homônima; (b) houver similaridade fonética ou ortográfica ou, ainda, ambiguidade; e (c) que for passível de constringer os moradores que ali residem.

Art. 5º. É vedada a alteração de denominação de vias e logradouros públicos, salvo nos seguintes casos:

I - constituam denominações homônimas;

II - não sendo homônimas, apresentem similaridade ortográfica, fonética ou fator de outra natureza que gere ambiguidade de identificação;

III - quando se tratar de denominação suscetível de expor ao ridículo moradores ou domiciliados no entorno.
(...)

Como caso modelo, temos o PL 631/2008, vetado em 22 de julho de 2016⁹⁷, que objetivava “denominar Praça Maria Vasquez Tubio de Ces logradouro situado no Distrito do Jaraguá” que já havia sido “oficialmente denominado Praça Pedro Signoretti”. A razão de veto ao PL exposto foi que “na hipótese apreciada, implicaria em alteração de denominação, infringindo a regra geral estabelecida pelo artigo 5º da Lei nº 14.454, de 27 de junho de 2007, o qual proíbe a modificação dos nomes das vias e logradouros públicos, ressalvadas quatro situações específicas. Ocorre que a medida ora pretendida não se enquadra nas exceções previstas na referida lei, pois a denominação atual não constitui homonímia e tampouco apresenta similaridade ortográfica ou fonética ou fator de outra natureza gerador de ambiguidade de identificação, nem é suscetível de expor ao ridículo os moradores ou domiciliados no entorno ou alude à autoridade que tenha cometido crime de lesa-humanidade ou graves violações de direitos humanos”.

Observa-se que, durante a tramitação legislativa, não houve solicitação de prévia informação ao Poder Executivo acerca do Cadastro de Logradouros, consulta que poderia evitar a aprovação de projetos sem condição de sanção. O veto demonstra-se correto, uma vez que nenhuma das exceções (a, b e c) foi verificada. Com efeito, é forçoso reforçar a existência de uma relação prejudicial ao processo legiferante: a celeridade em detrimento da qualidade.

Ocorre que, em realidade, o princípio da eficiência – que diz respeito à relação entre dispêndio de tempo e resultado do Poder Público – nem sempre, de fato, é observado na elaboração de leis. A tipologia presente demonstra, por vezes, uma desvalorização de sua importância devido ao baixo impacto social direto que detém, bem como pelas propostas de baixa relevância para a cidade. O jargão “vereador só serve para dar nome de rua” tem uma injusta conotação negativa e redutiva. Uma matéria recentemente publicada pela revista *Veja*, sob o título “O que está por trás da proposta de criação do Dia da

⁹⁷ Laboratório da Legislação Paulistana (LabLegSP). Disponível em: https://app-plpconsulta-prd.azurewebsites.net/Forms/VetosTipol_Tot. Acesso em 08 de setembro de 2022.

Harmonização Facial?” (FREITAS 2022), por exemplo, expõe o pensamento comum da população sobre o conteúdo das PLs enquadradas nesta tipologia: “Projetos de baixo impacto prevalecem nos últimos vinte anos na Câmara Municipal; aprovação recente da lei excêntrica fez com que vereadores rissem”. O que se depreende, contudo, não é meramente uma falta de relevância do tema, mas uma baixa relevância evidente, que marca o descompasso entre o que o eleitor entende ser oportuno e o que o parlamentar faz. Muitas vezes, a pouca qualidade das propostas levantadas neste tópico são a conclusão do cidadão-médio.

A matéria cita, ainda, outro fato importante evidenciado pelo sociólogo Rafael Rodrigues da Costa, 32 anos, pesquisador da Universidade Federal da Bahia (UFBA): “O legislador, embora esteja ali representando toda a cidade ou estado em que mora, foi votado por um grupo de pessoas. E elas querem se sentir representadas de alguma forma. Para não ser esquecido por esse grupo, ele tenta criar alguma efeméride e manter a ligação”.

3.6. Contratos, licitações e organizações sociais

O arcabouço jurídico das licitações é extenso e distribuído entre diversas legislações. Conforme o art. 37 da Constituição Federal de 1988:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O artigo supracitado também se encontra disciplinado na legislação infraconstitucional na Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Inclusive, dispõe o primeiro artigo que a legislação se destina ao “[...] âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

A fim de observar o interesse público as licitações são imprescindíveis. A partir do art. 3º da Lei 12.349/2010, depreende-se que são finalidades desse processo: (i) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; (ii) seleção da proposta mais vantajosa; e (iii) promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Com o vencedor do processo, celebra-se contrato para o cumprimento de determinada tarefa, obra, serviço, atividade etc.

Os contratos, por outro lado, são nada mais que negócios jurídicos bilaterais que atribuem a ambas as partes a qualidade, ora de credor, ora de devedor, de alguma obrigação, seja ela de dar, de fazer ou de pagar. Normalmente, os contratos firmados com o Poder Público são chamados contratos administrativos, segundo regulamentos pela Lei de Licitações.

Na sequência, temos as Organizações Sociais como tema desta tipologia. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.222), “são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter “parcerias” com a finalidade de desenvolver atividades valiosas”, ou seja, são aquelas voltadas para “a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos”. Ainda, segundo a Lei 9.637/1998:

Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Assim esclarecido o seu conteúdo, tem-se que, entre 2016 e 2020, 16 dos projetos de lei aprovados, 5 foram integralmente vetados, o que corresponde a 31,25% do total.

Apenas um dos cinco PLs vetados era especificamente direcionado a Organizações Sociais, a saber o PL 150/2018, que objetivava “limitar a 10 o número de convênios celebrados entre o Município e as entidades do Terceiro Setor”. O fundamento do veto foi no sentido de que a “conversão em lei poderia tanto gerar insegurança jurídica como afetar a qualidade de serviços públicos atualmente ofertados aos munícipes”, em função da relação ente estes entes com o a Administração a fim de

cumprir o fomento de atividades sociais de impacto em diversas áreas. Expôs-se, ainda, a inobservância de nomenclaturas detalhadas na Lei 13.019 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), bem como na Lei de Licitações. Por fim, o Poder Executivo entendeu que, principalmente, “nas áreas da assistência social e da saúde, haveria evidente prejuízo ao atendimento de populações vulneráveis”.

Cabe, ainda, contemplar outro caso modelo. O PL 138/2015 tratava a respeito de “normas específicas em matéria de licitação e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo”, visando “instituir o dever de a Administração Pública Municipal inserir cláusula nos editais e contratos administrativos firmados para o fornecimento de serviços de alimentação e nutrição destinado a todas suas unidades, obrigando o contratado realizar a coleta dos resíduos sólidos orgânicos gerados e sua subsequente compostagem”. Contudo, verifica-se o porquê a irrazoabilidade, segundo o Poder Executivo Municipal, faz-se presente uma vez mais: foi fundamentado na razão de veto deste PL que existe uma “inviabilidade prática da medida, uma vez que a grande maioria dos órgãos públicos municipais, especialmente as unidades escolares, não possuem área reservada para a segregação dos resíduos sólidos orgânicos gerados até a sua coleta”. Fora isso, “tal medida geraria custos adicionais aos licitantes, com inexorável reflexo nos valores dos contratos, provocando impacto financeiro pelo aumento das despesas públicas”.

Por fim, é forçoso notar a incidência, uma vez mais, de possível invasão de competências. Nesta mesma razão de veto, expôs o Executivo que “ao determinar que sejam incluídas obrigações nos editais de licitação e nos contratos administrativos, a proposta interfere na atribuição do Poder Executivo, que, dentro da sua margem de discricionariedade, deve ter em conta as especificidades de cada relação jurídica bem como os efeitos dos direitos e obrigações contemplados nos contratos. Nessa senda, a previsão dessa cláusula na Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, interferiria na prática de ato de gestão administrativa do Executivo”.

3.7. Educação, esporte, cultura e lazer

Da passagem do Estado Liberal para o Estado Social Democrata, o Poder Público passou a ser incumbido de mais responsabilidade, como de implementar políticas voltadas a fins sociais,

como o direito à educação, à saúde, à cultura e ao bem-estar social como um todo. Ainda, é importante destacar que essa tipologia carrega notável impacto social, sendo a “bandeira” de muitos parlamentares. Como exemplo, temos o art. 205⁹⁸ no qual fica expresso o direito à Educação e o dever do Estado em promovê-la. O mesmo pode ser observado no art. 217, *caput*,⁹⁹ e no § 3º¹⁰⁰ deste artigo a respeito das práticas desportivas. Já os direitos de cultura podem ser evidenciados no art. 215¹⁰¹.

Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, 72 dos Projetos de Lei aprovados, 37 foram integralmente vetados, o que corresponde a 51,38% do total. A invasão de competências e a inobservância do plano diretor ou de outras legislações já postas são as situações mais recorrentes neste agrupamento. Como exemplo, temos o PL 398/2019 vetado pelo Ofício Atl nº 018, de 13 de março de 2020. O respectivo Projeto “dispõe sobre a criação do Parque Linear Vale do Aricanduva e dá outras providências”, mas, em que pese a intenção da autora,

(...) segundo informação técnica da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, em muitos trechos das margens do Rio Aricanduva não há espaço livre que torne viável a implantação do almejado parque linear, nos termos das diretrizes fixadas pelo Plano Diretor Estratégico (Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014), sendo possível a sua realização apenas nos trechos em que o rio ainda se encontra em seu leito natural. Nesse sentido, mister observar que a qualificação dos espaços livres ao longo da Avenida Aricanduva e região e seu tratamento paisagístico, única medida passível de realização em determinados pontos das margens do rio, não constituem instituição de parque linear conforme a tipologia descrita pelo Plano Diretor. Nas áreas em que há viabilidade de implantação do parque, por seu turno, a autorização legislativa ora veiculada

⁹⁸ Constituição Federal de 1988: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

⁹⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados”:

¹⁰⁰ Constituição Federal de 1988: “Art. 217. (...) § 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social (...)”

¹⁰¹ Constituição Federal 1988: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Análise de Impacto Legislativo

mostra-se desnecessária, pois o próprio Plano Diretor já prevê, para a região, o Parque Natural Cabeceiras do Aricanduva, o Parque Linear Nascentes do Aricanduva, o Parque Linear Expansão Nascentes do Aricanduva e o Parque Natural Municipal Fazenda do Carmo.

Ou seja, por vezes, observa-se relevante ausência de análises mais profundas sobre temas que poderiam incidir, inclusive, em impacto ambiental negativo sobre a cidade de São Paulo. Além disso, foi fundamento da razão de veto, ainda, a invasão de competência, como se observa:

(...) a propositura dispõe sobre matéria atinente à organização administrativa, incorrendo em ingerência nas atribuições e atividades da Administração Municipal, com interferência em assunto da competência privativa do Executivo. Isso porque, em que pese a medida declare, em seu artigo 1º, autorizar o Poder Executivo a criar o Parque Linear Vale do Aricanduva, o artigo 2º da proposta prevê a implantação do parque por toda a extensão do rio, implicando, em última instância, na determinação de adoção de providências de cunho estritamente administrativo.

Outro exemplo a se destacar é o caso do PL 87/2017, que “dispõe sobre a obrigatoriedade de implantação de creches em todos os polos geradores de tráfego”. Em que pese o mérito “que pretende ampliar o número de creches no Município”, evidentemente uma ação de grande impacto social, “a medida não comporta a pretendida sanção vez que a abordagem sob a perspectiva da legislação edilícia e do uso e ocupação do solo não traduz o melhor critério para a expansão do atendimento no âmbito da educação infantil”. Em regra, os critérios para esse tipo de Projeto precisam observar a Lei n.º 15.150/2010, “conforme posicionamento da Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento”, que contém parâmetros quanto aos polos geradores de tráfego.

(...) Isto porque os objetivos e diretrizes fixados pelo Plano Diretor Estratégico e para o Sistema de Equipamentos Urbanos e Sociais associam o planejamento da distribuição territorial de tais equipamentos, nos quais se incluem as creches, à redução das desigualdades socioespaciais, carências de equipamentos e

infraestrutura urbana nos bairros com maior vulnerabilidade social, além da necessária articulação e integração com as demais redes e planos setoriais.

Ou seja, uma vez mais, houve a inobservância de legislação já consolidada.

Em suma, em que pese o mérito dos autores nestes temas, muitas vezes são inobservados reais e importantes requisitos, tais como: (1) competência e (2) legislação já consolidada a respeito do tema.

3.8. Saúde e meio ambiente

Com a Carta Magna de 1988 a prestação de serviços públicos relativos à saúde passou a ser um direito do cidadão e uma responsabilidade estatal (BARROSO 2009, *apud* MALLMANN 2012). Ocorre que, na seara desta, os direitos sociais como a vida, passaram a ser direitos fundamentais constitucionalmente exigíveis. Dessa forma, a saúde é vista como “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ 2001, *apud* MALLMANN 2012).¹⁰²

O Meio-Ambiente, vistos os seus impactos sobre a humanidade, não é distante do que se entendo como proteção do direito à vida. De fato, conforme apontam estudos do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (IPCC), a transformação do homem sobre o ambiente em que está inserido provoca instabilidades e mudanças no ecossistema passíveis de gerar enormes danos à humanidade. É o que ensina o advogado e especialista em direito ambiente, Tolden Farias (2020)¹⁰³:

O objetivo do Direito Ambiental é defender o meio ambiente e a qualidade de vida da coletividade. Isso implica dizer que esse ramo da Ciência Jurídica não procura simplesmente regulamentar as relações humanas que se utilizam ou que

¹⁰² MALLMANN, Eduarda (2012). Direito à saúde e a responsabilidade do Estado. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

¹⁰³ FARIAS, Talden (2020). Questões básicas da disciplina de Direito Ambiental. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-26/ambiente-juridico-questoes-basicas-direito-ambiental>>. Acesso em: 06 de junho de 2022.

Análise de Impacto Legislativo

possam se utilizar dos recursos naturais, posto que sua finalidade é promover a proteção e a melhoria da qualidade ambiental.

A pandemia do Coronavírus esteve refletida na legislação emanada no ano de 2020. Como se sabe, até a data de 9 de junho de 2022, segundo a *Our World In Data*, cerca de 534 milhões de pessoas foram acometidas pela doença¹⁰⁴, sendo que, destes, 6.3 milhões vieram a óbito¹⁰⁵. É importante destacar, portanto, que, com o surgimento da pandemia de Covid-19, foi criada a Emenda Constitucional 106/2020, que instituiu “regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia” a fim de assegurar a capacidade orçamentária do Estado para combater o vírus.

Por fim, a própria Constituição da República de 1988 dispõe artigo dedicado a introduzir a questão da saúde:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim contextualizado, nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, 93 dos projetos de lei aprovados, 42 foram integralmente vetados, o que corresponde a 45,16% do total.

Novamente, em que pese o mérito das proposituras, observa-se uma tendência a não se respeitarem as competências de cada poder. É o que se verifica, por exemplo, no PL 231 de 2020 que “dispõe sobre a higienização e desinfecção dos equipamentos públicos de utilização pela população em geral e desinfecção dos logradouros públicos no Município de São Paulo”. Todavia, como se expôs na razão de veto à proposta do legislativo municipal, esse é assunto de competência do executivo paulistano. Assim, observou-se “a execução da limpeza urbana incorrendo em ingerência nas atribuições e atividades da

¹⁰⁴ Our World in Data. Coronavirus (COVID-19) Cases. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-cases>. Acesso em: 27 de novembro de 2022.

¹⁰⁵ Our World in Data. Coronavirus (COVID-19) Deaths. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-deaths>. Acesso em: 27 de novembro de 2022.

Administração Municipal, com interferência em assunto da competência privativa do Executivo”.

A inobservância da legislação já regulamentada a respeito do tema também aparece entre os fundamentos mais recorrentes nestas razões de veto, como ilustra o PL176/06 (Ofício Atl nº 53, de 8 de fevereiro de 2018), “que institui o Programa Farmácia Solidária, para coleta e distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes”. O Executivo expôs, contudo, que

A medida não comporta a pretendida sanção por apresentar incompatibilidade com o regramento imposto pela legislação sanitária, nos termos expostos pela Secretaria Municipal da Saúde. Com efeito, a cadeia de distribuição de medicamentos é regulamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e abrange toda a trajetória dos medicamentos, desde sua produção pela indústria farmacêutica até a dispensação para a população, com vistas a garantir as condições adequadas à preservação de sua qualidade, eficácia e segurança, conforme Portaria nº 802/1998 do Ministério da Saúde.

Por vezes, a complexidade do tema enseja o Executivo a vetar, ainda que mais raramente, com fundamento em falta de oportunidade, isto é, por decisão de mérito, como fica evidenciado com o PL 50 de 2008 (Ofício Atl nº 02, de 4 de janeiro de 2016), que cria o “Programa Municipal de Combate ao Aquecimento Global e às Mudanças Climáticas, torna obrigatório o uso de sistemas e procedimentos que visam à eficiência energética dos imóveis e dá outras providências”. Segue a razão de veto:

Em que pese a propositura buscar estabelecer um programa de ações, verifica-se que o texto aprovado apenas se refere à sustentabilidade das edificações, não contemplando todos os aspectos que compõem a questão do aquecimento global. A Lei Municipal nº 14.933/09 instituiu a Política de Mudança do Clima no Município de São Paulo e, de forma abrangente, objetiva e detalhada, constitui norma geral a respeito das medidas mitigadoras das consequências desse fenômeno na cidade.

Entre outros fundamentos, expôs o Executivo que “certo é que a edição de nova norma sobre o mesmo tema, qual seja, a Política

Municipal de Mudança do Clima, implica risco de tumultuar a operacionalização da normatização e sua fiscalização. Por derradeiro, revela-se inoportuna a mudança de normas relativas a projeto e construção de forma pontual, ainda mais em um momento em que a legislação de obras e edificações e a de uso e ocupação do solo está em discussão, iniciativas essas que visam atender às diretrizes e à política ambiental traçada pela Lei nº 16.050/14 - Plano Diretor Estratégico”.

3.9. Orçamento e tributação

De forma geral, os tributos são gênero da família de recursos financeiros do orçamento (receita), em oposição às chamadas despesas orçamentárias. Estão disciplinadas na Constituição Federal de 1988, na Lei 4.320/64 (Lei de Finanças Públicas), na Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e nas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs).

Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, 28 dos Projetos de Lei aprovados, 5 foram integralmente vetados, o que corresponde a 17,85% do total. É notável que 4 dos 5 vetos totais incidentes tratassem de projetos de lei relacionados com o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), a saber: o PL 279/2019, o PL 308/2017, o PL 818/2013 e o PL 47/2013. Os três últimos tiveram como objetivo ou a isenção total do imposto durante determinado prazo de tempo ou a isenção parcial sobre determinado grupo de cidadãos. É o que mostra o PL 308/2017: visando “dispor sobre a concessão de isenção parcial do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU incidente sobre imóveis nos quais sejam tomadas as medidas de proteção ao meio ambiente nele estabelecidas”. Ocorre que, para o Executivo:

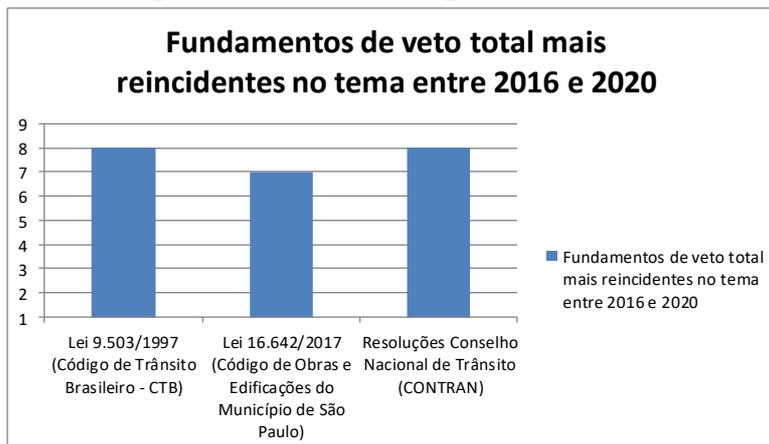
A proposta aprovada implica em renúncia fiscal e, como tal, deveria ter atendido ao disposto no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Federal nº 101, de 4 de maio de 2000), vindo acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que iniciar sua vigência e nos dois seguintes, observar o disposto na lei de diretrizes orçamentárias, bem como prever medidas de compensação, o que, contudo, não foi observado.

Quase toda despesa deve ser estimada e planejada, e quase toda renúncia deve vir acompanhada de um plano de compensação, uma vez que não pode prejudicar as metas da Lei de Diretrizes Orçamentária aprovada para o exercício financeiro respectivo. Assim, não é responsável por parte do Poder Público simplesmente abdicar de receitas sem expor como pretende compensá-las. Além disso, salienta-se, no caso, que “o desconto, da forma como previsto, será outorgado em caráter individual, demandando, por força do disposto no artigo 179 do Código Tributário Nacional, a análise de cada caso pela autoridade administrativa, a fim de verificar o cumprimento dos requisitos para gozo do benefício”.

3.10. Habitação, urbanismo e mobilidade urbana

A mobilidade urbana é gênero da família urbanismo – ciência que tem por objeto o planejamento urbano; enquanto a habitação está diretamente relacionada ao direito à moradia digna reconhecida de Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da qual o Brasil é signatário original.

Gráfico 3 . Fundamentos de veto com maior incidência nos projetos do grupo “Habitação, urbanismo e mobilidade urbana”, da Câmara Municipal de São Paulo (SP), no período de 2016 a 2020.



Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, de 89 dos Projetos de Lei aprovados, 41 foram integralmente vetados, o que corresponde a

46,06% do total. As leis de trânsito estão entre os fundamentos mais utilizados. Ao revés do senso comum, dispõe o CTB, no seu art. 1º, § 1º, que “considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”. Isto é, o trânsito não é estritamente relacionado à circulação de veículos automotores, mas a uma série de fatores de circulação nas vias comuns. Oportunamente, temos como caso modelo relacionado à questão de urbanismo e da mobilidade urbana, o PL 508/2013 (Ofício Atl nº 50, de 5 de fevereiro de 2016), “que obriga à identificação da placa da motocicleta na parte posterior dos capacetes de seu condutor e passageiro”. Outra vez, identifica-se a inobservância de legislação competente previamente disposta, uma vez que “no uso da competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte, que lhe confere a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XI, a União já editou a legislação que disciplina o assunto em pauta”. Segue o veto disposto que:

O Código de Trânsito Brasileiro determina que as características dos veículos, suas especificações básicas, configuração e condições essenciais para registro, licenciamento e circulação, em função de suas aplicações, sejam fixadas pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN (artigo 97). Referido Código estabeleceu, ainda, a forma de identificação dos veículos, prescrevendo, em seu artigo 115, a utilização de placas dianteira e traseira, dispensada a primeira no caso de motocicleta, de acordo com as regras do aludido Conselho (artigo 115, “caput” e § 6º). Dessa maneira, o CONTRAN expediu todo o regramento pertinente ao tema, a saber, a Resolução nº 231, de 15 de março de 2007, que detalha o sistema de placas para a identificação dos veículos, e a Resolução nº 453, de 26 de setembro de 2013, que dispõe sobre os itens obrigatórios dos capacetes dos condutores e passageiros de motocicletas, não contemplando, nenhuma dessas normas, qualquer obrigação no sentido da identificação da placa do veículo nesse equipamento de segurança.

A questão habitacional é de suma importância na cidade de São Paulo. Matéria publicada pela *Folha de São Paulo*, em 2019, indicava que “A fila da moradia popular no município supera 1mi, e o orçamento

para obras é de R\$ 471 mi”.¹⁰⁶ Não à toa, a regulamentação de assentamentos urbanos irregulares pode ser vista como uma preocupação recorrente nos projetos desta tipologia. Como exemplo, tem-se o PL 260/2016 (Ofício Atl nº 46, de 7 de fevereiro de 2018), “que objetiva estabelecer regras e procedimentos para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares no Município de São Paulo”. Contudo, “na conformidade do pronunciamento exarado pela Secretaria Municipal de Habitação, responsável por, dentre outras competências, estabelecer diretrizes, elaborar, coordenar, implementar, gerir e avaliar a política municipal de habitação de interesse social, contrário à propositura”, verifica-se a incompatibilidade com o ordenamento que regula o tema:

A elaboração do texto do projeto de lei em apreço baseou-se nos instrumentos e especificidades constantes do Capítulo III da Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispunha sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos, revogado pela Lei Federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017, a qual passou a disciplinar a matéria no seu Título II – Da Regularização Fundiária Urbana. Dessa forma, por se encontrar a propositura em desconformidade com a vigente legislação federal, vale dizer, com a Lei Federal nº 13.465, de 2017, não se afiguraria razoável a sua eventual conversão em lei, posto que, nessa hipótese, o Município estaria impedido de recepcionar procedimentos e instrumentos contidos na nova normatização da União que dão mais celeridade e melhor desburocratizam a regularização fundiária.

3.11. Serviço social, emprego e renda, infância, juventude e idoso

Segundo o Conselho Federal de Serviço Social (CEFSS) (2011)¹⁰⁷,

O/a Trabalhador Social ou Assistente Social atua no âmbito das relações entre os sujeitos sociais e, entre eles, o Estado. Desenvolve um conjunto de ações de caráter socioeducativo que

¹⁰⁶ SILVA, Eduardo. São Paulo tem déficit de 474 mil moradias, diz estudo. Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/sao-paulo-tem-deficit-de-474-mil-moradias-diz-estudo.shtml>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

¹⁰⁷ Conselho Federal de Serviço Social (CEFSS). Definição de Serviço Social. Disponível em: http://www.cfess.org.br/arquivos/diagramacao_consolidado_definicoes-FINAL.pdf. Acesso em 27 de novembro de 2022.

incidem na reprodução material e social da vida, com indivíduos, grupos, famílias, comunidades e movimentos sociais numa perspectiva de transformação social. Essas ações visam: fortalecer a autonomia, a participação e o exercício da cidadania; capacitar, mobilizar e organizar os sujeitos, individual e coletivamente, garantindo o acesso a bens e serviços sociais; a defesa dos direitos humanos; a salvaguarda das condições socioambientais de existência; e a efetivação dos ideais da democracia e o respeito à diversidade humana. Os princípios de defesa dos direitos humanos e da justiça social são elementos fundamentais para o Trabalho Social, para que esse trabalho se realize com vistas a combater a desigualdade social e as situações de violência, de opressão, de pobreza, de fome e de desemprego.

Nesse agrupamento, entre 2016 e 2020, dos 44 projetos de lei aprovados, 24 foram integralmente vetados, o que corresponde a 54,54% do total. Em que pese ser possivelmente o mais abrangente dos temas, além de ter alto impacto social, é apenas a quarta em incidência de proposições entre 2000 e 2020 (70), conforme mostrado no Quadro 1. O contexto pode ser esclarecido devido à complexidade da formulação e tramitação de tais matérias.

O emprego tem direta relação com o trabalho e é interpretado, à luz da Carta Magna, art. 1º, IV, como um valor social.¹⁰⁸ A mesma compreensão pode ser retirada da DUDH em seu art. 23: “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. Fruto desta liberdade, o homem teria a renda com a qual estaria apto a viver com dignidade e livre da escravidão.

Já, em “infância, juventude e idoso”, nota-se evidente preocupação com a faixa etária do cidadão. Para cada fase da vida, atuações diferentes do Estado fazem-se necessárias. Por exemplo, a educação, e não o emprego, são o amigo das políticas públicas voltadas à infância e à adolescência. Aos adultos recai essa preocupação. Enquanto na última faixa (idosos) a preocupação tende à aposentadoria e não à educação ou ao emprego.

¹⁰⁸ Constituição Federal de 1988: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Uma vez apresentadas em linhas gerais as principais razões de veto em cada grupo temático, passa-se à análise das deliberações do Legislativo em relação aos vetos apostos pelo chefe do Poder Executivo.

4. Deliberação sobre os vetos

José Afonso da Silva (2013 p. 532) ensina que, juridicamente, o veto é o poder que se confere ao chefe do Poder Executivo de devolver a matéria ao Legislativo por julgá-la inconstitucional ou contrário ao interesse público. O primeiro caso – inconstitucionalidade – diz respeito a um veto jurídico (ou formal); no segundo caso – contrariedade ao interesse público – o veto seria político. Nos dois casos, tanto a Constituição Federal¹⁰⁹ como a Lei Orgânica do Município de São Paulo¹¹⁰ impõe ao Poder Legislativo o dever de deliberar sobre a derrubada ou manutenção do veto no prazo de 15 dias úteis.

A despeito do §1º do art. 66 da CF/88 e do §3º do art. 42 da Lei Orgânica do Município, o Laboratório de Análise da Legislação Paulistana¹¹¹ desenvolvido pela Procuradoria da Câmara Municipal de

¹⁰⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

¹¹⁰ Lei Orgânica do Município de São Paulo: “Art. 42 – (...) § 1.º Se o Prefeito julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de 15 (quinze) dias úteis contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, ao Presidente da Câmara Municipal os motivos do veto. § 2.º — Sendo negada a sanção, as razões do veto serão comunicadas ao Presidente da Câmara Municipal e publicadas. § 3.º — Decorrido o prazo de 15 (quinze) dias, sem a sanção do Prefeito, observar-se-á o disposto no § 6.º deste artigo. § 4.º — Esgotado, sem deliberação, o prazo estabelecido no parágrafo anterior, o veto será incluído na Ordem do Dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 5.º — A Câmara Municipal deliberará sobre o veto, em um único turno de votação e discussão, no prazo de 30 (trinta) dias de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos vereadores. (Incluído pela Emenda à Lei Orgânica nº 1 de 1990) § 6.º — Se o veto não for mantido, será o projeto enviado ao Prefeito para, em 48 (quarenta e oito) horas, promulgá-lo (...)”.

¹¹¹ Câmara Municipal de São Paulo. Portal da Legislação Paulistana (PLP), 2022. Disponível em: <https://app-plpconsulta-prd.azurewebsites.net/>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

São Paulo em parceria com a Faculdade de Direito da USP, constatou que, no período de 2000-2020, o tempo médio de deliberação em relação aos vetos totais apostos pelo Prefeito no período foi de 4,9 anos. Para contornar a trava imposta nas deliberações relativas às demais proposições, a Câmara Municipal passou a deliberar todos os projetos legislativos nas sessões extraordinárias.

Outro aspecto atinente à oposição de vetos diz respeito a possíveis acordos políticos entre parlamentares e Prefeito, visando prevenir vetos integrais por razões jurídicas ou de mérito. Pode-se supor que os parlamentares da base do governo terão mais êxito neste tipo de negociação. Para ilustrar esse aspecto, citamos trecho da fala de ex-vereador da Cidade de São Paulo, Paulo Fiorillo, que, uma vez eleito deputado estadual, assim se referia à necessidade ou à praxe de acordo nessa matéria:

Infelizmente, deputado Conte, não é praxe nesta Assembleia. Não só nesta Legislatura. O senhor já é deputado de outras legislaturas. Aqui, a gente batalha para aprovar um projeto por semestre, para o governador vetar. Nós deveríamos ter a capacidade de dialogar, aqui, projetos com sanção. Sabe por quê? Nós teríamos então a escolha. “Olha, eu quero esse”. Independente de sanção, ou não, não tem problema. Agora: “eu quero esse, que vai ser sancionado pelo governador”. Por que não pode ser dessa forma? Eu tenho certeza que aqui cada deputado e cada deputada deve ter um projeto de sua lavra que tem interesse em ver transformado em lei. Agora, infelizmente, a concepção de relação com o Legislativo é muito ruim, porque muitas vezes os projetos sancionados apenas são dos deputados e deputados da relação do governo, da base governista. Isso é ruim. Eu acho que nós poderíamos ter avançado, ao longo desses três anos, com projetos acordados com o Executivo, para ter sanção, e eu tenho certeza que cada um aqui deve ter um projeto o governador toparia sancionar, que não é nenhum absurdo, nenhuma inconstitucionalidade. Ao contrário, ajudaria o Estado.¹¹²

¹¹² Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo (Prodesp). Diário Oficial: Cidade de São Paulo, 2000-2020. Disponível em: http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/doflash/prototipo/2022/Maio/11/legislativo/pdf/pg_0021.pdf. Acesso em 08 de setembro de 2022.

Em que pese a necessidade de diálogo entre esses dois poderes republicanos, existe, de fato, a possibilidade de vetos ou de sua não oposição por razões exclusivamente “políticas”, isto é, explicáveis pela presença ou ausência de acordos prévios.

É evidente a necessidade de certo grau de preparo dos parlamentares ou de seus respectivos assessores, assim como no âmbito do Poder Executivo, para uma elaboração legislativa mais técnica, consistente, efetiva e previsível quanto a seus efeitos. Porém, o sucesso do processo legislativo depende, igualmente, de fatores políticos, inerentes à dinâmica de relacionamento entre os dois poderes.

A função típica de legislar do parlamentar não se restringe nem se qualifica pelo número de projetos por ele apresentados, mas, principalmente, pela contribuição que os parlamentares, em sua diversidade, podem oferecer para qualificar o debate, seja em projetos de iniciativa dos pares, seja em projetos de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo.

O índice de quase 25% de vetos totais em relação a projetos de leis aprovados pela Câmara Municipal de São Paulo no período de 2016 a 2020, aliado ao lapso superior a 4 anos para sua deliberação ilustra que a análise da efetividade do processo legislativo não é redutível a aspectos de ordem exclusivamente formal.

5. Conclusão

O presente estudo procurou avaliar a efetividade do processo legislativo no âmbito do Município de São Paulo, no período de 2016 a 2020, a partir dos vetos totais apostos pelo Prefeito a projetos de lei aprovados na Câmara Municipal de São Paulo.

Dos 1577 projetos de lei aprovados no período, 377 receberam veto integral, o que corresponde a 24% do total, representando um índice relevante de ineficiência.

Algumas questões suscitadas pela análise dos dados podem ser assim enunciadas:

1. Os vetos totais se dão principalmente por motivos de vício de iniciativa, competência, legalidade e razoabilidade. A Tese de Repercussão Geral 917, editada pelo Supremo Tribunal Federal, tendeu a reconhecer maior espectro de iniciativa aos parlamentares.

2. Projetos de Lei que presumivelmente seriam vetados integralmente poderiam não os ser mediante acordo político prévio.

3. A análise *a posteriori* tem o potencial de subsidiar, futuramente, uma análise prévia de Projetos de Lei a fim de evitar a baixa efetividade destacada, isto é, o dispêndio infrutífero de tempo e de recursos. A melhor compreensão das razões de veto – por exemplo, vetos a projetos de denominação por ausência de instrução prévia – poderá estimular os prévios pedidos de informação ao Executivo para evitar dispêndio de tempo ou de recursos.

Caberia investigar se os Projetos têm a motivação única de alcançar a sanção, ou se há efeitos colaterais pretendidos com sua apresentação e tramitação, e se efetivamente há efeitos – percepção da população quanto a atividade do parlamentar – mesmo que projetos por ele apresentado ou aprovado em plenário não cheguem a alcançar a sanção.

6. Referências Bibliográficas

CEZNE, Andrea N. (2005). O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa* 42(167): 315-337. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p315.pdf>.

Acesso em 08 de setembro de 2022.

HETSPER, Rafael V. (2012). **O Poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro**. *Revista de Informação Legislativa* 49(193): 315-337. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496569/000940660.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 de junho de 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Avaliação de Políticas Públicas: Guia prático de análise ex post*. IPEA, 2018. Disponível em:

<https://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/181218_avaliacao_de_politicas_publicas_vol2_guia_expost.pdf>. Acesso em 06 de junho de 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes (2008). **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Celso A.B. (2008). **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros.

- MORAES, Alexandre de (2017). **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas.
- NASCENTES, Antenor (1966). **Dicionário da Língua Portuguesa**. Academia Brasileira de Letras,. v. III.
- PIOVESAN, Flávia. (2008). Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Estudos Feministas* 16(3): 887-896. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/JXPnmdcRhtfnv8FQsVZzFH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 de setembro de 2022.
- PROCURADORIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO (2022). *Portal da Legislação Paulistana: Relatório de Vetos do LabLegSP*, 2022. Disponível em: https://app-plpconsulta-prd.azurewebsites.net/Forms/VetosTipol_Tot. Acesso em 13 de junho de 2022.
- RAMOS, Elival S. (2007) Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição Brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 102: 327-356. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758/70366>. Acesso em 06 de junho de 2022.
- SCAFF, Fernando F. (2018). **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum.
- SILVA, José A. (2013) **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros.
- SOARES, Fabiana M. (2007). Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo* 9(14): 7-34. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/article/viewFile/311/264>. Acesso em 08 de setembro de 2022.
-

Felipe Oliveira Marçon Belchior

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP) e estagiário da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo. Colaborador da Organização Politize e da Gazeta Arcadas.

Maria Nazaré Lins Barbosa

Advogada pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre e Doutora em Administração Pública e Governo pela FGV/SP. Procuradora-Geral da Câmara Municipal de São Paulo (2017-2022).

A IMPORTÂNCIA DA ADVOCACIA PÚBLICA NA QUALIFICAÇÃO DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA

THE IMPORTANCE OF PUBLIC ADVOCACY IN THE QUALIFICATION OF LEGISLATIVE PRODUCTION

Yuri Carajelescov

Resumo

O artigo aborda a importância da efetividade do controle interno de constitucionalidade exercido pelos parlamentos como elemento qualificador da produção legislativa, a qual deve se orientar segundo os parâmetros estabelecidos formal e materialmente pela Constituição Federal. Nesse contexto, as procuradorias dos legislativos, enquanto órgãos técnico-jurídicos, integradas por advogados públicos estáveis e concursados, organizadas em carreira, vinculadas diretamente à direção da casa parlamentar, dotadas de independência técnica própria da advocacia, exercem um papel relevante de assessoramento ao corpo político de representantes. Ao final, é apresentada uma sugestão de estruturação desses órgãos jurídicos.

Palavras-chave: Parlamento. Controle interno de constitucionalidade. Procuradoria Legislativa. Independência Técnica. Qualificação da produção legislativa.

Abstract

The article talks about the importance of the effectiveness of the internal constitutional control performed by parliaments as a qualifying element of legislative production which must be guided by parameters formally and materially written in the Federal Constitution. In this context, the legislature's attorneys' offices, as technical-legal bodies, made up of stable public attorneys, organized in career, linked directly to the direction of the parliamentary house, endowed with the technical independence typical of the law, play an important role of advising the

representative politician body. At the end of the article, a suggestion of structuring these legal bodies is presented.

Keywords: *Parliament. Internal constitutional contro. Legislature's attorneys' office. Technical independence. Qualification of legislative production.*

Sumário. 1. Introdução. 2. Controle interno de constitucionalidade. 3. Procuradorias legislativas. 4. Conclusões. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Estado contemporâneo é, essencialmente, um Estado constitucional, fundado no princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual toda a produção normativa inferior deve ser material e formalmente com ela compatível. No Estado constitucional, o espaço para a decisão política se encontra previamente delimitado, o que implica dizer que as maiorias de ocasião se submetem aos procedimentos e aos significados valorativos previamente delineados em uma lei que lhes é superior e sobre a qual não podem, em princípio, dispor¹¹³. Assim a Constituição se reafirma como estatuto jurídico do político e, sem substituir a política, torna-se dela a premissa material (CANOTILHO 2001, P.487).

De nada adiantaria afirmar a prevalência da ordem constitucional sobre a legislação comum sem instrumentos que a garantissem¹¹⁴. Bebendo de duas fontes, o Brasil adotou um modelo

¹¹³ Nos sistemas de constituição rígida como o brasileiro, a Constituição pode ser alterada segundo um rito especialmente nela previsto (§2º, art. 60 da CRFB), atendendo a determinadas limitações de ordem material, como, por exemplo, o §4º do art. 60 da CRFB, e circunstanciais (§1º, art. 60 da CRFB).

¹¹⁴ Segundo Kelsen (2003, p.139-140), as garantias necessárias à proteção da Constituição são garantias gerais que a técnica jurídica moderna desenvolveu quanto à regularidade dos atos estatais em geral, sendo elas preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas. As garantias preventivas tendem a evitar a produção de atos irregulares, enquanto as repressivas reagem contra o ato irregular já produzido, “tendem a impedir sua renovação no futuro, a reparar o dano que ele causou, a fazê-lo desaparecer e, eventualmente, a substituí-lo por um ato regular.” Para o publicista austríaco, as garantias objetivas têm caráter repressivo, importando na nulidade ou anulabilidade do ato irregular.

híbrido ou misto de controle de constitucionalidade. Ao mesmo tempo que, conforme a matriz estadunidense¹¹⁵, os órgãos judiciais estão aptos a negar a aplicação de uma norma inferior por inconstitucional (difuso, do caso concreto ou por exceção), reservou, por influência da Europa continental, ao Supremo Tribunal Federal, além da última, a primeira palavra sobre a compatibilidade das normas inferiores à CRFB (concentrado, abstrato ou por ação)¹¹⁶.

O controle repressivo ou sucessivo de constitucionalidade brasileiro é exercido pelo Poder Judiciário, o que importa dizer que normas “*in fieri*”¹¹⁷, ou seja, aquelas em fase gestacional que, todavia, ainda não finalizaram o ciclo de formação e por isso não ingressaram no sistema jurídico, que é um sistema de normas, via de regra, estão imunes a esses processos¹¹⁸.

Isso não implica dizer que o “*iter*” e o mérito de proposições não estejam submetidos à normativa superior da Constituição, uma vez

¹¹⁵ Assim afirmado a partir do célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1803.

¹¹⁶ Com a destruição da Europa pela guerra engendrada pelo nazifascismo, prevaleceu a tese defendida por Hans Kelsen, segundo a qual o guardião da constituição deveria ser um órgão autônomo, estruturalmente apartado dos demais poderes. Assim se dá em países como Portugal, Itália e Alemanha, por exemplo. Já o Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Judiciário brasileiro (art. 92, inc. I, CF), que não pode ser considerado como uma Corte puramente constitucional, já que lhe tocam competências originárias penais e civis, sobre conflitos federativos, além da guarda da Constituição.

¹¹⁷ Assim decidiu o STF na ADI 466-2, da relatoria do Min. Celso de Mello. “O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal.” (STF, Pleno, ADI nº 466-2/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.1991, DJ 10.05.1991).

¹¹⁸ Excetuam-se duas situações: (1) a legitimidade do parlamentar para, por meio de mandado de segurança, tutelar o devido processo constitucional reformador na hipótese de proposta de emenda constitucional que fira as supercláusulas constitucionais (art. 60, §4º, da CRFB) e (2) para garantir a prevalência das normas do processo devido processo legislativo constitucional. Nesse sentido, ver precedentes do STF, a saber: MS nº 20.257-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 08.10.1980; MS nº 21.642, rel. Min. Celso de Mello, in RDA 191/200; Pleno, MS nº 21.303, rel. Min. Octavio Galloti; Pleno, MS nº 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.02.2003, DJ 12.09.2003; Pleno, MS nº 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.02.2004, DJ 18.06.2004; Pleno, MS nº 31816 MC-AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.02.2013; Pleno, MS nº 32.033, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.06.2013.

que toda ação estatal a ela se subordina. A interseção entre o político e o jurídico, que ocorre segundo o devido processo legislativo e que se legitima por este, submete-se a um controle prévio, porém não judicial de constitucionalidade, exercido por agentes políticos partícipes desse processo¹¹⁹, os quais demandam assessoria jurídica apta para esse mister.

2. Controle interno de constitucionalidade

Em princípio, entre nós não se afigura adequado deduzir que o controle de constitucionalidade seja uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário ou subsumido à cláusula de reserva de jurisdição. É certo que os órgãos estatais a quem a Constituição confiou o poder de inovar na ordem jurídica, mediante a edição de normas primárias, encontram-se vinculados material e formalmente aos seus parâmetros formais e materiais, cabendo-lhes, por isso, emitir juízo de constitucionalidade acerca das proposições em elaboração. Com isso não se quer dizer que tais manifestações alcancem efeitos preclusivos, vinculantes ou impeditivos de ulterior declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, já que os atos normativos gozam de presunção apenas relativa de constitucionalidade.

¹¹⁹ Diferentemente do que ocorre em países como Alemanha, Portugal e Itália. Na Alemanha, o controle preventivo realizado pelo Tribunal Federal Constitucional pode incidir: (a) sobre tratados a serem incorporados ao direito interno, antes da promulgação e após a conclusão das deliberações, a requerimento do governador dos Lander ou de um terço dos membros do Parlamento (*Bundestag*); (b) no caso de o Presidente se recusar a promulgar uma lei, o Tribunal Constitucional é convocado a avaliar a validade constitucional do veto; (c) diferimento provisório do início da vigência de uma lei até o julgamento de sua constitucionalidade, o que ocorre após a sua promulgação por iniciativa de um dos legitimados para deflagrar o controle de constitucionalidade. Em Portugal esse controle preventivo a cargo do Tribunal Constitucional pode ser requerido pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro ou por um quinto dos deputados à Assembleia da República, após a fase de deliberação legislativa concluída, mas antes da promulgação do ato, sem efeito vinculante para o parlamento. Na Itália esse controle preventivo exercido igualmente pela Corte Constitucional é excepcional e pode incidir apenas em relação às leis regionais. Na França, esse controle é exercido pelo Conselho Constitucional, que não é órgão dotado de jurisdição, mas vinculado ao parlamento. A Espanha, desde 1985, suprimiu de seu ordenamento a possibilidade de controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional das leis orgânicas.

Cuida-se de um controle de constitucionalidade político prévio à entrada no sistema jurídico da norma¹²⁰ e deve ser realizado no curso do processo legislativo, necessariamente pelas comissões parlamentares de Constituição e Justiça e, eventualmente, a depender da espécie normativa em elaboração e do âmbito de governo examinado (federal, estadual ou municipal), pela Casa revisora e/ou pelo chefe do Executivo. Como político, entenda-se um controle não assentado em critérios exclusivamente técnico-jurídicos, mas também em parâmetros discricionários de conveniência e oportunidade ínsitos a essa atividade (AGRA 2003, p.399).

Reza a Constituição Federal que o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas segundo a forma e atribuições previstas no respectivo regimento interno ou no ato em que resultar sua criação, no caso das comissões temporárias.

Está claro que a Lei maior delegou ao regimento interno de cada Casa estabelecer quais as comissões temáticas permanentes deverão existir, exceto em relação à Comissão de Constituição e Justiça já que esta, considerada a sua relevância, encontra-se prevista implicitamente nas dobras do próprio texto constitucional¹²¹, ainda que suas competências mereçam complementação regimental.

Conforme refere Casseb (2008, p.291):

De todos os aspectos formais examinados pela CCJC, desponta como primordial a análise das questões constitucionais, pois deriva dessa atribuição o exercício do controle preventivo de constitucionalidade das proposições. Nesse caso, a CCJC efetua um juízo de conformidade para verificar se a proposição é compatível com a Constituição Federal.

¹²⁰ Em sentido contrário, Dirley da Cunha Júnior (2007, p.97) reconhece como espécies de controle político sucessivo de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional (a) a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem suas funções regulamentares ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, inc. V, CF), e (b) no caso de rejeição de medida provisória (art.62, §5º, CF).

¹²¹ Será inconstitucional por omissão regimento interno parlamentar que não preveja entre as suas comissões permanentes uma competente para o exame de constitucionalidade das proposições. A referência constitucional explícita que sustenta essa afirmação pode ser localizada no §5º do art. 62, CF, além de decorrer do próprio princípio da supremacia da constituição e da existência de supercláusulas constitucionais (explícitas e implícitas) encartadas no artigo 60 da CF.

Segundo o Regimento Interno do Senado Federal (Resolução nº 93/70 - RISF), à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania prevista em seu artigo 72, inciso III, compete, entre outros, opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário (art. 101, inc. I, RISF).

Na Câmara dos Deputados, a CCJC encontra-se prevista no artigo 32, inciso IV do Regimento Interno da Casa (Resolução nº 17/89 – RICD) e suas competências declinadas nas alíneas “a” a “q” desse dispositivo, com destaque para a que prevê a atribuição para analisar aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões e o exame de admissibilidade de proposta de emenda à Constituição.

No plano federal, excetuadas as matérias de competência exclusivas do Congresso Nacional (art. 49, CF) e privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (arts. 51 e 52, CF), há um sobre-controle de constitucionalidade prévio, na medida em que realizado *prima facie* pela Casa onde iniciado o trâmite da proposição para ulteriormente ser reexaminado sob essa perspectiva pela Casa revisora, caso tenha sido aprovado. Este é o rito previsto no artigo 65 da CF para a elaboração das leis e no artigo 60, §2º, da CF para propostas de emendas à Constituição.

Quando cabível, a depender da espécie legislativa em elaboração¹²², o veto oposto à proposição pelo chefe do Executivo constitui-se em espécie de controle político de constitucionalidade, ainda que não definitivo já que o mesmo poderá ser derrubado pela maioria absoluta dos parlamentares em votação aberta (§4º do artigo 66 da CF na redação da EC 76/13)¹²³. O veto, fundamentado na

¹²² Não há previsão de veto ou sanção ao projeto de emenda à Constituição, decretos legislativos e em resoluções, nas leis delegadas e na lei resultante da conversão de medida provisória, sem alterações do texto original desta.

¹²³ Segundo Maria Angélica Gelli (2008, p.777), “a instituição do veto, antigo controle da monarquia sobre o parlamento, foi vista com desconfiança pelos Estados integrantes dos EUA, os quais resistiram a incluí-la em suas constituições locais. Por isso, a Constituição americana limitou o alcance dessa instituição admitindo o veto presidencial para impedir a lei e, por essa via, estabeleceu um controle entre órgãos de ida e volta entre o Presidente, com atribuições de veto, e o Congresso, com capacidade

inconstitucionalidade do projeto de lei, encontra-se textualmente previsto na Constituição: “Se o presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de 15 dias úteis (...)” (artigo 66, *caput*, CF) e cuida-se, na definição de Pinto Ferreira, de “uma modalidade de colaboração legislativa do Poder Executivo” (FERREIRA 1964, p.198).

Em linhas gerais, à luz do princípio da simetria, as normas estruturantes do devido processo legislativo previstas na CRFB são de absorção obrigatória pelos entes federados periféricos, máxime o exame reforçado de compatibilidade da proposição com a Constituição Federal, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica, no caso dos municípios¹²⁴. É forçoso reconhecer que as comissões de constituição e justiça são órgãos internos permanentes de todo e qualquer parlamento, pois a sua existência se encontra imbricada com a própria função legislativa¹²⁵.

Como é próprio da democracia, não haverá de se exigir nem se presumir que a representação popular eleita, que integrará os órgãos parlamentares de controle interno de constitucionalidade das proposições, seja formada por juristas. Por isso se mostra

para insistir na aprovação da lei mediante uma maioria agravada. Ademais, a Constituição dos EUA dispôs – como outro limite a instituição – só a possibilidade de veto aos projetos de lei gerando, com isso, um efeito de controle social importante. Certamente, o veto total constitui uma medida que implica em um alto custo político para o presidente (...)” (tradução livre).

¹²⁴ Nesse sentido, a jurisprudência do STF: “Processo legislativo dos Estados-Membros: absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal entre elas, as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis, dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal.” (STF – Pleno, ADI nº 637, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-8-04, *DJ* de 1º-10-04)

¹²⁵ De acordo com o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (Resolução ALESP n. 576/70, conforme a XIV consolidação de 18.06.2011): Art. 31 - § 1º – À Comissão de Constituição, Justiça e Redação compete manifestar-se a respeito de todos os assuntos quanto ao aspecto constitucional, legal e jurídico, apresentar a redação final das proposições, salvo nos casos em que essa incumbência estiver expressamente deferida por este Regimento a outra Comissão, e manifestar-se quanto ao mérito das proposições nos casos de: 1. reforma da Constituição; 2. licença ao Governador para interromper o exercício das suas funções ou ausentar-se do Estado; 3. Poder Judiciário; 4. Ministério Público; 5. Defensoria Pública; 6. declaração de utilidade pública de associações civis; 7. consolidação de leis e revogação expressa de proposições legislativas não recepcionadas por normas constitucionais.

fundamental nas casas legislativas a existência de uma procuradoria própria, organizada em carreira, integrada por advogados públicos concursados e estáveis, vinculada à Mesa Diretora, atuando com independência técnica inclusive no processo legislativo para o fim de qualificar juridicamente o produto final, sem interferir no espaço de decisão política, mas delimitando-o segundo os parâmetros formais e materiais estabelecidos nas normas superiores.

3. Procuradorias legislativas

As procuradorias legislativas encontram o seu fundamento principiológico na separação dos Poderes e na materialidade da norma-regra constitucional que assina a autonomia funcional e organizacional das duas casas que compõem o Poder Legislativo nacional¹²⁶ e que se espalha como modelo estrutural para os parlamentos dos demais entes federativos periféricos, corolário da competência legislativa que exercem nos marcos da federação¹²⁷.

Demais disso, malgrado serem entes despersonalizados e despatrimonializados, as casas legislativas têm reconhecida pela jurisprudência a sua capacidade processual para a defesa em juízo de suas prerrogativas institucionais, exercida por órgãos jurídicos próprios, aos quais são atribuídas ademais funções de assessoramento¹²⁸, com vistas à qualificação de suas atividades-fim.

¹²⁶ Vide artigo 51, inciso IV e artigo 52, inciso XIII, CRFB.

¹²⁷ No âmbito do Estado de São Paulo, a Procuradoria da Assembleia Legislativa encontra-se explicitamente prevista no texto constitucional local, conforme disposição do artigo 30 da Constituição do Estado de São Paulo.

¹²⁸ STF, ADI 1.557-DF, Relator Ministro Octavio Galloti: “1. Ação direta oposta, mediante invocação dos artigos 67, §1º, II, c, e 132 da Constituição, à criação da Procuradoria – Geral da Câmara Legislativa, com funções destacadas das atribuídas à Procuradoria – Geral do Distrito Federal. 2. Reconhecimento, pela Jurisprudência do Supremo Tribunal, da constitucionalidade da manutenção de assessoria jurídica própria, por Poder autônomo (mesmo não personalizado), bem como de capacidade processual das Casas Legislativas (ADIn 175, RTJ 154/14, Pet 409 – AgRg, RTJ 132/645 e ADIn 825, DJ de 2-7-93) 3- Restrita, porém, essa representação judicial, às hipóteses em que compareça a Câmara a Juízo em nome próprio, não se estendendo às demandas em que deva ser parte a pessoa jurídica Distrito Federal, como, por exemplo, a cobrança de multas, mesmo porventura ligadas às atividades do legislativo. 4- A inconstitucionalidade formal não evidenciada em juízo cautelar”. Ver, ainda, Súmula 525/STJ: A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.

As procuradorias legislativas enquadram-se no regime jurídico geral da Advocacia Pública (artigos 131 e 132 da CRFB), devendo ser organizadas em carreira¹²⁹, integradas por membros efetivos e estáveis¹³⁰, investidos mediante concurso público, vinculadas diretamente à direção da casa parlamentar, com independência técnica para atuar em juízo, realizar o controle interno de juridicidade dos atos administrativos e conferir racionalidade jurídica ao discurso político¹³¹, exercendo, assim, funções essenciais à Justiça, na medida em que atuam para a preservação da supremacia da ordem constitucional, em especial em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

¹²⁹ A espécie normativa para tanto é a resolução por aplicação do disposto nos artigos 51, inc. VI e art. 52, inc. XII, da CRFB. Trata-se de competência privativa do parlamento que, por projeção do princípio da separação dos Poderes, independe da aquiescência do chefe do Executivo, como ocorreria se fosse matéria de reserva legal estrito senso.

¹³⁰ De acordo com a jurisprudência do STF, Tema n. 1010 de repercussão geral – RE 1.041.210-SP, cargos técnicos têm de ser providos por concurso público. Tese firmada: I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

¹³¹ A título de exemplo, de acordo com a Resolução/ALESP n. 776/96, na redação da Resolução/ALESP n. 783/97: Artigo 10 - À Procuradoria da Assembleia Legislativa, vinculada diretamente à Mesa Diretora, à quem está subordinada administrativamente, e orientada pelos princípios estabelecidos no artigo 115 da Constituição do Estado de São Paulo, compete exercer a representação judicial, a consultoria e o assessoramento técnico-jurídico do Poder Legislativo. Artigo 11 - São atribuições da Procuradoria da Assembleia Legislativa: I - exercer a representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo; II - prestar assessoramento jurídico aos membros da Mesa nas questões submetidas ao seu conhecimento e decisão; III - exercer a consultoria jurídica prestando assessoramento técnico-jurídico à Administração da Assembleia em geral, elaborando minutas de contrato, emitindo pareceres sobre os processos administrativos, inclusive licitatórios e, ainda, proceder a estudos jurídicos, quando solicitados pela Secretaria Geral Parlamentar e pela Secretaria Geral de Administração; IV - redigir, por determinação da Mesa, proposições legislativas; V - examinar os contratos, convênios e instrumentos de igual natureza em que a Assembleia for parte. VI - elaborar pareceres técnico-jurídicos, estudos e proposições legislativas.

Nesse diapasão, no que toca à atividade parlamentar de produção normativa, esse corpo jurídico qualificado deverá atuar em pelo menos três frentes: adequação constitucional; compatibilidade regimental e legística formal. Isso com vistas a buscar arranjos normativos adequados ao enfrentamento dos novos desafios próprios da dinâmica social, conformando juridicamente a vocalização volitiva da soberania popular.

Considerando o modelo escalonado de normas em cujo ápice está a Constituição, a qualificação da produção legislativa significa *prima facie* a sua compatibilização formal e material com essa norma superior, o que merecerá enfoque e expertise técnico-jurídico. De nada adiantaria uma proposição materialmente irreparável, que responda com eficiência a determinados problemas enfrentados pela coletividade, se claudicante sob o aspecto formal¹³² ou em desalinho material à Constituição, presente o modelo de constituição rígida.

Disso decorre que a qualificação da produção legislativa tem como pressuposto a integridade constitucional, cabendo aos procuradores legislativos, sem interferir no mérito das proposições, atuando junto às comissões temáticas, em especial as comissões de constituição e justiça, apontar os espaços legitimamente reservados pela ordem constitucional às opções políticas inerentes ao exercício do poder de livre conformação do legislador comum.

Trata-se de atuação minimalista e propositiva, que deve ter como móvel a contribuição ao aprimoramento da legislação e sua coerência sistêmica parametrizada pela Constituição, sem usurpar o núcleo essencial da função legislativa e a dimensão política a ela inerente.

De outra parte, como as normas regimentais são um *standard* de funcionamento parlamentar, as quais devem respeito ao princípio democrático consubstanciado na prevalência da vontade da maioria em

¹³² Vale pontuar que o devido processo legislativo, enquanto respeito ao “iter” constitucional para a elaboração das espécies legislativas, encontra-se reconhecido como *direito fundamental de titularidade difusa* no voto da Min. Rosa Weber, relatora no STF da ADI n. 5.127: “direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado”. (NASCIMENTO 2021, p. 141-170)

concorrência com o respeito à atuação das frações políticas minoritárias, a sua aplicação subordina-se ao mundo do Direito¹³³.

Tradicionalmente, a interpretação/aplicação dos regimentos internos é considerada matéria *interna corporis*, insuscetível de “judicial review”. Disso não se conclui que não sejam tributárias da constitucionalidade, como toda e qualquer emanção do poder constituído¹³⁴. Ou seja, o controle de regimentalidade deve estar alinhado aos signos valorativos e/ou formais superiormente eleitos pela Constituição, de sorte que se faz imprescindível o exame técnico-jurídico na aplicação das “regras do jogo congressional”.

A insindicabilidade judicial da matéria, que importa em se conferir a primeira e a última palavra sobre essa temática ao órgão congressional, reforça a necessidade de os agentes políticos se guiarem por critérios jurídicos a serem indicados por corpo técnico capacitado para tanto.

Além disso, a elaboração legislativa pressupõe o domínio de uma determinada técnica que envolve a redação das proposições, estrutura interna, clareza, logicidade, coerência etc.(DUTRA 2019, p.322), com vistas à elaboração de sentenças linguísticas cognoscíveis pelos destinatários de modo a se converterem em normas jurídicas pela aplicação/interpretação e correlação com todo o sistema, afinal, o Direito não se interpreta/aplica “em tiras” (GRAU 2006).

A importância da legística formal decorre da própria CRFB (art. 59, § único) ao dispor que “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. No plano federal, trata-se da Lei complementar n. 95/98, comando endereçado

¹³³ A observância das regras regimentais como elemento legitimador do produto final encontra-se expressamente prevista no artigo 412 do RISF: “A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos: (...)”.

¹³⁴ O princípio da instrumentalidade das formas e os acordos parlamentares para transpor determinados ritos regimentais (v.g. art. 412, inc. III, do RISF, e art. 150, § único, do RICD) encontram como limite os parâmetros do processo legislativo estabelecidos na CRFB e, sob o aspecto material, especialmente o respeito ao estatuto jurídico das minorias parlamentares, que, em concorrência com o princípio majoritário, conformam a própria ordem democrática.

essencialmente ao legislador imbricado na “arte de legislar”¹³⁵. Não obstante isso, com Dutra (2019, p.324), certo

que a elaboração legislativa é tecnicamente, e sob o ponto de vista da redação propriamente dita – e não da matéria que compõe conteúdo da lei – atividade típica de juristas com conhecimento específico de Legística, tanto em sua face material, como método legislativo, como em sua vertente formal, a técnica legislativa.

Para realização dessas tarefas, necessário que o órgão jurídico de advocacia parlamentar esteja organizado de forma a responder aos desafios e demandas contemporâneos, calcado, assim, em parâmetros de administração gerencial voltada mais aos resultados e menos ao apego às formalidades dos procedimentos burocráticos, de modo a assim densificar o princípio da eficiência, vetor orientador da Administração Pública nacional, nos termos do artigo 37 da CRFB, na redação da EC n. 19/98.

Força convir que o padrão verticalizado e engessado de chefia não apenas não se coaduna com a advocacia, presente a autonomia e independência técnica dos profissionais¹³⁶, como também desatende aos parâmetros de eficiência exigidos pela norma superior, *vis-à-vis* que a dinâmica da busca pelas melhores soluções jurídicas demandam relação comunicacional dialógica¹³⁷, horizontalidade, participação ativa, trocas

¹³⁵ No âmbito do Estado de São Paulo, ver Lei complementar estadual n. 863/99, alterada pela Lei complementar estadual n. 944/03. Essas são leis demandadas pelo artigo 23, § único, n. 16, da Constituição do Estado de São Paulo.

¹³⁶ A matéria foi objeto de súmula editada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, vazada nos seguintes termos: Súmula 2 - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

¹³⁷ “Para Paulo Freire, o mundo social não existiria como tal se não fosse um mundo de comunicabilidade fora do qual não pode se dar o conhecimento humano. Para ele, o mundo é um mundo de comunicação e, com apoio em Eduardo Nicol, considera a relação dialógica, ao lado da relação gnosiológica, lógica e histórica, indispensável ao ato do conhecimento, que não mais pode se reduzir à “tradicional” relação sujeito cognoscente – objeto cognoscível. Segundo Freire, o sujeito pensante não pode pensar sozinho sobre o objeto, pois há uma coparticipação dos sujeitos no ato de pensar, que se dá na comunicação, sem a qual inexistiria o mundo social ou humano: ‘Se o sujeito ‘A’ não pode ter no objeto o termo de seu pensamento, uma vez que este é a mediação entre ele e o sujeito “B”, em comunicação, não pode igualmente transformar o sujeito “B” em

democráticas em espaços públicos deliberativos etc.¹³⁸. Ou seja, a produção jurídica, que implica em extrair dos textos positivados as normas “em estado de potência” (GRAU 2006) nelas involucradas em um contexto historicamente dado, é essencialmente intelectual e criativa, inadaptável a um esquema fabril de linha de montagem fordista como o apontado pela crítica genial de Chaplin em “Tempos Modernos” (1936), menos ainda se coaduna com as limitadoras disciplina e hierarquia da caserna.

Cumprir pontuar que a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo foi pioneira ao estabelecer, ainda em meados da década de 1990, que o Procurador-chefe é um coordenador¹³⁹ dos trabalhos da Procuradoria da ALESP, nos termos do artigo 74 da Resolução ALESP n. 776/96¹⁴⁰, aplicando-se lhe o artigo 8º do Código de Ética e

incidência depositária do conteúdo do objeto sobre o qual pensa. Se assim fosse – e quando assim é -, não haveria nem há comunicação. Simplesmente, um sujeito estaria (ou está) transformando o outro em paciente de seus comunicados’. A comunicação implica em reciprocidade que não pode ser rompida. É ‘comunicar-se em torno de significado significante’. Nesse processo, não haveria sujeitos passivos, pois ‘os sujeitos co-intencionados ao objeto de seu pensar *se comunicam* seu conteúdo’, por um mesmo sistema de signos linguísticos (código e decodificador), razão pela qual a comunicação é diálogo – ‘uma exigência existencial’ -, não mera transmissão.” (CARAJELESOV 2016)

¹³⁸ Modelos de organização do trabalho que favoreçam a participação criativa, via participação inteligente dos sujeitos envolvidos, e que privilegiam os espaços públicos de discussão e deliberação favorecem inclusive a busca pelo prazer no e pelo trabalho. Por outro lado, modelos de organização de trabalho que restringem a mobilização subjetiva, agravam as vivências de sofrimento patogênico. (ANAFE 2021, p. 32).

¹³⁹ Segundo o dicionário HOUAISS (edição eletrônica de 2006), o verbo coordenar comporta os seguintes significados: 1. organizar(-se) de forma metódica; estruturar, ordenar(-se); 2. conjugar, concatenar, interligar; 3. manter ou tornar sincrônico e harmonioso; 4. ser responsável pelo andamento, pelo progresso de (setor, equipe, projeto etc.); dirigir; 5. fazer combinação ou ajuste (de); acertar(-se); 6. ligar por coordenação; encadear.

¹⁴⁰ Resolução da ALESP n. 776/96 - Artigo 74 - Para coordenar os serviços da Procuradoria fica criado 1 (um) cargo de Procurador-Chefe, de provimento em comissão, cujo vencimento e gratificação legislativa são os constantes do Anexo XIII, que será nomeado pela Mesa, dentre os ocupantes do cargo de Procurador da Assembleia Legislativa.

Ocioso dizer que qualquer ação que ultrapasse os significados possíveis do verbo coordenar, especialmente uma hierarquização não prevista na norma e incompatível com a atuação técnica dos procuradores, importa em exorbitância e nulidade dos atos praticados por falta de amparo legal. Nesse sentido, Derly Barreto e Silva Filho (1998 p.147) pontua que “(...) tanto nas relações dos Podres do Estado com as Procuradorias

Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução n. 02/2015, de 19 de outubro de 2015, do Conselho Federal)¹⁴¹, rompendo, assim, com um modelo de direção fundado na hierarquia, verticalidade e culto ao personalismo, o que é característico de um estilo de gestão ultrapassado, obsoleto e, por isso, incapaz de dar respostas aos desafios da modernidade, ou seja, ineficiente.

Como refere Batistela (2019, p.373),

A organização hierárquica da Administração Pública não interfere na independência técnica dos procuradores e advogados públicos porque opera, enquanto técnica de organização do trabalho, em âmbito diverso daquele do exercício da profissão. Como ensinava Hely Lopes Meirelles, ‘não prevalece a hierarquia administrativa, porque não há subordinação no campo da técnica’. Por essa razão o procurador não pode ser obrigado a concluir num ou noutro sentido, nem a seguir determinada linha de argumentação.

Esse movimento no sentido da horizontalização adotado pela ALESP, conquanto necessário, se afigura ainda insuficiente, pois o ideal é que as direções das procuradorias sejam escolhidas pelas Mesas Diretoras dentre os membros da carreira para um mandato com o dela coincidente, por lista tríplice formada pelo colégio eleitoral de todos os seus integrantes, em votação direta, secreta, plurinominal e obrigatória. Isso carrega a vantagem de oportunizar ao poder político um leque de opções sobre o qual recairá a escolha final, com a segurança de que os

quanto no relacionamento dos advogados públicos entre si, não há espaço para hierarquia, entendida como ‘relação de subordinação existente entre vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um’. Não há lugar para imposição de ordens”.

¹⁴¹ Resolução do CFOAB n. 02/2015 - Art. 8º As disposições deste Código obrigam igualmente os órgãos de advocacia pública, e advogados públicos, incluindo aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica. § 1º O advogado público exercerá suas funções com independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade, sempre que possível. § 2º O advogado público, inclusive o que exerce cargo de chefia ou direção jurídica, observará nas relações com os colegas, autoridades, servidores e o público em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará suas prerrogativas e o direito de receber igual tratamento das pessoas com as quais se relacione.

indicados na lista tríplice foram pré-selecionados pelo conjunto dos procuradores¹⁴².

Essa dupla legitimação do Procurador-Geral visa a promover o equilíbrio entre a decisão política do poder nomeante, que, a bem do princípio da transparência, não deve ficar adstrita a ajustes de gabinete, e a adesão dos pares, de sorte a melhor realizar o princípio da eficiência.

A previsão de mandato representa, por um lado, a garantia da autonomia plena do órgão jurídico, cuja direção não deve estar à mercê de ingerências de natureza política e, por outro, a benfeitoria possibilidade de alternância de comando, essencial a um ambiente arejado e democrático, além de uma barreira aos carreiristas que almejam se eternizar na função em troca de prebendas ou para aplacar veleidades e afetações¹⁴³.

Evita-se, assim, vícios como a apropriação dos cargos de direção por seus detentores, comprometendo a racionalidade técnica dos trabalhos e muitas vezes levando à desestruturação material e humana do órgão. Em poucas palavras: sujeitando o interesse público ao interesse particular, revelando os velhos vícios do patrimonialismo que corrói o Estado por dentro e que deve ser repellido e combatido a bem dos ideais republicanos.

Para garantir um espaço de diálogo democrático institucionalizado, afigura-se fundamental a criação de um órgão colegiado, um “Conselho da Procuradoria” composto pela totalidade de seus membros efetivos¹⁴⁴, instância máxima de decisão do órgão jurídico, dotado de competências administrativas, disciplinares e de uniformização de posicionamentos jurídicos, com vistas a conferir maior segurança jurídica às suas orientações técnicas, administrativas ou parlamentares, e das teses defendidas em juízo¹⁴⁵.

¹⁴² Convém anotar que esse processo de escolha tem se mostrado bastante exitoso, por exemplo, no âmbito das Defensorias Públicas (da União, SP, RJ, BA etc.).

¹⁴³ Embora no projeto apresentado na sequência não haja limitação de mandatos, nada impede que, com o amadurecimento dos debates sobre o tema, se estabeleça essa previsão.

¹⁴⁴ Geralmente as procuradorias legislativas são carreiras enxutas, o que favorece esse modelo que convoca a participação de todos, com obrigações, deveres e direitos a ela inerentes.

¹⁴⁵ Em conformidade com as seguintes súmulas do Conselho Federal da OAB: n. 4: “As matérias afetas às atividades funcionais, estruturais e orgânicas da Advocacia Pública devem ser submetidas ao Conselho Superior do respectivo órgão, o qual deve

4. Conclusões

A qualificação da atuação legislativa está diretamente relacionada à compatibilização das necessárias inovações na ordem jurídica, próprias de uma sociedade dinâmica e aberta, ao espaço de conformação política pré-estabelecido pela Constituição, normativa superior que organiza e confere coerência formal e material ao sistema jurídico.

Para exaurir plenamente todas as possibilidades programáticas da representação política escrutinada nas eleições, é imperativo que os parlamentos disponham de corpo técnico-jurídico qualificado, organizado em carreira, estável, dotado de independência técnica para traduzir e converter o discurso da política em linguagem jurídica nos limites e segundo os trâmites estabelecidos pela lei teto.

Cuidam-se de misteres privativos da advocacia pública, que não deve ser o estuário de tarefeiros ou burocratas autômatos, mas atividade intelectual e criativa, espaço de intercâmbios de saberes e de experiências, cujo órgão jurídico deve estar organicamente estruturado de modo a permitir que todas essas potencialidades se manifestem e se desenvolvam, com vistas a melhor atender aos destinatários finais das ações estatais, ou seja, as cidadãs e os cidadãos.

Imbuído desse espírito, no contexto dos estudos para a reestruturação administrativa da ALESP, este autor sugeriu a modernização da estrutura de sua Procuradoria, órgão previsto na Constituição deste Estado (art. 30), com vistas a corrigir rotas e promover de forma plena os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, especialmente o da eficiência, moralidade, legalidade e impessoalidade, bem como romper com o patrimonialismo, cuja legitimidade se assenta, como pontuou Faoro, no tradicionalismo – “assim é porque sempre foi” (FAORO 2008, p.819).

A proposta abaixo baseou-se em amplo e sedimentado debate no âmbito das advocacias públicas, cujas conclusões foram sumuladas

resguardar a representatividade das carreiras e o poder normativo e deliberativo.” n. 3: A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação”. n. 5 – “Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função. As remoções de ofício devem ser amparadas em requisitos objetivos e prévios, bem como garantir o devido processo legal, a ampla defesa e a motivação do ato”.

pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e se apresenta como um “início de conversa” e não como um ponto final, pois o seu aperfeiçoamento convoca esforço de (re)construção coletiva, potencialmente reproduzível em várias escalas e parlamentos.¹⁴⁶

PROPOSTA DE ESTRUTURA DA PROCURADORIA DA ALESP

CAPÍTULO/SEÇÃO ____: DA PROCURADORIA DA ALESP

Artigo 1º - Compete ao Procurador-Geral, função gratificada designada pela Mesa Diretora mediante lista elaborada pelo Conselho da Procuradoria entre os 3 (três) integrantes da carreira mais votados para um mandato de 2 (dois) anos, coincidente com o da Mesa Diretora, coordenar e orientar as atividades da Procuradoria.

§1º – Além das atribuições descritas no *caput* deste artigo, igualmente compete ao Procurador-Geral:

- 1 – propor ao Conselho da Procuradoria a fixação de teses ou súmulas de orientação jurídica e administrativa da instituição;
- 2 – propor ao Conselho da Procuradoria o desenvolvimento institucional e a atuação funcional da Procuradoria da Assembleia Legislativa, seus objetivos estratégicos, diretrizes e programas de metas;
- 3 – providenciar os meios e recursos necessários para o adequado andamento dos trabalhos da Procuradoria;
- 4 – atuar em regime de colaboração com os demais órgãos, Procuradores e servidores;
- 5- estabelecer o relacionamento institucional da Procuradoria perante a Administração da Assembleia Legislativa ou fora dela;
- 6 – com autorização da Mesa Diretora, desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da Assembleia Legislativa;
- 7 – propor ao Conselho da Procuradoria a definição de parâmetros, nos casos não previstos em lei, para o não ajuizamento, desistência, transação, compromisso e confissão nas ações judiciais de interesse da Assembleia Legislativa;

¹⁴⁶ Nota editorial: cabe ressaltar que esta proposta, dada sua natureza particular relacionada à estruturação da Alesp, não representa necessariamente a opinião da *Revista do ILP* e do Instituto do Legislativo Paulista. A bem do debate democrático, a *Revista do ILP* se coloca à disposição daqueles que desejarem expressar opiniões divergentes, em seção apropriada no próximo número do periódico, analisada a pertinência da colocação.

- 8 – exercer em caráter não exclusivo as prerrogativas processuais, inclusive as relacionadas às citações, intimações e notificações nas ações propostas contra a Assembleia Legislativa;
- 9 – propor ao Conselho da Procuradoria a estrutura, a organização e as atribuições da Procuradoria da Assembleia Legislativa;
- 10 – propor ao Conselho da Procuradoria a indicação dos Procuradores Coordenadores de Área e do Centro de Estudos;
- 11 – designar os Procuradores para o exercício das funções gratificadas de Coordenador de Área e do Centro de Estudos aprovados pelo Conselho da Procuradoria;
- 12 – propor ao Conselho da Procuradoria a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar contra integrante da carreira de Procurador;
- 13 – supervisionar e dirigir, com o auxílio do apoio operacional e dos demais Procuradores, as atividades dos estagiários na Procuradoria;
- 14 – propor à Mesa Diretora a grade de substituição automática do Procurador-Geral;
- 15 – encaminhar à Mesa Diretora a lista tríplice prevista no *caput*;
- 16 – encaminhar ao Conselho da Procuradoria, até o décimo dia de novembro, a escala de teletrabalho dos Procuradores para o ano subsequente.
- 17 – encaminhar à Mesa Diretora a proposta de aplicação de pena de demissão ou demissão a bem do serviço público aprovada pelo Conselho da Procuradoria;
- 18 – aprovar pareceres e orientações à Mesa Diretora e aos demais órgãos da Assembleia Legislativa;
- 19 – dirimir conflitos entre as Coordenadorias de áreas da Procuradoria;
- 20 – convocar e presidir o Conselho da Procuradoria.

§2º - Nas ausências do ocupante da função de Procurador-Geral, responderá pelo expediente da Procuradoria os Procuradores previstos respectivamente na grade de substituição automática.

§3º - O Procurador-Geral, no curso do mandato, poderá ser destituído por unanimidade da Mesa Diretora titular, hipótese em que haverá nova designação na forma do artigo 1º.

Artigo 2º – Ao Conselho da Procuradoria, presidido pelo Procurador-Geral, e integrado pela totalidade dos membros da carreira de Procurador, compete:

- I – aprovar o seu regimento interno;
- II – elaborar a lista integrada pelos 3 (três) Procuradores mais votados pela carreira, em votação direta, secreta, plurinominal e obrigatória, a ser encaminhada à Mesa Diretora para a escolha do Procurador-Geral;
- III – aprovar a fixação de teses ou súmulas de orientação jurídica e administrativa da instituição proposta pelo Procurador-Geral ou por qualquer de seus membros;

Análise de Impacto Legislativo

- III – aprovar o desenvolvimento institucional e a atuação funcional da Procuradoria da Assembleia Legislativa, seus objetivos estratégicos, diretrizes e programas de metas;
- IV – aprovar a definição de parâmetros, nos casos não previstos em lei, para o não ajuizamento, desistência, transação, compromisso e confissão nas ações judiciais de interesse da Assembleia Legislativa;
- V – aprovar a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar contra integrante da carreira de Procurador;
- VI – aprovar, por maioria absoluta, a proposta de aplicação a Procurador de pena de demissão ou demissão a bem do serviço público a ser encaminhada à Mesa Diretora;
- VII – aprovar a indicação dos Procuradores Coordenadores de Área e do Centro de Estudos;
- VIII – designar, por maioria absoluta, os membros da Corregedoria;
- IX – aprovar a escala de teletrabalho dos Procuradores e definir seus critérios;
- X – fixar os critérios de distribuição de processos, expedientes, protocolados e demais documentos da Procuradoria, obedecidos os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência;
- XI – aprovar o regimento interno da Corregedoria da Procuradoria e as atribuições dos Coordenadores de área;
- XII – propor à Mesa Diretora a abertura de processo disciplinar contra o Procurador-Geral;
- XIII – aprovar a remoção de área de Procurador, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- XIV – fixar os parâmetros de produtividade da Procuradoria;
- XV – resolver os casos omissos.

§ 1º – O Conselho da Procuradoria se reunirá mensalmente na sede da Procuradoria da Assembleia, podendo ser convocadas reuniões extraordinárias, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, pelo Procurador-Geral ou pela maioria de seus membros.

§ 2º - As reuniões ordinárias do conselho da Procuradoria serão convocadas pelo Procurador-Geral ou, em seu silêncio, por um terço de seus membros.

§ 3º - O Conselho da Procuradoria, salvo disposição em contrário, deliberará por maioria simples, presente a maioria absoluta de seus membros.

Artigo 3º - A Procuradoria será organizada por meio das seguintes áreas:

- I- Coordenadoria da Área do Contencioso Geral;
- II – Coordenadoria da Área de Consultoria Administrativa de Licitações e Contratos;
- III – Coordenadoria da Área de Consultoria Administrativa de Pessoal e de Assuntos Internos;
- IV – Coordenadoria da Área de Assuntos Parlamentares;

V – Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria da ALESP¹⁴⁷.

§1º – As atividades correcionais da Procuradoria da Assembleia Legislativa serão desempenhadas pela Corregedoria, constituída por 1 (um) Procurador-Corregedor e por 2 (dois) Procuradores-Corregedores-Auxiliares, designados pelo Conselho da Procuradoria, nos termos do regulamento aprovado pelo Conselho da Procuradoria.

§2º – Os Coordenadores de Área e do Centro de Estudos serão designados mediante a atribuição de função gratificada, por indicação do Procurador-Geral e aprovação do Conselho da Procuradoria, entre os ocupantes do cargo de Procurador da Assembleia Legislativa.

§3º – No exercício da atividade de administração da Procuradoria da Assembleia Legislativa, funcionará, junto ao Gabinete do Procurador-Geral, o apoio operacional e de expediente, cujo encarregado será designado pelo Procurador-Geral dentre os servidores lotados na Procuradoria da Assembleia Legislativa.

§4º – O apoio operacional e de expediente, respondendo diretamente ao Procurador-Geral, prestará serviços de apoio aos Procuradores da Assembleia Legislativa.

§5º - Portaria do Procurador-Geral organizará as atribuições de apoio operacional do expediente.

§6º - Compete ao Centro de Estudos da Procuradoria da ALESP publicar, periodicamente, a “Revista Jurídica 9 de Julho”, organizar e participar de congressos, cursos e seminários jurídicos de interesse da ALESP, além de outras atividades afins.

Artigo 4º – Os Procuradores da Assembleia Legislativa terão a produtividade avaliada periodicamente de acordo com parâmetros estabelecidos pelo Conselho de Procuradores e não se encontram submetidos ao controle de ponto.

¹⁴⁷ A criação de um centro de estudos vinculados à Procuradoria objetiva, além de promover o debate acerca de temas jurídicos de interesse da ALESP, publicizar a produção jurídica do órgão, convertida, assim, esta, em bem público que poderá ser apropriado por toda a coletividade. Traduz-se também em instrumento de prestação de contas (*accountability*) à sociedade paulista acerca dos trabalhos desenvolvidos pelo órgão jurídico da Casa.

Artigo 5º – Os Procuradores da Assembleia Legislativa, no desempenho de suas funções, gozam de autonomia técnica e de todas as garantias e prerrogativas da advocacia previstas na legislação.

5. Referências Bibliográficas

- AGRA, Walber M. (2003). **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: RT.
- ANAFE (2001). **Diagnóstico dos Riscos Psicossociais Relacionados ao Trabalho dos membros das carreiras da Advocacia Pública Federal**, Porto Alegre.
- BATISTELA, Marcos. (2019). As prerrogativas profissionais da advocacia pública. *In: Mourão, C.F. e Hirose, R.T. (coords.). Advocacia Pública contemporânea. Desafios da defesa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, p.355-381.
- CANOTILHO, J.J.G. (2001). **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editores.
- CARAJELES COV, Yuri (2016). Mídia, direito, desenvolvimento e democracia no Brasil. Tese (Doutorado em Direito Econômico), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CASSEB, Paulo A. (2008). **Processo Legislativo. Atuação das Comissões Permanentes e Temporárias**. São Paulo: RT.
- CUNHA, Dirley (Jr.) (2007). **Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. Salvador: Podivm, 2007.
- DUTRA, Carlos R.A. (2019). Elaboração Legislativa e a Advocacia Pública. *In: Mourão, C.F. e Hirose, R.T. (coords.). Advocacia Pública contemporânea. Desafios da defesa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, p.313-333.
- FAORO, Raymundo (2008). **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Globo.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Freitas Bastos.
- GELLI, Maria A. (2008). **Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada**. 3.ed. Buenos Aires: La Ley.
- GRAU, Eros R. (2006). **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros.
- KELSEN, Hans (2003). **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes.
- NASCIMENTO, Roberta S. (2021). Devido Processo Legislativo e Qualidade de Deliberação Legislativa. *Revista da Advocacia do Poder Legislativo*, 2: 141-170.

SILVA, Derly B. (Fº.) (1998). O controle de legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista de Informação Legislativa*.35(139): 143-154.

Yuri Carajelescov

Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Advogado em São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

IMPULSO LEGISLATIVO: A AVALIAÇÃO DO IMPACTO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO.

*OPENING OF LEGISLATIVE PROCESS: THE EVALUATION
OF THE FINANCIAL AND BUDGETARY IMPACT*

Bruno Mitsuo Nagata

Resumo

A avaliação do impacto financeiro e orçamentário da legislação prospectiva é fundamental para preservar a Administração de gastos inconsistentes, irrefletidos e ineficientes, sobretudo quando considerada as limitações de recursos frente às necessidades públicas sempre crescentes. Nesse sentido, é preciso construir um arcabouço sistêmico que venha a dar compulsoriedade jurídica à imperiosa necessidade de avaliação prévia do impacto financeiro e orçamentário da norma a ser posta no ordenamento. Assim, concorrem para esse arcabouço sistêmico os princípios constitucionais, as normas constitucionais orçamentárias, as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal e art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Palavras-chave: Processo legislativo. Avaliação. Impacto financeiro e orçamentário.

Abstract

The evaluation of the financial and budgetary impact of potential legislation is essential to preserve the Government from inconsistent, unreasonable and inefficient public expenses, especially when considered the limitations of public funds facing the always growing public needs. That way, it is necessary to build a particular legal system that provides a legal basis to support the requirement of a previous evaluation of the financial and budgetary impact to the forthcoming norm. Thus, constitutional principles, budgetary constitutional norms, the rules of the Fiscal Responsibility Brazilian Law and the article

113 of the Transitional Provisions Act of the Brazilian's Constitution contribute to this legal framework.

Keywords: Legislative process. Evaluation. *Financial and budgetary impact.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Regime jurídico da avaliação do impacto financeiro e orçamentário. 2.1. Princípios constitucionais. 2.2. Normas constitucionais orçamentárias. 2.3. Lei de Responsabilidade Fiscal. 2.4. O artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. 3. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Qualquer ação minimamente planejada, em qualquer âmbito – seja ele público ou privado – supõe uma reflexão detida sobre as contingências elementares que podem levar ao sucesso ou ao fracasso do objetivo almejado.

Não é preciso grande expertise em ciências da administração para compreender que o aspecto financeiro é uma dessas contingências e constitui-se, assim, o ponto de partida de qualquer projeção futura, devendo ser cotejado com toda a sorte de previsões, riscos e conjunturas no intuito de verificar procedência prática da ação a ser executada.

Logo, perguntas simples como “qual a minha disponibilidade econômica?”, “qual o custo das ações e projetos que serão executados?”, “qual o impacto financeiro, atual e futuro, da implementação do projeto?” e “qual o custo-benefício a ser obtido com as alocações de recursos?” devem ser inequivocamente respondidas, sob pena de não se comprovar a viabilidade dos projetos ou, mais gravemente, de conduzir ao prejuízo patrimonial.

Se na iniciativa privada essas questões são consideradas com extrema seriedade, pois podem conduzir à ruína econômica, infelizmente, no âmbito público, parece haver uma certa cumplicidade com o mau planejamento financeiro e orçamentário. Vários fatores promovem essa indulgência: a falta de transparência, as dificuldades inerentes ao controle prévio e concomitante da despesa, a falta de expertise técnica e, também, a titularidade difusa do patrimônio público

podem ser citados como vetores que dificultam censurar e prevenir o planejamento deficiente.

Diante desse cenário, importa enfrentar os problemas na origem e focar a atenção na seara da produção legislativa. Isso porque, no Estado de Direito, a Administração está constricta pela lei e, por maior que seja o plexo de discricionariedade concedido pelo ordenamento, cabe sempre à norma definir os horizontes da atuação administrativa.

Nesse contexto, a promoção de políticas públicas, a implementação de direitos de garantias fundamentais e o fornecimento de bens e serviços aos administrados dependem, fundamentalmente, de regulações legislativas que, por óbvio, devem ser precedidas de adequado planejamento, sendo a análise do impacto financeiro e orçamentário o principal viés dessa estruturação programática.

Assim, as linhas que seguem buscam lançar luzes sobre o regime jurídico avaliação financeira e orçamentária da legislação prospectiva e reforçar sua observância, porque, como pondera o professor José Maurício Conti (2020, p.23): “constata-se que não se dá a devida importância ao planejamento, suas técnicas não estão sendo aplicadas, normas não são cumpridas, e a sociedade sofre com uma Administração Pública ruim”.

2. Regime jurídico da avaliação do impacto financeiro e orçamentário

Os atores do processo legislativo não estão isentos de demonstrar a adequação financeira e orçamentária dos projetos de lei que apresentam. Nesse sentido, impende demonstrar o regime jurídico que os constroem a comprovar que a futura legislação não trará impactos negativos nas finanças públicas.

Este regime jurídico está assentado em princípios constitucionais reitores, nas normas constitucionais aplicáveis ao planejamento orçamentário, nas regras de responsabilidade fiscal e na disposição constitucional específica que determina que as proposições legislativas criadoras de despesa devem vir acompanhadas de estimativa de impacto financeiro e orçamentário.

2.1. Princípios constitucionais

Os princípios que regem a Administração Pública abarcam, sem dúvida, a função legiferante do Estado.

Em grande medida, essa privativa atribuição estatal é submetida à disciplina de diplomas regimentais de natureza infralegal de modo a requisitar, invariavelmente, a incidência de axiomas normativos seja para colmatar eventuais lacunas, seja em razão do amparo interpretativo que tutela correta aplicação dos Regimentos das Casas Legislativas.

A par disso, é possível extrair do Texto Maior um repertório principiológico que impõe aos autores dos projetos de lei um dever de bem planejar suas proposições.

Assim, princípios como os da motivação, eficiência e moralidade concorrem para exigir daqueles que deflagram o processo legislativo a demonstração de que suas propostas são lastreadas em justificativas pertinentes e idôneas, encampando medidas razoáveis, proporcionais e, sobretudo, consentâneas com o binômio recursos *versus* resultados pretendidos (NAGATA 2020).

Ainda, o objetivo central do ordenamento jurídico consubstanciado na efetivação de uma série de direitos individuais e coletivos demanda aportes financeiros consideráveis. Logo, consideradas as limitações dos recursos face às crescentes necessidades públicas, o planejamento alocativo das ações previstas no projeto se faz indeclinável no intuito de preservar os escassos recursos do erário e, assim, maximizar a concretização dos direitos fundamentais.

Não se pode tolerar, portanto, a má gestão e permitir que programas irrefletidos ou mal dimensionados do ponto de vista orçamentário prejudiquem os cofres públicos em detrimento do adequado financiamento de políticas públicas promotoras do bem comum.

2.2. Normas constitucionais orçamentárias

As Leis Orçamentárias que, em última análise, recolhem e positivam todo o planejamento alocativo da Administração são o ponto de partida de qualquer avaliação de impacto legislativo.

Pelo Princípio da Unidade Orçamentária, todas as receitas e as despesas do Estado devem estar previstos nas leis de orçamento que, no Brasil, se estruturam em três grandes peças de planejamento: o Plano

Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA.

Consoante estabelecido na Constituição (arts. 165 e seguintes), as Leis de Meio fixam a estruturação financeira de longo prazo (PPA), estabelecem as diretrizes orçamentárias, com metas de déficit ou superávit, critérios de contingenciamento e a política fiscal (LDO), bem como autorizam as despesas e fixam a receita para o exercício financeiro (LOA).

Nesse sentido, qualquer proposta legislativa que venha a onerar o erário deve guardar consonância com o previsto na legislação orçamentária. Nesse sentido é expresso o artigo 167 da Constituição:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Assim, todos os projetos de lei que, em alguma medida, desguarnecem os cofres públicos deverão demonstrar a adequação com as leis de orçamento, indicando não só as dotações que serão oneradas, mas, sobretudo, será importante comprovar que a legislação prospectiva não acarretará impacto nas metas das diretrizes orçamentárias e, ainda, que estará coerente com o planejamento de longo prazo da Administração Pública.

2.3. Lei de Responsabilidade Fiscal

Paralelamente à matriz constitucional orçamentária, a disciplina da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar Federal 101/2000 (LRF), deve ser obrigatoriamente contrastada com os projetos legislativos de modo a evidenciar que a futura norma estará de acordo com os preceitos de responsabilidade fiscal.

Especificamente, se a legislação gestada criar ou aumentar a despesa pública há que se observar, compulsoriamente, as dicções dos artigos. 15, 16 e 17 da LRF.

Sinteticamente, tais dispositivos trazem a necessidade de que a proposta de lei demonstre a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois

subsequentes e, ainda, que o ônus financeiro tenha compatibilidade com a LOA, com a LDO e com o PPA.

Do mesmo modo, as isenções e os benefícios tributários, mesmo não se categorizando como despesas públicas, devem observar as mesmas condicionantes quando de sua concessão, tal como prescreve o art. 14 da LRF (conforme os estudos de HENRIQUES 2010).

Nesse sentido, os projetos de lei que encaminharem proposições de renúncias de receitas, na medida em que oneram os cofres públicos, devem vir acompanhadas de estimativa de impacto orçamentário que considere o exercício em que o benefício entrará em vigor e os dois subsequentes, bem como deverá demonstrar que os incentivos não comprometem o planejamento orçamentário em vigor.

Portanto, as proposições legais não podem se furtrar à observância da LRF, cabendo aos autores dos projetos indicar, com metodologia fidedigna, que as despesas relacionadas à futura norma não afetam equilíbrio fiscal e o saneamento das contas públicas.

2.4. O artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT

A Emenda Constitucional 95/2016, ao dispor regras para o Novo Regime Fiscal, incluiu no ADCT o artigo 113, que preconiza: “A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

Ressalto que essa alteração constitucional fechou a abóboda do sistema normativo que torna compulsório o adequado planejamento financeiro dos projetos legislativos.

Pois, reconheça-se que, embora houvesse um lastro jurídico que obrigasse a comprovação de estimativa de impacto financeiro e orçamentário, não havia, propriamente, mecanismos de coerção que pudessem corrigir o descumprimento dessa exigência, inexistindo remédios jurídicos específicos para sanar essa eventual deficiência do processo legislativo.

No entanto, essa nova matriz veiculada pelo Texto Magno trouxe um novo paradigma que franqueia o controle de constitucionalidade, permitindo a censura judicial do procedimento de gênese das leis que descumpra essa particular determinação. Nesse contexto, já há precedente da Corte Constitucional:

Constitucional. Tributário. Imunidade de igrejas e templos de qualquer crença. ICMS. Tributação indireta. Guerra fiscal. Concessão de benefício fiscal e análise de impacto orçamentário. artigo 113 do adct (redação da ec 95/2016). Extensão a todos os entes federativos. INCONSTITUCIONALIDADE. [...] 2. A norma estadual, ao pretender ampliar o alcance da imunidade prevista na Constituição, veiculou benefício fiscal em matéria de ICMS, providência que, embora não viole o artigo 155, § 2º, XII, 'g', da CF — à luz do precedente da CORTE que afastou a caracterização de guerra fiscal nessa hipótese (ADI 3421, relator ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2010, DJ de 58/5/2010) —, exige a apresentação da estimativa de impacto orçamentário e financeiro no curso do processo legislativo para a sua aprovação. 3. A Emenda Constitucional 95/2016, por meio da nova redação do artigo 113 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esses que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, dirige-se a todos os níveis federativos. 4. Medida cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente" (ADI 5.816, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 5/11/2019).

Portanto, a norma inserida pelo art. 113 do ADCT, em que pese transitória, certamente, deixará frutos pedagógicos na medida em que os propositores dos projetos de lei se verão obrigados, ao menos por 20 exercícios financeiros, a demonstrar a adequação financeira e orçamentárias das leis que pretendem inserir no ordenamento jurídico.

De outra sorte, esse dispositivo poderá ensejar, conforme consolidada jurisprudência do STF, a impetração de Mandado de Segurança por parlamentar detentor de mandato, visando a correção do processo legislativo que falhou ao comprovar a estimativa financeira e orçamentária do projeto de lei.

3. Referências Bibliográficas

CONTI, José M. (2020). **O planejamento orçamentário da Administração Pública no Brasil**. São Paulo: Blucher Open Access.

NAGATA, Bruno M. (2020). Inovações legislativas em tempos de pandemia: a necessidade do controle judicial da motivação no processo legislativo. *In: CUNHA, A.C. (Fº.) et al. (coords.). Direito em Tempos de Crise; COVID-19*. v1.. São Paulo: Quartier Latin, p.307-317.

HENRIQUES, Elcio F. (2010). **Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin.

Bruno Mitsuo Nagata

Agente de Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo.

ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO *EX ANTE* E *EX POST*: A ATIVIDADE LEGISLATIVA SOB AS PREMISSAS DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE IMPACT EX ANTE AND EX POST: THE LEGISLATIVE ACTIVITY UNDER THE PREMISES OF THE LOGICAL- SEMANTIC CONSTRUCTIVISM

Ronaldo José de Andrade

Resumo

A investigação acerca da análise de impacto legislativo em suas perspectivas temporais, *ex ante* e *ex post*, tem tomado lugar em discussões acadêmicas e a sua investigação com o emprego do Constructivismo Lógico-Semântico como fio condutor da pesquisa demonstra a relevância da inclusão dessa etapa de análise tanto no processo legislativo como também quando da vigência e execução das respectivas disposições legais. Este fio condutor adotado como método demonstra que a análise *ex ante* constitui instrumento apto a revelar o devido contexto em que se instaura o processo comunicacional entre o parlamento e os destinatários do texto de lei em elaboração. Além disso, esse instrumento, ao se voltar para o diagnóstico do recorte do mundo social para o qual se volta a atividade legislativa, aprimora o suporte de referência deste ato de comunicação. Atua enquanto meio de controle do processo legislativo sob a perspectiva dos riscos apontados pela teoria da escolha pública e contribui também na necessária verificação que compete ao Estado-Legislator a fim de se certificar que a atuação do Estado Regulador delimitada pela subsidiariedade da ação do Estado não transborde os seus limites. Já a análise *ex post* permite que sejam aferidos os resultados alcançados nesse processo comunicacional, de forma a conferir efetividade aos textos de lei, como denotado pelo caso concreto objeto do Acórdão TCU nº 3.141/20, referente a normas jurídicas de fomento à PD&I.

Palavras-chave: Análise de impacto legislativo *ex ante* e *ex post* – Construtivismo Lógico-Semântico – Estado Regulador – princípio da subsidiariedade – Teoria da escolha pública PD&I.

Abstract

The investigation concerning the analysis of legislative impact in its both temporal perspectives, ex ante and ex post, has been taking place in academic discussions and its investigation with the use of Logical-Semantic-Constructivism as a guideline of the research demonstrates the relevance of the inclusion of this stage analysis both in the legislative process as well as when the respective legal arrangements are in force and execution. This guideline taken as a method demonstrates that the ex ante analysis is an instrument capable of revealing its proper context in which the communication process between Parliament and the addressees of the draft law is established. In addition, this instrument, when focusing on the diagnosis of the social world to which the legislative activity is directed, improves the reference support of communication. It acts as a means of controlling the legislative process from the perspective of the risks pointed out by the theory of public choice and also contributes to the necessary verification that is the responsibility of the Legislative State in order to certify that the action of the Regulatory State delimited by the subsidiarity of the State's action does not transcends its limits. The ex post analysis, on the other hand, allows the results achieved in this communication process to be measured, in order to give effectiveness to the texts of the law, as denoted by the concrete case object of TCU Judgment n.º. 3.141/20, referring to legal norms to promote RD&I..

Keywords: *Ex ante and ex post legislative impact analysis. Logical-Semantic Constructivism. Regulatory State. Principle of subsidiarity. Public choice theory. RD&I.*

Sumário: **1.** Introdução. **2.** A elaboração do texto de lei sob a perspectiva do construtivismo lógico-semântico. **2.1.** Considerações iniciais. **2.2.** A construção de sentido no processo de elaboração de textos de lei. **3.** O Estado Regulador sob as luzes da *public choice* e do princípio da subsidiariedade. **3.1.** Considerações iniciais. **3.2.** O Estado Regulador: a perspectiva da *public choice* na escolha de elementos a partir do *contexto* para elaboração de textos de lei. **3.3.** O Estado Regulador: o *princípio da subsidiariedade* delimitando a atividade do legislador. **4.** O plano pragmático de normas de execução de

política pública em um caso concreto: avaliação *ex ante* e *ex post* de processo legislativo, a partir do Acórdão TCU nº 3141/2020.
5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A questão relativa à análise do impacto de textos de lei tem sido mais recentemente objeto de debates, estudos e investigações, e também de propostas legislativas. Todavia, há uma perspectiva que ainda não se encontra muito difundida nos estudos até então realizados, que vem a ser a própria modificação do papel do Estado, e que se reflete na doutrina administrativista com a referência ao Estado Regulador. A assunção de uma função subsidiária do Estado no cenário econômico-social como fomentador da busca do equilíbrio entre interesses contrapostos em um mundo globalizado importa em maiores responsabilidades no exercício de sua função legiferante e é nesse contexto que esta investigação se propõe a investigar a análise de impacto legislativo.

O ponto de partida da investigação exposta neste artigo parte da construção do texto normativo sob a perspectiva do construtivismo lógico-semântico, a fim de destacar o contexto em que se dá a elaboração dos textos de lei que integram o direito positivo. A proposta desenvolvida neste item é aproximar a construção de normas jurídicas contidas nos textos de lei da precisão metodológica própria da investigação desenvolvida na Ciência do Direito, o que se torna possível, segundo a ideia defendida, por meio da elaboração de diagnóstico da situação concreta do mundo fenomênico que uma proposta legislativa pretenda modificar.

Diagnóstico esse que se traduz, como proposto no artigo, por meio da apreensão do conjunto de dados e informações pertinentes ao setor do corpo social objeto de cada projeto de lei. É este processo de apreensão se revelará tanto mais preciso de acordo com a escolha do suporte de referência adequado. O objetivo deste item será demonstrar que a análise *ex ante* das propostas legislativas cumpre essa função de diagnóstico e de conferir ao projeto de lei o suporte de referência que qualifique a sua propositura e deliberação pelo parlamento.

Tal linha de pensamento deriva da premissa adotada, com o emprego do Constructivismo Lógico-Semântico. Essa tomada de posição inicial resulta em que a elaboração de um texto legislativo deve ser compreendida como um ato comunicacional no curso do qual o seu emissor, o parlamento, utiliza a linguagem para recortar os eventos do mundo fenomênico visando construir a realidade jurídica presente nos textos legais a fim de disciplinar condutas e estipular relações jurídicas. Justamente pelo fato de esse processo de construção se desenvolver a partir de um determinado sistema de referência, este item do artigo exporá reflexões que implicam na adoção da análise *ex ante* como um sistema de referência apropriado para o aprimoramento desse processo construtivo.

Em seguida, serão desenvolvidas algumas reflexões acerca da atuação do Estado Regulador e a sua relação com o processo de construção de normas jurídicas. Em um primeiro momento sob a lente da crítica que a teoria da *public choice* apresenta à teoria do interesse público como motivação da elaboração de textos de lei. O contexto dessa reflexão é o conjunto das modificações que o Estado-Administração sofre em suas funções e a prevalência das atividades vinculadas ao fomento e à regulação das atividades exercidas pelos sujeitos privados.

O objetivo desta análise será a demonstração de que esse contexto altera também o exercício da função legislativa que, no nosso país, se caracteriza por uma produção efusiva de textos de lei, muitas vezes resultando em um conjunto desconexo e que demanda acirrados debates doutrinários e corriqueiramente desaguando em contendas judiciais. A análise de impacto legislativo *ex ante* atua, nesse sentido, na qualificação dos textos de lei e no aprimoramento do direito positivo.

Ainda neste item será aberto um tópico específico para a abordagem da atuação do Estado Regulador sob a delimitação derivada do princípio da subsidiariedade que, não obstante não conste de forma expressa no texto constitucional, comprime a atividade legislativa de duas formas destacadas. Primeiro, ao estabelecer limites quanto à competência dos órgãos legislativos de cada esfera federativa do Estado brasileiro, preservando a invasão de cada ente em uma esfera que não esteja sujeita à sua atuação legítima. E, em segundo lugar, ao delimitar a esfera de atuação do legislador por meio da sujeição do Estado à observância da prevalência da livre iniciativa.

Essas reflexões permitirão concluir que no Estado Regulador o emprego da análise prévia do impacto de uma norma de regulação, como já exigida no ordenamento brasileiro na lei das agências e na lei da liberdade econômica também pode ser estendida ao processo de elaboração de normas pelo Estado Legislador.

Por fim, será analisado um caso concreto em que se deu a avaliação de políticas públicas de fomento estatal no ambiente de PD&I, pelo Tribunal de Contas da União, que resultou em proposta de encaminhamento para o legislativo federal para revisão e alteração do conjunto formado pela Lei do Bem e pela Lei do Software. O objetivo de tal avaliação será ressaltar de forma concreta a relevância não somente da análise *ex post* de políticas públicas, como também da análise *ex ante*, uma vez que o caso analisado demonstra que a construção dos respectivos textos de lei não adotou o correto sistema de referência quando da tramitação no legislativo.

2. A elaboração do texto de lei sob a perspectiva do Constructivismo Lógico-Semântico

2.1. Considerações iniciais

A iniciativa de adotar o Constructivismo Lógico-Semântico como ponto de partida para a presente investigação demanda uma justificativa para o leitor. Ocorre que o autor deste artigo teve o privilégio de frequentar a disciplina Ordenamento e Sistema, ministrada pelo ilustre professor Paulo de Barros Carvalho no segundo semestre de 2021, no desenvolvimento do programa de doutoramento, e teve ali contato, a partir da leitura de uma obra seminal¹⁴⁸ de autoria do aludido mestre, com o Constructivismo Lógico-Semântico. Com esse termo se faz referência a dois sentidos. Em uma primeira acepção, alude a uma escola de pensamento desenvolvida a partir de lições de Lourival Vilanova e de Paulo de Barros Carvalho. Outro sentido se refere ao método de investigação do sistema jurídico empregado por essa escola, e que pode ser adotado na investigação de qualquer campo do conhecimento e que se mostra particularmente adequado para a investigação na qual o cientista do Direito pretenda embrenhar no

¹⁴⁸ Carvalho (2021). Há obras que seus discípulos produziram e que devem também ser referenciadas: Carvalho (2019), McNaughton (2015) e Neves (2011).

mundo das normas jurídicas, que compõem o direito positivo. Esse é o sentido da presente proposta.

Ora, refletir acerca da análise de impacto legislativo vem a ser simplesmente investigar o processo de construção de textos de lei, em cujo procedimento se insere a análise *ex ante* do impacto que determinado projeto de lei se encontra tendente a produzir no mundo social. Portanto, a adoção do Constructivismo Lógico-Semântico como método de investigação e como instrumento para identificação da função que a análise de impacto legislativo exerce na composição do direito positivo pareceu ser o caminho mais adequado a fim de alcançar um resultado com algum rigor científico na medida da capacidade que o atual estágio de estudos deste autor possibilita.

Evidentemente, este é tão somente um dos diversos referenciais que poderiam ser adotados para a condução do estudo. E não elide a possibilidade de que mesmo outros cientistas do direito que venham a se dedicar sobre o tema proposto com o emprego deste mesmo método alcancem os mesmos resultados que estarão expostos na conclusão do artigo, ainda que os caminhos eventualmente percorridos venham a ser outros que não os adotados no decorrer das próximas páginas.

Efetuada tais considerações preambulares e necessárias, a investigação que segue exposta examina a hipótese de que o emprego de um instrumento como a análise *ex ante* da elaboração do texto de lei, a partir da perspectiva do Constructivismo Lógico-Semântico, possibilite o aprimoramento do sistema de referência a partir do qual se dá o labor legislativo, em razão de uma apreensão mais apropriada do contexto em que se dá a sua elaboração.

2.2. A construção de sentido no processo de elaboração de textos de lei

Um texto de lei, qualquer que seja, implica necessariamente o emprego da linguagem. O legislador emprega o vernáculo a fim de efetuar os recortes que entenda necessários para comunicar o conteúdo pretendido aos seus destinatários. Somente o zelo na escolha das palavras será capaz de possibilitar que esses apreendam a realidade que é construída pelos textos legais. Todavia, não é difícil que nos deparemos com textos de lei que recorrem a termos imprecisos, gerando dúvidas no momento posterior, quando de sua aplicação, o que acaba resultando em insegurança jurídica e em elevados custos de

transação¹⁴⁹ para que os cidadãos possam se adequar à conduta pretendida pelas normas jurídicas extraídas dos textos legais e que conformam o direito positivo.

Os parlamentos são compostos por indivíduos representativos da sociedade oriundos dos mais diversos segmentos que a compõem, de profissionais liberais, empresários, engenheiros, líderes da sociedade civil, de organizações religiosas e sindicais etc., de forma que não seria razoável esperar que desse conjunto de pessoas o rigor científico fosse pauta para a produção legislativa.

O direito vigente numa dada sociedade é composto por um conjunto de normas jurídicas válidas que se manifestam por meio da linguagem e que possui a finalidade de estabelecer disciplinas sobre o mundo social, direcionando condutas dos seus membros, como forma de realização de determinados valores, como ressalta Carvalho (2019, p.100-102), os quais orientam as respectivas normas jurídicas, mas cuja construção se dá segundo os consensos firmados pelas maiorias parlamentares nas democracias representativas. Sua higidez e segurança há de ser obtida a partir do trabalho laborioso dos intérpretes, doutrinadores e cientistas do Direito.

Daí já se pode extrair relevante diferença entre a Ciência do Direito e o direito positivo. Esse se compõe de um complexo de textos de lei, editados pelos parlamentos, dos quais se extraem as normas jurídicas que incidem sobre os fatos sociais, daí já qualificados como fatos jurídicos, normas essas que podem ser sistematizadas segundo regras de hierarquia próprias de cada sistema normativo. Há nele, portanto, um caráter prescritivo, por meio do qual se regulam as condutas intersubjetivas, segundo os modais deonticos que o legislador pretenda imprimir aos fatos ou às condutas para os quais se volte: ora obrigando condutas (O), ora as proibindo (V), ora as permitindo (P) aos destinatários da norma jurídica. Já a Ciência do Direito é constituída por todo trabalho efetuado pela doutrina jurídica, pelos juristas, tendo

¹⁴⁹ A referência aqui se dá a um elemento empregado na Análise Econômica do Direito, a *Law & Economics*, que se confere em ferramental hábil para uma investigação como a que ora é desenvolvida neste artigo. Não obstante a premissa de investigação que conduz o artigo tenha lançado mão do Constructivismo Lógico-Semântico, deve ser ressaltado que essa outra disciplina também confere um caminho válido e eficaz para o estudo da análise de impacto legislativo. Podem ser mencionadas como obras de referência para esse estudo as seguintes obras: Posner (2009), Mackaay e Rousseau (2020) e Torres e Ribeiro (2018).

por objeto o próprio direito positivo, que é perscrutado nesse campo em um caráter descritivo, e que desta forma consiste em uma metalinguagem em relação ao direito positivo.

Ao construir a realidade que lhe é própria, por meio da linguagem prescritiva, o direito positivo atua como uma metalinguagem em relação à realidade social que recorta e da qual recolhe os eventos do mundo fenomênico para o fim de construir a sua própria linguagem prescritiva de condutas. No exercício dessa atividade, o direito positivo utiliza uma linguagem técnica que, todavia, em razão da própria ausência de emprego de método científico na construção de suas proposições normativas, possibilita a ocorrência de ambiguidades e de elementos textuais que se caracterizam pela sua incerteza, como se dá com o uso de conceitos indeterminados.

Tal emprego de linguagem para a elaboração de um projeto de lei que, uma vez aprovado pelo parlamento, será inserido no direito positivo e passará a incidir sobre as situações fáticas do mundo fenomênico que o órgão legislativo tenha objetivado alcançar, estabelece um processo comunicacional com o corpo social. Essa comunicação se configura em um quadro esquemático em que se podem identificar os seguintes elementos, em singela síntese: uma mensagem (o texto de lei), que é veiculado em um suporte físico (a folha de papel em que é impresso o projeto de lei aprovado, ou o espaço cibernético em que o mesmo é veiculado), um código ou repertório (conjunto de signos comum ao emitente da mensagem e ao seu receptor, que permita a decodificação do texto) e, por fim, um determinado contexto.

A relevância da apreensão desse contexto para a elaboração normativa, sob a perspectiva desenvolvida neste item deste artigo, é ressaltada por Carvalho (2019) da seguinte forma:

O contexto é formado por todos os enunciados com os quais um texto se relaciona. Nenhum texto é individual, todo discurso, inserto num processo comunicacional, independente de sua dimensão, mantém relação com outros discursos, pois, segundo os pressupostos com os quais trabalhamos, nenhum enunciado se volta para a realidade em si, senão para outros enunciados que os circundam. (...) Qualquer relação dialógica é denominada intertextualidade. O direito positivo como texto, relaciona-se cognoscitivamente com outros sistemas (social, econômico, político, histórico etc.), que também são linguísticos. (p.195) (grifo nosso).

Diante disso, em termos efetivos, a fim de que no curso do próprio processo legislativo sejam incorporadas providências que induzam à eficácia e à efetividade normativa no plano pragmático¹⁵⁰ de aplicação das normas, o recurso à análise de impacto legislativo *ex ante* no curso do seu processo de elaboração permite a incorporação de um instrumento hábil para que o órgão legislativo estime e preveja os elementos que devem constar da norma, já antevendo a citada perspectiva pragmática que se projetará sobre os outros sistemas em cujo campo se encontre a destinação da lei a ser editada.

Há ainda uma noção central no desenvolvimento dos estudos orientados pelo Constructivismo Lógico-Semântico que é pertinente ao tema ora desenvolvido. O ato do legislador de recortar um determinado setor do mundo fenomênico para construir o texto de lei implica necessariamente o seu conhecimento prévio acerca daquela determinada realidade. E somente se pode cogitar da efetivação de um ato de conhecimento a partir de um determinado sistema de referência.

Embora de fácil intelecção, essa noção acerca do sistema de referência convém ilustrar com a exemplificação trazida por Carvalho (2019, p.29). Imaginemos uma mesa de madeira. A percepção do seu observador para que possa afirmar se a sua superfície é lisa, rugosa ou estriada dependerá da distância em que esse observador se coloca em relação ao seu objeto de conhecimento, a mesa. A uma grande distância, pode parecer-lhe lisa. A uma distância menor pode lhe parecer rugosa. Porém, se a examinar com uma lupa, é provável que distinga em sua superfície ranhuras e a qualifique, então, como estriada.

O mesmo se dá na atividade de produção legislativa. Tanto melhor andar o órgão legislativo se tomado um sistema de referência apropriado, que revele as características e os diferentes matizes da realidade concreta sobre a qual a proposta legislativa pretenda incidir.

Em suma, a adoção da análise de impacto legislativo no curso do processo de elaboração de textos de lei propicia que o parlamento,

¹⁵⁰ A referência é feita aos três planos de análise normativa que são objeto de estudo sob a perspectiva do Constructivismo Lógico-Semântico. O *plano sintático*, relativo às relações entre os signos linguísticos, o *plano semântico*, que examina a relação entre os signos e os objetos a que se referem, ou seja, a identificação das questões relacionadas ao sentido dos termos e expressões, e, por fim, o *plano pragmático*, que tem por objeto de análise as relações entre as normas e os seus destinatários (McNAUGHTON 2015, p.329).

pelos seus membros, ajuste a moldura de sua produção de forma a dar ensejo a normas que tenham aderência à realidade concreta do mundo fenomênico, potencializando a possibilidade de que gerem eficácia, vindo a ser cumpridas pelo corpo social e cuja aplicação produza os resultados almejados pelos valores sociais que justificam a sua elaboração. E esta constatação independe do campo em que o texto interferirá, quer se trate do campo das relações sociais, ou econômicas ou políticas, ou históricas ou de quaisquer outras ordens.

3. O Estado Regulador sob as luzes da *public choice* e do princípio da subsidiariedade

3.1 Considerações iniciais

O termo regulação é apresentado na literatura de referência com diferentes significados semânticos, como apontam Baldwin *et al.* (2012, pp.2-3), podendo conotar um conjunto específico de comandos que vinculam os seus destinatários e que são aplicados e fiscalizados por um órgão específico. Ou em um sentido mais amplo, para fazer referência às ações estatais destinadas a incentivar ou coibir comportamentos, em que a expressão assume o significado de influência estatal deliberada, tipicamente em uma relação de comando-controle.

Segundo os mesmos autores, sequer a fonte de sua produção pode ser objeto de delimitação para a estipulação de seu conceito, pois o termo pode fazer referência ao conjunto de formas de influência social ou econômica de comportamentos dos indivíduos, que podem derivar mesmo de uma fonte não estatal, uma vez que os próprios mercados a que se dirige a sua aplicação podem ser produtores das normas que os regem, por meio da autorregulação.

Na doutrina portuguesa também se encontra debate semelhante, como se registra em Ferreira (2001, pp.393-399)¹⁵¹, que aborda as diferentes tradições do sistema jurídico anglo-saxônico e do continental europeu, condicionadas pelas suas diferentes tradições culturais e econômicas. O autor aponta que o principal traço distintivo dessas tradições se encontra, justamente, na intervenção direta estatal na

¹⁵¹ De fato, o autor afirma: “A noção de regulação econômica está longe de ser pacífica nos seus limites, objetivos e instrumentos, variando muito as utilizações dadas ao mesmo termo” (p. 393).

produção de bens para fins de correção de falhas de mercado, solução raramente presente no sistema jurídico norte-americano, mas que é característica no sistema europeu continental e comunitário.

Todavia, por mais amplos que sejam os sentidos que possam ser atribuídos ao termo *regulação*, a cautela necessária que aponta Coutinho (2014, p.38) é que, caso se pretenda com essa expressão alcançar uma pluralidade de sentidos demasiadamente grande, a sua própria conceituação perderá sentido. Afinal, diz o autor, “se regular significar tudo, toda e qualquer forma de ordenação, pouca será a sua valia”.

Para os fins do estudo a que se destina o presente artigo, há a necessidade de delimitar um conceito de regulação tendo sob o pano de fundo o exercício de uma função precípua do Estado, por meio de seus órgãos legiferantes, o que deixa ao largo do conceito adotado a atividade que se expressa na autorregulação¹⁵². Assim, a acepção que esse artigo utiliza é construída a partir daquela que se refere à *regulação em sentido abrangente* conforme classificada por Mendonça e Tosta (2021, p.9), que com tal expressão aludem a todas as atividades normativas voltadas a agentes econômicos, conjunto esse em que se incluem as medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas e concretas.

Desse amplo espectro, por evidente, as reflexões desenvolvidas se referem exclusivamente às medidas de origem legislativa, das quais se extraem as normas jurídicas tendentes a disciplinar as condutas do

¹⁵² Em linha com o apontamento de Baldwin *et al.* (2012), também Boyer e Saillard (2002) fazem referência a uma diversidade de conceitos para a regulação. Segundo esses autores, há um problema semântico enfrentado em determinados estudos que decorre de alguma confusão entre os termos da língua francesa *régulation* e *règlementation*. A primeira expressão dá ensejo a toda uma construção teórica relativa no campo da economia, em que é elaborada uma teoria da regulação como uma alternativa à teoria neoclássica para o tratamento das questões relativas ao capitalismo e suas crises. Já a segunda expressão deriva do verbo *réglementer*, que se refere à ação de sujeitar alguém ou algo a um regulamento. Todavia, ainda que tomada a expressão *regulação* a partir do termo *régulation*, estar-se-á diante de campo de atuação que inclui a produção de normas voltadas ao mercado financeiro ou de capitais que no Brasil competem ao Banco Central, à Comissão de Valores Monetários (CVM) e ao Conselho Monetário Nacional (CMN), às quais também se aplicam as conclusões esboçadas neste artigo. Deve ser ressaltado, entretanto, que, como esses órgãos atuam como efetivas agências reguladoras desses respectivos mercados, que são marcadamente sensíveis e reflexivos à regulação estatal, a análise de impacto normativo em quaisquer de suas formas já se encontra no cerne de suas atividades regulatórias.

corpo social. O conceito de referência, não obstante sua amplitude sob o aspecto das fontes de sua elaboração, se restringe exclusivamente às normas destinadas à seara econômica, não abarcando as demais esferas de relações humanas, tais como as relações sociais e políticas ou as relações dos indivíduos com o todo à sua volta e que derivam de seus direitos fundamentais.

O recorte será mantido neste item do texto, para que a análise seja restrita, portanto, às atividades normativas produzidas pelos parlamentos e que se destinam aos agentes econômicos. Contudo, as conclusões resultantes da pesquisa podem ser estendidas a outras searas.

3.2 O Estado Regulador: a perspectiva da *public choice* na escolha de elementos a partir do contexto para elaboração de textos de lei

Efetuada esse recorte epistemológico, uma palavra de cautela ao estudioso é que o próprio tema da regulação é envolto de grandes debates na doutrina nacional motivados, em grande medida, pela delimitação das funções estatais em meio a diferentes concepções ideológicas. O estudo efetuado por Coutinho (2014, p.45 a 48) demonstra a contraposição existente entre uma visão de uma regulação cuja justificativa repousa na defesa do *interesse público*, diante da necessidade de fazer frente às falhas de mercado, de um lado, a outra concepção presente em debates da Ciência Política por meio da aplicação da teoria da *public choice*.

Segundo a primeira linha de pensamento, a atuação regulatória estaria voltada à ponderação de interesses divergentes e à deliberação acerca da melhor regulação para o conjunto social. A perspectiva da *public choice*, por outro lado, enxerga a atividade regulatória desenvolvida em um mercado de regulação em que todos os diferentes atores nele inseridos, que incluem os cidadãos, as firmas, os agentes políticos, os legisladores, e mesmo o próprio corpo burocrático, possuem também seus próprios interesses. Interesses esses que podem ser legítimos, mas que também podem ser egoísticos e até ilícitos, como aqueles atinentes a medidas anticoncorrenciais ou aqueles derivados de prática de atos de corrupção. Portanto, as motivações que os movem podem não ser, necessariamente, relacionadas à realização do interesse público.

Se essa primeira visão tem por fundamento as falhas de mercado, a forte crítica que a *public choice* lhe apresenta ao

caracterizar a regulação como inserida em um *mercado político* aponta para certa ingenuidade na crença de que o interesse público seja o fim último da regulação, e que essa também está sujeita à captura e às falhas de governo.

Essas breves alusões denotam o fato de que o tema da regulação se encontra historicamente envolto na questão do grau de intervenção dos órgãos estatais na atividade econômica, em um debate pendular¹⁵³ que contrapõe defensores e detratores sob a perspectiva ideal de regimes sujeitos a diferentes graus de liberalismo econômico. A própria premissa da *public choice* segundo a qual há um cipoal de interesses que preside toda a atividade normativa estatal já coloca em termos precisos a necessidade da subordinação da atuação do processo produtor de normas aos critérios de proporcionalidade e de ponderação¹⁵⁴ entre os ônus a serem impostos aos particulares e os benefícios que a norma de regulação almeja alcançar para a coletividade.

Os debates relativos à regulação adquiriram maior envergadura no nosso País a partir do advento das medidas liberalizantes propulsionadas pela introdução do *new public management*¹⁵⁵, e da revisão das funções do Estado, que não mais se restringem àquelas ligadas à polícia e à segurança pública, mas que são acrescidas pela ampliação de atividades prestacionais na forma de serviços públicos e de intervenção no domínio econômico¹⁵⁶. Todavia, independentemente da emergência do tema para um patamar central de discussões teóricas na doutrina jurídica, o fato é que, como a atividade legislativa desde sempre foi imputada ao Estado, mesmo antes do advento do Estado Prestacional, a questão acerca de *como* são elaboradas as leis e os regulamentos sempre permeou a atividade estatal, desde o surgimento dos Estados nacionais.

E a análise desta atividade legislativa a partir da lente que a *public choice* lançou sobre a motivação de toda ação estatal, inclusive nos parlamentos, em que estão representados múltiplos interesses, muitas vezes distanciados do que possa ser entendido como *interesse*

¹⁵³ Baldwin *et al.* (2021) traçam um detalhado panorama da regulação e sua aplicação no Reino Unido, tendo como ponto alto dentre as medidas desregulamentadoras o *Desregulation and Contracting Out Act 1994*.

¹⁵⁴ Cyrino (2018, p. 56 a 71).

¹⁵⁵ Pereira (1996).

¹⁵⁶ Moreira (2014, p. 109).

público, e diante do reconhecimento de que a possibilidade de captura da ação legislativa é real, se extrai desse contexto que a introdução de um instrumento como a análise de impacto *ex ante* no processo legislativo atua como um elemento de aprimoramento do seu produto e de legitimação da própria produção de textos de lei.

Sem prejuízo do debate¹⁵⁷ que envolve os doutrinadores adeptos da concepção do Estado Regulador ou da permanência do Estado Social, segundo as diferentes concepções ideológicas que definam a escolha de uma determinada concepção, há unanimidade acerca da função interventiva do Estado na regulação do domínio econômico, seja em razão de uma mais recente teoria jurídica da regulação administrativa ou de uma reformulação da doutrina clássica do poder de polícia para fundamentar a função ordenadora estatal.

Todavia, no que importa para a investigação em curso, se depreende que a intervenção estatal no domínio econômico somente encontra justificativa com suporte constitucional nas hipóteses em que as externalidades decorrentes desta intervenção ou as hipossuficiências que possam ser por ela corrigidas venham a impor o emprego desse recurso¹⁵⁸.

Como tais externalidades ou hipossuficiências demandam uma correlação entre a medida proposta e os resultados a serem alcançados, as investigações até este ponto desenvolvidas apontam que a qualificação do processo legislativo por meio da elaboração de uma análise do impacto que a promulgação da proposta de lei provocará no plano pragmático de sua aplicação redonda em uma mitigação das falhas do processo legislativo desnudadas pela perspectiva da *public choice*. Isto confirma o que se concluíra no item anterior quanto à necessária correlação entre o texto de lei e a realidade concreta devidamente contextualizada.

A doutrina se refere à adoção de estratégias regulatórias baseadas na busca pelas melhores práticas em matéria de regulação, contemplando mecanismos como sua modelagem baseada em evidências, em mapeamento de riscos e análise de dados, como já se dá nas avaliações de impacto regulatório realizadas pelas agências reguladoras competentes nos respectivos setores regulados, por

¹⁵⁷ Pode ser mencionado: Martins (2015, p. 447 a 493).

¹⁵⁸ Marques (2011, p. 94).

expressa disposição da lei das agências reguladoras¹⁵⁹, mas cuja ampliação para alcançar toda a atividade legislativa propiciaria a melhoria da produção legislativa como um todo e sua construção com melhor aderência ao contexto em que se dará a sua aplicação.

3.3 O Estado Regulador: o princípio da subsidiariedade delimitando a atividade do legislador

O princípio da subsidiariedade possui, como apontam Duarte e Nacle (2014), múltiplas facetas que se espraiam sobre uma ética política, como atualmente adotado no regime comunitário europeu; como repartição de competências, particularmente relevante sob a estrutura federativa do nosso País; e também sob a perspectiva de elemento fundamental para a formação do Estado. Em seu artigo os autores aludem às encíclicas papais como referências iniciais a este princípio, que chegou a receber uma menção expressa na Encíclica *Centesimus Annus*¹⁶⁰, em que foram adotadas duas perspectivas para a sua incidência.

Primeiramente, ao conclamar a necessidade de respeito às condições mínimas nas relações de trabalho e o respeito aos direitos dos trabalhadores, o texto papal reclama a atuação estatal para que essas finalidades sejam atingidas. Aquela atuação, diz o texto, pode se dar de forma direta ou indireta. Se direta, sob o pálio do princípio da solidariedade, e, se indireta, segundo o princípio da subsidiariedade, que alude à ação do Estado para estimular o mercado e a criação de postos de trabalho e de riqueza da coletividade. E também há uma alusão a esse princípio sob uma perspectiva que parte de alguma crítica ao Estado de Bem-Estar, que teria possibilitado em alguns países um aumento exagerado do setor estatal, produzindo por reflexo alguma

¹⁵⁹ BRASIL. Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 28 ago 2022, artigo 6º.

¹⁶⁰ João Paulo II (1991). Carta Encíclica *Centesimus Annus* (No centenário da *Rerum Novarum*). (Roma, 1º/05/1991). Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html. Acesso em: 28 ago 2022.

inibição da ação do corpo social pelas suas próprias energias. Nesta perspectiva, a encíclica reza que:

(...) se deve respeitar o princípio da subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade inferior, privando-a de suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais tendo em vista o bem comum. (João Paulo II, 1991)

A partir dessa dúplici visã do princípio da subsidiariedade, a doutrina vislumbra também duas aplicações sob o ordenamento jurídiico brasileiro. Embora não tenha sido objeto de expressa mençã no texto constitucional, há na disciplina da ordem econômica a delimitaçã para a atuaçã do Estado em caráter meramente subsidiário. A atividade econômica tem por fundamento a livre iniciativa, segundo reza o seu artigo 170, não devendo o Estado brasileiro intervir no domínio econômico senã quando necessário aos imperativos da seguranã nacional ou a relevante interesse coletivo que a legislaçã infraconstitucional assim discrimine.¹⁶¹

A segunda perspectiva constante da encíclica papal e objeto da transcriçã parcial acima se reflete na distribuiçã constitucional de competências entre os entes federativos, e induz que as casas legislativas se acautelem para evitar a ediçã de textos de lei que invadam as competências alheias. É neste sentido que, segundo Duarte e Nacle (2014), o princípio da subsidiariedade seria objeto de abordagem na doutrina de José Alfredo de Oliveira Baracho, autor muitas vezes referido em decisões do Supremo Tribunal Federal.¹⁶²

¹⁶¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorizaçã do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existênciã digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...). Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituiçã, a exploraçã direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da seguranã nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...). BRASIL. *Constituiçã da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago 2022.

¹⁶² Confirmam-se, por exemplo, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes julgamentos: Recurso Extraordinário nº 1.054.110, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 9.5.2019, publ. 6.9.2019; Açã Direta de Inconstitucionalidade nº 3.356/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/acórdão Min. Dias Tóffoli, j. 30.11.2017, j. 30.11.2017, publ. 1º.2.2019. Disponíveis em:

Em suma, a partir da perspectiva do princípio da subsidiariedade, a edição de textos legislativos demanda a identificação acerca da efetiva observância dos limites da atuação legislativa estatal, seja sob o prisma da atuação meramente subsidiária dos entes estatais em relação aos agentes privados e em deferência à livre iniciativa, seja ainda pelo respeito às competências dos diversos entes federativos. Conquanto a avaliação desse segundo aspecto se insira de forma precípua sobre uma avaliação de natureza jurídica, acerca das atribuições da competência de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já a avaliação sobre os efeitos de uma dada proposta de lei sobre a esfera dos agentes privados é uma análise que se sujeita ao emprego de uma multiplicidade de saberes e que pode perfeitamente estar inserida no bojo de uma análise *ex ante* de impacto legislativo de um projeto de lei.

Ao abordar a confluência das funções estatais de regulação e de fomento, Aragão (2018, p.52) traz um exemplo que bem pode ilustrar a afirmação que se acaba de fazer. Na situação hipotética construída pelo autor, em que os agentes privados se evadam do cumprimento de normas de qualidade de serviço vigentes sobre um dado setor, cuja fiscalização seja dificultosa em razão de sua complexidade técnica, suponha-se que o Estado elabore um projeto de lei para autorizar a criação de uma empresa estatal para disponibilizar em larga escala aqueles mesmos serviços à coletividade.

Com a sujeição desta empresa estatal aos parâmetros de qualidade previamente definidos e supondo que as características decorrentes de tais parâmetros sejam relevantes para o mercado consumidor, os agentes privados do setor acabariam sendo impingidos ao cumprimento das normas de regulação, sob pena de perda de mercado para o novo entrante no mesmo pela intervenção estatal. Seria, portanto, uma forma eficiente à disposição do poder público para o fim de constringer os agentes privados ao cumprimento da norma.

Diante de uma situação concreta como essa, o contexto de inserção normativa em que se pretenda aprovar o texto de lei que autorize a criação dessa entidade da administração indireta somente

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=100&queryString=subsidiariedade%20e%20%22ordem%20econ%C3%B4mica%22%20e%20%22eros%20grau%22&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 28 ago 2022.

pode ser apreendido por meio de um estudo multidisciplinar que compreenda as múltiplas facetas do *problema* enfrentado, bem como os potenciais efeitos da adoção da *solução* pretendida. Portanto, sob o prisma da atuação subsidiária do Estado no domínio econômico, a análise de impacto legislativo *ex ante* se mostra também um instrumento de qualificação das propostas legislativas¹⁶³.

Por fim, a confluência das críticas que a *public choice* formula em face dos múltiplos interesses envolvidos na elaboração de um texto de lei com o princípio da subsidiariedade na intervenção do domínio econômico no cenário brasileiro impõe ao legislador um quadro de restrição para a sua atuação, que somente pode ser desenvolvido dentro dos limites delineados por tal conjunto justaposto: mitigação dos interesses alheios à realização do interesse da coletividade que eventualmente se façam presentes no processo legislativo e circunscrição da atuação estatal ao círculo mínimo de atividades, de forma a que o fundamento da ordem constitucional consistente na livre iniciativa não seja violado. Sob tal perspectiva, a análise *ex ante* dos textos de lei passa a constituir instrumento para verificação acerca da efetiva observância de tais limites.

4. O plano pragmático de normas de execução de política pública em um caso concreto: avaliação *ex ante* e *ex post* de processo legislativo, a partir do Acórdão TCU nº 3141/2020

As possibilidades de melhoria do processo legislativo com o emprego da análise de impacto legislativo *ex ante* e de aprimoramento do direito positivo preexistente por meio de uma análise *ex post* podem ser ilustradas com a recente decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que resultou na lavratura do Acórdão TCU nº 3141/2020¹⁶⁴. A

¹⁶³ É sob a perspectiva desse princípio, que reserva ao Estado a atuação subsidiária em relação aos agentes privados, que deve ser compreendida a disposição da recente Lei de Liberdade Econômica, a Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, ao exigir que os atos normativos editados por órgãos e entidades administrativos sejam precedidos de análise de impacto regulatório. BRASIL. Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 28 ago 2022.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Processo nº 001.907/2020-4, Acórdão nº 3141/2020, Pleno, Rel. Min. Augusto Nardes. Brasília, DF, 09 mai de 2019. Diário da Justiça, Brasília-DF, 25 nov 2020. Disponível em:

relevância da referência àquela decisão no bojo desta pesquisa vem a ser a demonstração que dela se extrai acerca da correta avaliação do contexto e do suporte de referência no curso do processo legislativo como elementos necessários para que uma determinada política pública possa de fato vir a estar modelada em conformidade com a realidade concreta e com os fins que o legislador almeja alcançar.

Além disso, o conteúdo da decisão do órgão de controle denota que o acompanhamento dos resultados efetivamente alcançados quando da execução da política pública e a sua avaliação por meio de uma análise *ex post* constitui mecanismo adequado e necessário para a aferição da sua eficácia e de sua efetividade, já no plano pragmático da aplicação das normas jurídicas, em conformidade com as premissas deste artigo, a partir do Constructivismo Lógico-Semântico.

Na oportunidade do aludido julgamento pelo TCU, foi objeto de apreciação um relatório de auditoria que teve por objetivo analisar as escolhas públicas de instrumentos de incentivo tributário no exercício da função de fomento estatal para o desenvolvimento tecnológico do País. Os benefícios então analisados foram aqueles constantes da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei de Informática, e da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, a Lei do Bem.

Como o direito positivo brasileiro não define os critérios regentes sobre a escolha dos instrumentos que devam orientar as políticas de incentivo para o investimento privado em pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação (PD&I), a avaliação efetuada pelos órgãos técnicos do TCU adotou por parâmetro os critérios apresentados na literatura internacional tendo como fontes organismos como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a União Europeia, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Dentre os achados dessa avaliação se destacam os seguintes:

- (1) Foi constatado que os benefícios constantes da Lei de Informática e da Lei do Bem são ineficientes para o fim a que se destinam.

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/%25ACORDAO%253A3141%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Acesso em: 29 ago 2022.

- (2) Os destinatários das normas jurídicas não se mostram os mais hábeis a propiciar a máxima realização do valor social pretendido, caracterizado em maior investimento privado em PD&I. Ao invés de privilegiarem as pequenas e microempresas e as empresas novas, que teriam esse potencial, os benefícios se concentram em empresas de grande porte, em desalinhamento com as melhores práticas identificadas no cenário internacional e na literatura especializada.
- (3) Não houve adequada avaliação do contexto e do sistema de referência para a implantação da política pública objeto da Lei de Informática, pois embora a lei pretenda fomentar a inovação no respectivo setor, e para isso tenha adotado o suporte indireto por meio de benefícios fiscais, o recomendável segundo as melhores práticas seria a instituição de instrumentos de suporte direto, como subvenções e meios de crédito ao invés de adotar benefícios fiscais para essa finalidade.
- (4) Ao ter por um de seus efeitos evitar que empresas atuantes no setor migrem para a Zona Franca de Manaus, a política pública em execução por meio da Lei de Informática se mostra em contraposição com os objetivos pretendidos pelo texto constitucional ao preservar aquela zona franca, que tem por finalidade a realização do objetivo da República de reduzir as desigualdades regionais.
- (5) Os benefícios conferidos ao setor por meio da Lei de Informática não têm mostrado resultados no sentido de promover maior adicionalidade de recursos aplicados em PD&I, antes, bem ao contrário disso, o país figura em patamares bastante baixos de desenvolvimento na área.
- (6) O relatório menciona ainda uma avaliação da Lei de Informática efetuada pela Controladoria-Geral da União segundo a qual o mercado de trabalho no setor de tecnologia da informação estaria estagnado no período de 1995 a 2015, além de ser baixo o número de pesquisadores do setor no país atuando em setores de relevo, como componentes eletrônicos e placas, e apesar de todos os recursos públicos destinados aos benefícios setoriais as importações de semicondutores e componentes é relevante; os recursos públicos destinados ao longo do tempo ao setor por meio do

suporte indireto dos benefícios fiscais não foram capazes de desenvolver os produtos de que o setor de informática necessita.

Esse quadro demonstra o enorme descompasso que existe entre o resultado pretendido pelas normas jurídicas extraídas dos textos legais, os valores sociais cuja realização o legislador pretensamente almejava alcançar por meio dessas políticas públicas, e os resultados concretos verificados no respectivo setor econômico objeto do fomento.

O achado que se destaca da avaliação *ex post* realizada pelo órgão de controle é que o volume de recursos financeiros correspondentes aos benefícios fiscais não tem produzido a contrapartida necessária que deveria se revelar em maiores investimentos privados em PD&I e em sedimentar o caminho para o desenvolvimento tecnológico do País. Assim, esse direcionamento de recursos por meio de suporte indireto em práticas ineficientes resulta em uma ineficiência alocativa, como afirma o mesmo relatório, o que é inadmissível diante de um quadro de restrições fiscais como caracteristicamente e de forma notória exhibe o nosso País.

A realização de avaliação legislativa *ex post* não é uma prática corriqueira no cenário brasileiro. Todavia, o direito positivo tem sido modificado com algumas novidades que apontam para sua realização como uma necessidade e um dever a ser observado pelo Estado e seus órgãos.

Além das disposições legais já mencionadas ao longo deste artigo, há uma recente disposição no texto constitucional que vem ao encontro dessa obrigatoriedade. Ao dispor acerca de medidas voltadas ao enfrentamento da pandemia, a Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, incluiu no artigo 37 o novo § 16, que impõe a avaliação *ex post* como um dever da administração pública, em relação a todas as políticas públicas. O mérito da disposição, editada em um momento de agravamento da pressão fiscal sobre os recursos orçamentários diante da pandemia é evidente. Todavia, se trata de uma norma de eficácia limitada, pois a sua cogência depende ainda de sua regulamentação em texto de lei não editado até o momento da elaboração deste artigo.

5 Conclusão

A atividade de produção normativa pelos parlamentos é essencialmente de natureza política. Todavia, recortar uma realidade do mundo fenomênico a fim de discipliná-la por meio de normas jurídicas implica em uma correta apreensão dessa realidade por meio da linguagem do legislador para que o processo de comunicação entre legisladores e destinatários se torne eficaz. Diferentemente da Ciência do Direito, que descreve o direito positivo com o emprego de métodos precisos para o conhecimento do conjunto de normas que o compõem, o direito positivo cria a sua própria realidade no processo de construção de normas jurídicas extraídas dos textos que o compõem e que são oriundos das casas legislativas.

Há a instituição de um processo comunicacional entre aquele que produz as normas jurídicas e os seus destinatários, que precisam apreender o conteúdo da mensagem contida nas normas jurídicas para que sejam compelidos ao comportamento que cada norma prescreve.

Evidentemente, os textos normativos podem ser fruto do labor de diversos órgãos, não somente do legislativo. Também o judiciário e a administração pública criam normas que constroem a realidade jurídica do direito positivo. Talvez se possa cogitar que a qualificação dos juízes ou dos órgãos técnicos da administração contribuam com a qualidade das normas jurídicas ali produzidas, possibilitando uma boa apreensão da realidade que elas refletem e aperfeiçoando o processo comunicacional com os seus destinatários. Sem prejuízo, evidentemente, da possibilidade da reforma da decisão ou da revisão ou anulação do ato administrativo em casos em que uma dada norma jurídica advinda dessas fontes se mostre defeituosa.

Todavia, ao se refletir acerca da atividade normativa produzida pelos parlamentos, um elemento que ressalta para a compreensão do processo comunicacional é a aderência entre a realidade concreta do mundo fenomênico e a realidade jurídica que os seus textos normativos constroem. Como os parlamentos são compostos por diferentes estratos sociais e com formações diversas em uma democracia representativa, não é de se exigir que o conjunto normativo seja instruído com critérios científicos e de absoluta precisão para a apreensão desta realidade concreta. Tal circunstância contribui para que seja próprio do direito legislado que se façam presentes alguma margem de incoerência e de ambiguidades.

Além disso, a própria motivação que orienta a produção legislativa é importante para a análise científica dos textos produzidos. A teoria do interesse público encontra essa motivação na realização do superior interesse da coletividade. Já a teoria da *public choice* apresenta críticas a essa concepção, pois mesmo eles, os legisladores, tal qual as empresas, os cidadãos, as organizações de terceiro setor, os diferentes agrupamentos de pessoas físicas e jurídicas por meio de associações, ou quaisquer grupos de pressão, cada um desses possui interesses próprios e específicos.

O grande relevo da análise do processo legislativo sob a crítica da teoria da *public choice* é que permite concluir pela necessidade de qualificação do processo de construção do direito positivo pelos parlamentos como meio de mitigação da captura da atividade legislativa por interesses distanciados do interesse da coletividade. E, então, sobressai a razoabilidade e a necessidade de que esse processo comunicacional contemple um diagnóstico sério e preciso da realidade concreta que motiva a elaboração dos textos legislativos, função essa cumprida por meio da análise de impacto legislativo *ex ante*.

Somente com o recurso a esse instrumento, que aprimora o sistema de referência do legislador, a realidade concreta do mundo fenomênico poderá ser corretamente apreendida, de forma a permitir que a realidade jurídica construída no direito positivo se mostre compatível com a realidade concreta apresentada. Algumas disposições já o exigem no direito positivo brasileiro, em algumas searas relacionadas à produção normativa de órgãos administrativos, como aquelas constantes da lei das agências reguladoras e da lei de liberdade econômica, e sua indistinta extensão também a todo o processo legislativo teria o condão de qualificar o direito positivo de fonte legislada.

A necessidade de qualificação de projetos de lei que não se restrinja a uma *justificativa* de caráter meramente formal fica evidente sempre que se cogite de setores econômicos, na atual configuração do Estado Regulador e em um quadro em que a atuação estatal se dá de forma meramente subsidiária. Uma análise cuidadosa antes de sua implementação por meio do instrumento adequado, veiculado em proposta legislativa submetida ao necessário debate parlamentar minimiza que a regulação estatal incorra em alguma falha que comprima o espírito empreendedor e avance no espaço aberto à livre iniciativa.

Evidentemente, esta não é a única hipótese. Também naquelas hipóteses em que o conteúdo de um dado projeto de lei resvale em direitos fundamentais garantidos no texto constitucional ou em que quaisquer outros sistemas de interesse da coletividade estejam envolvidos, sejam de natureza social, política, histórica, ou de quaisquer outras, a correlação entre a realidade concreta e a realidade jurídica construída pelo parlamento se fará necessária.

Essa conclusão decorre justamente dessa indissociável associação entre o direito positivo e a sua percepção como processo comunicacional por meio da linguagem, que exige aderência entre a realidade jurídica construída na atividade legislativa e a realidade concreta do mundo fenomênico. Não importa, portanto, o setor da convivência humana que esteja sob a apreciação do parlamento: a efetiva realização dos valores jurídicos que as normas do direito positivo pretendam alcançar depende da qualificação deste processo.

A análise de impacto legislativo *ex ante* cumpre tal função, pois a avaliação prévia do contexto minimiza a possibilidade de dissonâncias e incoerências. Ademais, a sua adoção aprimora o próprio suporte de referência, aproximando ao máximo possível o legislador da realidade concreta a ser objeto do processo legislativo. Por fim, possibilita que sejam estimados os seus efeitos quando da aplicação da norma jurídica, já em seu plano pragmático.

Da mesma forma, a verificação periódica dos resultados produzidos pela aplicação das leis possibilita que o direito positivo seja aperfeiçoado. O caso concreto examinado neste artigo, que teve por objeto análise *ex post* de política pública de fomento em matéria de PD&I, demonstra o prejuízo que pode ser gerado à coletividade pela aplicação de normas jurídicas cuja execução não seja submetida a acompanhamento e avaliação periódicos. Ali fica denotado que a tomada de decisão legislativa tendente a produzir resultados no mundo fenomênico não comporta definitividade, no sentido de que não deve permanecer no longo prazo sem a sua sujeição a medidas de reavaliação para calibrações periódicas, na medida da proporcionalidade e razoabilidade que se façam necessárias.

Deve ser reconhecido, ainda, que aquele caso concreto, apresentado a partir de decisão proferida na esfera controladora pelo Tribunal de Contas da União, foi colhido circunstancialmente ao longo da pesquisa como objeto de análise em caráter único, até em razão da escassa presença de outras avaliações *ex post* de relevo efetuadas pelas Administrações diretas e pelos Tribunais de Contas em nosso meio ao

tempo da realização da pesquisa, que permitissem a formação de um conjunto de amostras mais robusto.

Por tal razão, a emergência da análise de impacto *ex post*, já contemplada no texto constitucional, por meio da Emenda nº 109/2021, que ainda pende de regulamentação.

Há outras perspectivas que poderiam ser adotadas para a condução desta investigação, talvez com o emprego das premissas da análise econômica do direito ou a partir da correlação entre o processo legislativo e a cogência dos direitos fundamentais, assentada na força normativa da Constituição. Talvez essas sejam possibilidades que estimulem futuros estudos e investigações.

6. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre S. (2018). Fungibilidade da Atuação Direta do Estado na Economia com a Regulação e o Fomento. *In: Aragão, A.S.; Pereira, A.C.M.; Lisboa, L.L.A. (coords.). Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (2012). **Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice**. 2.ed. Nova Iorque: Oxford University Press.
- BOYER, Robert, SAILLARD, Yves (orgs.) (2002). **Règulation Theory: the state of the art**. New York: Routledge.
- CARVALHO, Aurora T. (2019). **Curso de Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-Semântico**. 6.ed. São Paulo: Noeses.
- CARVALHO, Paulo B. (2021). **Direito Tributário: linguagem e método**. 8.ed. São Paulo: Noeses.
- COUTINHO, Diogo R. (2014). **Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva.
- CYRINO, André. (2018). **Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Processo.
- DUARTE, Francisco C.; NACLE, Isabella C.C. (2014). Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. *Sequência* 68: 91-107.
- FERREIRA, Eduardo P. (2001) **Lições de Direito da Economia**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa.
- JOÃO PAULO II. (1991) Carta Encíclica *Centesimus Annus* (No centenário da *Rerum Novarum*). (Roma, 1º/5/1991). Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html. Acesso em: 28 ago 2022.

- MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. (2020) **Análise Econômica do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas.
- MARQUES, Floriano A. (Neto) (2011). Regulação Estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia* 9(33): 79 - 94.
- MARTINS, Ricardo M. (2015). **Estudos de Direito Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros.
- McNAUGHTON, Charles W. (2015). Constructivismo Lógico-Semântico. In: Macedo, A. *et. al.*. *Direito Tributário e os Novos Horizontes em Progresso*. São Paulo: Noeses.
- MENDONÇA, José V.S.; TOSTA, André R. (2021). Regulação Econômica no Brasil: fundamentos, características e atualidades. In: Heinen, J. (org.). *Direito da Regulação: teoria e prática de setores regulados*. Salvador: JusPodivm.
- MOREIRA, Egon B. (2014). Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: Sundfeld, C.A. e Rosilho, A. (orgs.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros.
- NEVES, Marta (2011). Derivação e Positivização no Direito Tributário. In: Carvalho, A.C.P.C. *et al.* *VIII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Derivação e Positivização no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses.
- PEREIRA, Luís C.B. (1996). Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público* 47(1): 7-40.
- POSNER, Richard A. (2009). **Para Além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- TORRES, Dennis J.A.; RIBEIRO, Márcia C.P. (orgs.) (2018). **Análise Econômica do Direito**: da teoria à prática. Curitiba: Íthala.
-

Ronaldo José de Andrade

Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito Público pela FGV (SP). Especialista em Direito Administrativo pela FGV (SP). Graduado em Direito pela USP. Procurador do Município de São José dos Campos. Professor monitor na Especialização em Direito Administrativo da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado na Especialização em Direito Municipal da Faculdade de Direito da USP (Ribeirão Preto).

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO EM PERSPECTIVA COMPARADA: BRASIL E UNIÃO EUROPEIA

INSTITUTIONALIZATION OF LEGISLATIVE IMPACT ANALYSIS IN COMPARED PERSPECTIVE: BRAZIL AND EUROPEAN UNION

Victor Marcel Pinheiro

Resumo

O presente artigo investiga os diferentes graus de institucionalização em normas jurídicas da Análise de Impacto Legislativo (AIL) no direito da União Europeia e no Brasil. Em relação à União Europeia, há um longo processo de reforço da AIL como instrumento de melhoria da qualidade da legislação e regulação que levou ao Acordo Interinstitucional sobre Legislar Melhor de 2016. Já no Brasil, no plano federal, não há a previsão expressa da realização de AIL para atos legislativos ou decretos presidenciais. Nos termos de recentes inovações legislativas, a Análise de Impacto Regulatório é apenas obrigatória para os demais atos normativos. Isso levante uma série de desafios e oportunidades para melhoria da política regulatória brasileira, especialmente tendo em vista as boas práticas recomendadas pela OCDE, entre elas, a AIL.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Processo Legislativo, Análise de Impacto. Direito Comparado. União Europeia.

Abstract

This article investigates the different degrees of institutionalization in juridical norms of the Legislative Impact Analysis (AIL) in European Union law and in Brazil. In relation to the European Union, there is a long process of strengthening the AIL as an instrument to improve the quality of legislation

and regulation that led to the Interinstitutional Agreement for Better Lawmaking of 2016. On the contrary, in Brazil, at the federal level, there is no express provision for the AIL for primary legislative acts or presidential decrees. In accordance with recent legal innovations, Regulatory Impact Analysis is mandatory only for the other normative acts. This raises a series of challenges and opportunities for improving Brazilian regulatory policy, especially considering the good practices recommended by the OECD, including the AIL.

Keywords: *Constitutional Law. Legislative Process. Impact Assessment. Comparative Law. European Union.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Os recentes avanços na UE – o Acordo Interinstitucional sobre Legislar Melhor de 2016. 3. Situação no Brasil – a falta da institucionalização da Análise de Impacto Legislativo. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

No Direito Comparado, há em curso uma verdadeira transformação do modo pelo qual as leis e demais atos normativos são elaborados. Deve ser destacado que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio de sua Comissão de Política Regulatória, vem há décadas estimulando a adoção de políticas e regramentos a respeito. Para a referida Comissão, “regulação” é entendida de forma abrangente e abarca não somente os regulamentos infralegais, mas a própria legislação primária que deve ser aprovada pelos Parlamentos, como as leis em geral (OCDE 2018)¹⁶⁵.

Entre as práticas mais difundidas está a Análise de Impacto Regulatório (AIR), entendida como “abordagem sistemática para avaliar criticamente os efeitos positivos e negativos de regulações e

¹⁶⁵ “Regulação: O conjunto diversificado de instrumentos pelos quais os governos estabelecem requisitos para empresas e cidadãos. A regulamentação inclui todas as leis, ordens formais e informais, regras subordinadas, formalidades administrativas e regras emitidas por órgãos não governamentais ou autorreguladores a quem os governos delegaram poderes regulatórios.” (OCDE, 2018, p. 252)

alternativas não-regulatórias propostas e existentes”¹⁶⁶. Inspirada nessa prática, cunhou-se a expressão Análise de Impacto Legislativo (AIL), como espécie de AIR, para denotar essa abordagem especificamente direcionada aos atos legislativos (MENEGUIN 2017, p.89). Neste trabalho, portanto, a AIL é entendida como uma modalidade de Análise de Impacto realizada *ex ante* sobre proposições legislativas.

Não se trata de mecanismo de substituição da decisão política, mas de uma ferramenta cujo objetivo é assegurar que as normas jurídicas sejam produzidas a partir de evidências concretas para, de um lado, ganhar-se legitimidade democrática no processo de sua elaboração com mais participação social e informações e, de outro lado, mais eficiência mediante um texto normativo de maior qualidade e efetividade fundado em diagnósticos da realidade mais precisos e propostas mais realistas (POPELIER 2017, p.4).

Deve ser afastada a ideia de que a Análise de Impacto Regulatório se resume a uma avaliação exclusivamente econômica da normatização proposta. Embora uma das metodologias mais difundidas de Análise de Impacto seja a análise custo-benefício (*cost benefit analysis*), em que é feita uma análise comparativa entre os custos a serem suportados pelo poder público e agentes privados e os benefícios esperados, há outros modelos como a análise multicritério, que objetiva identificar impactos sociais das medidas em exame, ou análises de impacto sobre questões não econômicas, como será visto abaixo.

Não é objetivo deste trabalho fazer uma revisão das diversas ferramentas e estratégias regulatórias hoje existentes na experiência internacional, que passam por simplificação normativa, incorporação de *insights* das Ciências Comportamentais, experimentos legislativos, cláusulas de revisão obrigatória (*sunset clauses*), entre outros¹⁶⁷.

O objetivo do presente artigo é identificar a experiência da União Europeia na institucionalização da AIL no âmbito da legislação

¹⁶⁶ “Avaliação de Impacto Regulatório: Processo sistemático de identificação e quantificação dos benefícios e custos que provavelmente resultarão de recursos regulatórios ou não regulatórios decorrentes de uma política em consideração. Uma AIR pode ser baseada em análise de custo-benefício, análise de impacto nos negócios etc.. A avaliação de impacto regulatório é também rotineiramente referida como análise de impacto regulatório, às vezes de forma intercambiável.” (OCDE, 2018, p. 250).

¹⁶⁷ Para uma revisão de literatura, comparação da experiência brasileira da política regulatória do Poder Executivo federal com a dos EUA e da União Europeia e a defesa da expansão da Análise de Impacto Regulatório, especialmente no âmbito do direito administrativo brasileiro, ver Paula (2016).

comunitária e, em seguida, examinar em contornos gerais a situação no plano federal brasileiro. A escolha da União Europeia como experiência a ser investigada refere-se ao fato de ela ser entendida como uma das mais avançadas em termos de Avaliação de Impacto de proposições legislativas (OCDE 2021, p. 294-5). Trata-se de mais um exemplo do seu protagonismo em boas experiências regulatórias, o que tem levado a uma “exportação” de seus modelos de regulação para outros países – o que é denominado de “efeito Bruxelas” por Anu Bradford (2020). A partir da comparação, a título de conclusão, são feitas algumas constatações e considerações para o avanço do tema no Brasil.

2. Os recentes avanços na EU: o Acordo Interinstitucional sobre Legislar Melhor de 2016

As boas práticas internacionais recomendadas pela OCDE preveem a adoção da Análise de Impacto para a regulação, especialmente a legislação primária e não somente atos administrativos regulamentares. Reitera-se que “regulação” aqui é entendida como todos os atos normativos estatais direcionados a estabelecer exigências para os diversos atores sociais, abarcando, inclusive, as leis em sentido formal.

Destaca-se que praticamente todos os 38 países da OCDE adotam a Análise de Impacto Legislativo obrigatória, pelo menos para os projetos de lei de maior repercussão (OCDE, 2021, p. 73). Isso porque a realização da AIL consome recursos escassos, como tempo, atenção institucional e pessoal, sendo destinada, via de regra, não a todas as propostas normativas, mas especialmente às mais relevantes.

Neste ponto, é interessante examinar em maior profundidade o exemplo da União Europeia como um testemunho da percepção sobre a função central do Poder Legislativo na produção normativa e a necessidade do aprimoramento da qualidade da produção legislativa como condição de legitimidade de seu sistema político supranacional.

Em seus anos iniciais, a União Europeia fora marcada por um processo de elaboração normativa fortemente inspirada nos moldes do direito administrativo. Esse modelo era criticado por ser “tecnocrático”, em que os “burocratas de Bruxelas” definiam questões da vida econômica e social do bloco sem maior representatividade democrática. Como aponta Peter Lindseth, o modelo de governança da produção normativa na União Europeia foi construído paulatinamente com base no modelo de delegação administrativa e regulação para fora dos canais

tradicionais de representação política (nesse caso, os Chefes do Executivo nacionais e Parlamentos). Não havia a percepção de que órgãos comunitários seriam fonte de legitimidade de um sistema representativo, como ocorria nos Estados nacionais (LINDSETH 2010, p.23-24).

Em face desse cenário de crise da legitimidade do sistema comunitário, diversas mudanças institucionais estão em andamento para reformar seu modo de produção normativa para que se torne mais transparente, com mais participação social e eficiência.

O Tratado de Lisboa de 2007 incluiu o art. 8º- A (atual art. 10) no Tratado da União Europeia, no sentido de que: “O funcionamento da União baseia-se na democracia representativa.” Ou seja, depois de décadas da adoção de um modelo de produção normativa mais próxima do direito administrativo regulatório, houve formalmente o reconhecimento nas normas de maior hierarquia do bloco de que a democracia representativa deve ser um dos seus pilares de funcionamento.

Nesse sentido, esse Tratado criou um formalmente denominado “processo legislativo” no âmbito comunitário, estabelecendo a iniciativa privativa de todas as proposições legislativas para a Comissão (que corresponde ao Poder Executivo em âmbito comunitário) e ampliando as competências e participação do Parlamento Europeu, cujos deputados são diretamente eleitos pelos cidadãos europeus (ROSE-ACKERMAN *et al.* 2015, p.222). No modelo anterior ao Tratado, o Parlamento tinha papel apenas consultivo em algumas matérias. A partir das modificações do Tratado, ele passa a ser um “colegislador” de modo a participar praticamente em pé de igualdade com o Conselho da União Europeia (DIETER-BOECHARDT 2016, p.67).

A União Europeia tem experiência de décadas com políticas de melhoria da qualidade regulatória tendo como um de seus marcos o lançamento do programa *Better Regulation* em 2002 que previu algumas hipóteses de AIL obrigatória (UNIÃO EUROPEIA 2021a, p.9).

Em maio de 2016, foi formalizado um novo “Acordo Interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia (as ‘três instituições’) sobre Legislar Melhor”. Trata-se de iniciativa de grande relevância que consolidou as boas práticas acumuladas nos anos anteriores, inclusive as relacionadas

à melhoria da qualidade normativa, e amplia a institucionalização da AIL no âmbito comunitário europeu.

Já nos itens 1 e 2 do Preâmbulo do Acordo, fica registrada a igualdade entre os legisladores (Parlamento e Conselho da União Europeia) que cooperam com a Comissão de modo “leal e transparente ao longo de todo o processo legislativo”, partilhando entre as três instituições a “responsabilidade conjunta de dotar a União de legislação de elevada qualidade”. Nesse sentido, entre seus princípios e diretrizes (item 2), estão “a legitimidade democrática, a subsidiariedade e a proporcionalidade, e a segurança jurídica”, bem como a “simplicidade, a clareza e a coerência na redação da legislação da União” e “a máxima transparência do processo legislativo”.

O Acordo Interinstitucional é abrangente no que se refere ao processo legislativo comunitário e contém diretrizes para a “Programação” plurianual e anual (espécie de agenda legislativa da Comissão), a elaboração de propostas legislativas que estejam de acordo com os direitos fundamentais reconhecidos em âmbito europeu e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a transparência das negociações durante o processo legislativo, o compromisso com simplificação normativa, o monitoramento e avaliação *ex post* da legislação vigente, entre outros.

Há uma seção do Acordo Interinstitucional dedicada à Análise de Impacto Legislativo (Seção III), sendo que já no item 6 de seu Preâmbulo consta: “As três instituições consideram que a consulta pública e a consulta às partes interessadas, a avaliação *ex post* da legislação em vigor e as análises de impacto de novas iniciativas contribuirão para alcançar o objetivo de legislar melhor.”

É reconhecido que as Análises de Impacto Legislativo são instrumentos já incorporados às políticas de melhoria da legislação em âmbito comunitário e que são instrumentos de tomada de decisões políticas bem informadas, sem serem substitutas para a decisão política e sem levar a uma indevida demora no processo de tomada de decisão.

Nos termos do item 13 do Acordo, a AIL deve abranger a existência, escala e consequências do problema e da questão da necessidade de ação em âmbito comunitário. Deve ser feito o levantamento de possíveis soluções alternativas e, quando possível, os potenciais custos e benefícios de curto e longo prazo, bem como a identificação dos impactos econômicos, ambientais e sociais mediante análises quantitativas e qualitativas. Deve haver o pleno respeito aos direitos fundamentais e atenção aos impactos na competitividade, custos

administrativos de cumprimento da normatização com destaque especial para a posição das pequenas e microempresas, bem como em seus aspectos digitais e territoriais.

Como regra geral, todas as iniciativas previstas no Programa Anual da Comissão devem ser precedidas de uma Análise de Impacto, exceto casos devidamente justificados. Elas devem ser elaboradas pela Comissão com ampla consulta pública a interessados, *experts* e os parlamentos nacionais, sendo que, ao final, ela será avaliada por um órgão vinculado à Comissão para eventuais complementações ou correções (*Regulatory Scrutiny Board - RSB*). Ao apresentar a proposta legislativa, haverá a publicização da AIL e da opinião do RSB a respeito.

Tanto o Parlamento quanto o Conselho da União Europeia devem receber a AIL e, se entenderem necessário, solicitar que a Comissão complemente as informações enviadas ou, conforme suas regras internas, realizar suas próprias Análises de Impacto. Pode também haver uma nova AIL para as emendas substanciais à proposta em discussão.

É importante ressaltar que especialmente no âmbito da Comissão há uma prática reiterada de se expressarem formalmente quais serão as diretrizes de sua política legislativo-regulatória.

Em 29 de abril de 2021, a Comissão editou um novo comunicado em que registrou suas diretrizes (*Better regulation: Joining forces to make better laws*) (UNIÃO EUROPEIA 2021a). Entre elas, estão o reforço da responsabilidade das três instituições no aprimoramento do processo legislativo, nos termos do Acordo Interinstitucional de 2016. Também constam o “one in, one out approach”, em que há uma tentativa de reduzir o número de exigências regulatórias impostas aos atores sociais quando da criação de novas exigências, a intenção de que toda proposição legislativa seja diretamente relacionada à concretização da agenda sustentável 2030 da ONU e a ideia de “digital como padrão” como ambiente de interação social largamente utilizado pelas pessoas em geral.

Especificamente no que se refere à AIL, o Comunicado densifica as previsões do Acordo Interinstitucional de 2016. Há a previsão da incorporação de diferentes dimensões de impacto à AIL quando pertinentes, abarcando: as metas da agenda sustentável de 2030 da ONU, impactos para a transição ambiental “verde” e digital, igualdade de gênero, questões territoriais e as implicações para demais

países não-membros da União Europeia. Além disso, em casos de adoção de medidas urgentes em decorrência de crises severas (como a da Covid-19) em que não for possível a apresentação da AIL, é previsto que a proposta deverá ser acompanhada de uma exposição de suas razões e um relatório da equipe da Comissão deverá ser apresentado em até três meses com informações sobre as evidências disponíveis e os modelos de avaliação do ato a ser editado (UNIÃO EUROPEIA 2021a, pp. 13-15). Cabe destacar também que a Comissão é responsável por uma publicação de seu uso interno, a *Better Regulation Toolbox*, que compila uma série de recomendações e diretrizes não vinculantes para a melhoria da qualidade regulatória (UNIÃO EUROPEIA 2021b).

Para além da Comissão, a AIL também tem ganhado amplo terreno no âmbito do Parlamento da União Europeia.

Como exposto acima, o Acordo Interinstitucional de 2016 prevê que o Parlamento poderá disciplinar por atos internos a realização e avaliação das AIL. Nesse sentido, em 2017, foi reeditado o Manual de Análise de Impacto (*European Parliament Impact Assessment Handbook*) aprovado pela Conferência dos Presidentes das Comissões do Parlamento da União Europeia, em que constam as principais regras e diretrizes sobre o tema.

Uma vez apresentada a proposta de legislação e sua AIL pela Comissão da União Europeia, há uma breve análise feita pela Unidade de Análise de Impacto *ex ante* da consultoria legislativa do Parlamento (*European Parliament Research Service*) a respeito. Neste documento, verifica-se se estão presentes na AIL as informações necessárias seguindo as diretrizes acima expostas da própria Comissão (item 9 do Manual). Caso a comissão parlamentar entenda insuficientes as informações constantes da AIL, ela pode solicitar que a Unidade de Análise de Impacto *Ex Ante* faça um exame mais detalhado dela ou que auxilie na organização de reuniões com especialistas externos para solicitar esclarecimentos à Comissão da União Europeia (item 11 do Manual).

Em concretização do Acordo Interinstitucional de 2016, se uma comissão parlamentar entender que uma emenda altera “substancialmente” o projeto em discussão, ela pode solicitar à Unidade de Análise de Impacto *ex ante* que contrate especialistas externos para realização da AIL a ser posteriormente submetida à comissão (item 22 do Manual).

Em relatório referente ao ano de 2021, a Unidade de Análise de Impacto *ex ante* do Parlamento da União Europeia destaca que a grande

maioria das proposições legislativas que constaram da programação anual da Comissão (79 de 82 – 96% das propostas constantes da agenda anual) foi acompanhada de AIL.

Em avaliação das análises, destacaram-se pontos positivos e pontos a serem aprimorados. Os pontos positivos foram a qualidade dos dados, pesquisa e análises empregados, a correspondência da AIL e o ato legislativo proposto, a definição do problema e o exame de subsidiariedade/proporcionalidade da intervenção comunitária. Já os pontos a serem aprimorados foram: análise de impactos relevantes, consideração da opinião do RSB, mecanismos de monitoramento e avaliação *ex post* e alternativas consideradas para resolução do problema (UNIÃO EUROPEIA 2022, p.20).

Em conclusão deste item, fica clara a sólida institucionalização da AIL para os atos legislativos primários no âmbito da União Europeia mediante o Acordo Interinstitucional sobre Legislar Melhor de 2016, que estabelece amplas diretrizes sobre o tema. Além disso, há um compromisso das instituições europeias manifestado em um conjunto de atos regulamentares e internos que estabelecem procedimentos, boas práticas regulatórias e orientações sobre a realização da AIL, o que leva a sua expressiva utilização prévia à grande maioria das proposições legislativas apresentadas pela Comissão.

3. Situação no Brasil: a falta da institucionalização da Análise de Impacto Legislativo

No Direito Federal brasileiro, não há a previsão normativa da realização da Análise de Impacto Legislativo.

A Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, estabelece normas para a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, regulamentando o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal. A Lei trata, basicamente, da estruturação textual e da consolidação das leis. Contudo, seu alcance é muito restrito, pois apresenta poucos dispositivos relativos a como garantir melhor qualidade à legislação (SALINAS 2013, p.244).

De fato, as principais disposições da Lei Complementar nº 95, de 1998, são normas de Legística formal, que objetivam ganhos de clareza textual, simplificação redacional e, conseqüentemente, segurança jurídica. São normas de fundamental importância, pois permitem que as normas jurídicas instituídas por atos legislativos

possam ser mais facilmente compreendidas, sem incompatibilidades com o ordenamento jurídico e com maior segurança jurídica para que suas finalidades sejam atingidas.

Ocorre que se trata apenas de um primeiro passo na direção dos ganhos de qualidade da legislação como exigido pelo devido processo legislativo. Isso porque o princípio constitucional da eficiência, aplicado ao processo legislativo, estabelece a necessidade de institucionalização de um procedimento de elaboração normativa que permita que as normas jurídicas alcancem os resultados socialmente almejados, especialmente para a concretização de políticas públicas – reflexões objeto da legística material.

Regulamentando a Lei Complementar nº 95, de 1998, no âmbito do Poder Executivo federal, há o Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, que estabelece normas para a elaboração de minutas apresentadas pelos Ministros de Estado de atos normativos a serem editados pelo Presidente da República, abarcando, entre outros, as medidas provisórias e os projetos de lei ordinária. Esse Decreto revogou a normatização anterior constante do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002.

Ainda que não estabeleça a obrigatoriedade ou possibilidade de realização de AIL, o Decreto nº 9.191, de 2017, estabelece regras sobre a elaboração, redação, articulação, e alteração de atos normativos, diretrizes para a produção de pareceres jurídicos e de mérito sobre as propostas, além da possibilidade de realização de consultas públicas prévias para a elaboração desses atos como importante instrumento de participação social desde a fase de elaboração das minutas dos projetos e atos normativos.

O Decreto nº 9.191, de 2017, estabelece requisitos para a Exposição de Motivos do Ministro de Estado da área competente a ser encaminhada para o Presidente da República quando da sugestão de apresentação de projeto de lei ou adoção de medida provisória, bem como quais documentos devem acompanhá-la. Veja-se:

Exposição de motivos

Art. 27. A exposição de motivos deverá:

I - justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva, a edição do ato normativo, com:

a) a síntese do problema cuja proposição do ato normativo visa a solucionar;

Análise de Impacto Legislativo

b) a justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta; e

c) a identificação dos atingidos pela norma;

II - na hipótese de a proposta de ato normativo gerar despesas, diretas ou indiretas, ou gerar diminuição de receita para o ente público, demonstrar o atendimento ao disposto nos art. 14, art. 16 e art. 17 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e no art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

III - no caso de proposta de medida provisória, demonstrar, objetivamente, a relevância e a urgência; e

IV - ser assinada pelo Ministro de Estado proponente.

[...]

Documentos que acompanham a exposição de motivos

Art. 30. Serão enviados juntamente à exposição de motivos, além de outros documentos necessários à sua análise:

I - a proposta do ato normativo;

II - o parecer jurídico;

III - o parecer de mérito; e

IV - os pareceres e as manifestações aos quais os documentos de que tratam os incisos II e III façam remissão.

Por fim, há um conjunto de perguntas no Anexo do Decreto, que, nos termos de seu art. 13, deverão ser observadas na elaboração dos projetos de lei e das medidas provisórias.

No Anexo, há perguntas relacionadas a diretrizes de legística formal e – indo além das exigências da Lei Complementar nº 95, de 1998 – legística material sobre as preocupações apontadas acima, como possibilidade de impugnação perante o Poder Judiciário (item 2.3.7), restrição a direitos fundamentais (item 10), análise de custos e benefícios (item 16) e exigências de simplificação administrativa (item 17). Essas questões caminham na direção de instituir diretrizes de legística material no âmbito do Poder Executivo, de modo a integrar diferentes áreas do conhecimento na formulação de políticas públicas, examinando alternativas sobre diversos pontos de vista, entre eles o jurídico.

Aqui deve ser reconhecida a existência, no plano normativo, de elementos de uma política legislativo-regulatória por parte do Poder Executivo federal. Há a previsão de diretrizes a serem seguidas por meio de normas jurídicas vinculantes internas à Administração Pública federal no momento da edição de medidas provisórias ou apresentação

de projetos de lei por parte do Presidente da República. Trata-se de iniciativa muito salutar que, desde o Decreto nº 4.176, de 2002, é inspirada em boas práticas legislativo-regulatórias internacionais.

Também há a positiva previsão, nos artigos. 40 a 43 do Decreto nº 9.191, de 2017, de que poderá haver consultas públicas da proposta de ato normativo a ser submetida ao Presidente da República. A iniciativa da abertura da consulta pública deverá partir do ministério ou órgão que propuser a adoção do ato normativo e será decidida pela Casa Civil. Tais dispositivos claramente são concretizações do princípio da participação social, que faz parte do devido processo legislativo, pois permitem que a sociedade como um todo ofereça contribuições no momento de elaboração das proposições legislativas de autoria do Poder Executivo antes de elas serem submetidas ao Congresso Nacional.

Contudo, a despeito da previsão normativa dessas diretrizes, elas ainda não foram capazes de transformar o modo de produção normativa do Poder Executivo, nem de institucionalizar a prática da Análise de Impacto Legislativo em relação às proposições de sua autoria.

O Decreto nº 9.191, de 2017, em boa medida reproduz as disposições do Decreto nº 4.176, de 2002, em relação ao qual já havia o diagnóstico de pouca efetividade de suas exigências. Continua a não haver obrigatoriedade de redução por escrito das considerações feitas sobre as perguntas do Anexo e tampouco há alguma sanção expressa para a falta de sua utilização. As perguntas do Anexo podem funcionar como um roteiro útil, mas, na prática, apresentam um déficit de institucionalização, por não preverem mecanismos de fiscalização e controle da sua devida utilização. Os responsáveis pela elaboração das minutas de atos normativos do Poder Executivo federal acabam encarando suas disposições como meras questões burocráticas e sem maiores impactos na prática normativa (SALINAS 2013, p.247; PAULA 2016, p.114).

Também não há a prática de se realizarem as consultas públicas previstas nos arts. 40 a 43 do Decreto nº 9.191/2017. Foi formulado pedido de acesso à informação para saber quantas consultas públicas foram feitas desde a entrada em vigor do Decreto nº 9.191/2017 e quais atos normativos ou projetos de lei foram editados depois de realizadas. Conforme a resposta recebida, até 30 de março de 2021, somente houve

a realização de duas consultas públicas e nenhuma delas resultou em ato normativo ou projeto de lei¹⁶⁸.

Mesmo após a apresentação da respectiva proposição legislativa, verifica-se que o Decreto nº 9.191, de 2017, não implica necessariamente o aprofundamento do debate público sobre as justificativas que fundamentam a respectiva proposição apresentada ao Congresso Nacional.

É frequente que não sejam enviadas ao Congresso Nacional as respostas aos questionamentos do Anexo do Decreto nº 9.191, de 2017, tampouco dos pareceres de mérito, pareceres jurídicos ou outros estudos utilizados para a formulação da Exposição de Motivos, do texto normativo e das respectivas justificativas. Especialmente nos casos em que há impacto orçamentário-financeiro, pode haver vício de inconstitucionalidade, em razão das exigências do art. 113 do ADCT, se essas informações não forem apresentadas durante a tramitação da matéria.

Há casos, ainda, em que a Exposição de Motivos Ministerial encaminhada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional fazia menção a esses documentos que estariam “anexos” a ela. Contudo, pelo menos considerada a documentação enviada ao Congresso Nacional, eles não chegaram a ser enviados de fato. Como um exemplo, pode ser citada a Medida Provisória nº 770, de 2017, que ampliava a vigência de benefício tributário e cujos estudos de impacto não foram encaminhados ao Congresso Nacional – a despeito de serem expressamente mencionados na Exposição de Motivos que a acompanhou durante a tramitação legislativa.

Isso mostra que, além de não haver a previsão expressa de realização da AIL no âmbito do Poder Executivo federal no que se refere à legislação primária, as normas existentes no Decreto nº 9.191/2017 ainda carecem de maior concretização.

Os maiores avanços na institucionalização da Análise de Impacto no Poder Executivo não estão relacionados aos atos legislativos, mas aos atos administrativos normativos infralegais.

Nos termos do art. 6º da Lei Geral das Agências Reguladoras federais (Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019) e do art. 5º da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), deve

¹⁶⁸ Casa Civil da Presidência da República, resposta ao Pedido de Acesso à Informação NUP 00137.003418/2021-66, de 30/03/2021.

ser realizada previamente a Análise de Impacto Regulatório para a edição de atos administrativos normativos que possam causar impactos relevantes em setores regulados ou agentes econômicos, com consultas e audiências públicas, utilização de metodologias de exame de impactos, exame de medidas alternativas e publicização dos resultados encontrados.

O Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, regulamenta as duas leis neste ponto. Em seu art. 2º, inciso I, dispõe o Decreto que a Análise de Impacto Regulatório é: “procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão”. Em seus demais dispositivos, são previstas normas sobre requisitos para dispensa da Análise de Impacto Regulatório, as metodologias a serem utilizadas, o procedimento para consultas e audiências públicas e os elementos dos relatórios de Análise de Impacto.

Entretanto, por expressa previsão do art. 1º, § 3º, do Decreto nº 10.411/2020, ele não se aplica aos atos a serem submetidos ao Congresso Nacional, como projetos de lei ordinária ou medidas provisórias ou até mesmo decretos presidenciais. Em outras palavras, a Análise de Impacto Regulatório é apenas aplicável e exigível aos atos em patamar hierárquico inferior à legislação e aos decretos presidenciais.

No âmbito das Casas do Congresso Nacional também não há previsão expressa da realização da AIL.

Cabe destacar que não há um ato normativo como o Decreto nº 9.191, de 2017, que institua uma política legislativo-regulatória no âmbito do Congresso Nacional. Os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal não contêm dispositivos expressos que revelem diretrizes claras sobre Legística material no momento de elaboração e deliberação das proposições legislativas, aplicando-se apenas os dispositivos de Legística formal contidas na Lei Complementar nº 95, de 1998.

O Regimento Interno do Senado Federal, em seu art. 412, contém dispositivo sobre os “princípios” do processo legislativo, entretanto, nenhum deles expressa diretrizes sobre Legística em sentido material. Há manuais de redação elaborados por diferentes órgãos das Casas, como, por exemplo, o “Manual de Redação da Câmara dos Deputados” ou “Manual de Redação Parlamentar e Legislativa” da

Consultoria Legislativa do Senado Federal. Entretanto, não contam com força obrigatória – nem mesmo por normas internas regimentais – e têm por foco questões eminentemente redacionais e estilísticas.

De todo modo, uma das iniciativas recentes que caminha nesse sentido é a avaliação periódica de políticas públicas, inscrita no art. 96-B do RISF pela Resolução nº 44, de 17 de setembro de 2013. A cada ano, as comissões permanentes farão avaliação do “impacto das políticas públicas e das atividades-meio de suporte para sua execução” implementadas pelo Poder Executivo federal, ao final elaborando um relatório.

Trata-se da avaliação *ex post* que começa a produzir os primeiros resultados positivos de controle e fiscalização, bem como de identificação de pontos a serem aprimorados na legislação (GUIMARÃES 2019). É curioso perceber que, na experiência de praticamente todos os países da OCDE, primeiro é institucionalizada a avaliação *ex ante* para, posteriormente, criarem-se as condições para realização da avaliação *ex post*. Não foi a opção tomada pelo Senado Federal.

Na mesma linha da Avaliação de Impacto *ex post*, a partir da Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, o § 16 do art. 37 da Constituição Federal estabelece: “Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”. Nos termos do § 16 do art. 165 da Constituição, as leis orçamentárias deverão “observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação de políticas públicas previstos no § 16 do art. 37”. Novamente, trata-se da institucionalização – agora em nível constitucional – do dever de avaliar e monitorar políticas públicas (e o aparato normativo que lhes dão suporte) *ex post*, sem a previsão clara do dever de realizar a AIL *ex ante*, ou seja, antes da apresentação ou durante a apreciação das proposições legislativas. De todo modo, ainda não há, no plano federal, a lei exigida pelo art. 37, §16, da Constituição Federal.

Esse quadro, portanto, revela importantes conclusões. O Poder Executivo vem avançando na construção de uma política legislativo-regulatória que abrange tanto os atos a serem enviados ao Congresso Nacional (especialmente os projetos de lei ordinária e medidas provisórias) e decretos (regidos pelo Decreto nº 9.191, de 2017), quanto

atos normativos administrativos abaixo do nível de decreto (regidos pelo Decreto nº 10.411, de 2020).

Contudo, as maiores exigências institucionalizadas de Análise de Impacto, transparência e participação social estão nos atos normativos de menor nível hierárquico, sendo que as medidas provisórias, projetos de lei e decretos seguem regidos por diretrizes mais flexíveis e que, na prática, muitas vezes não são seguidas pelo Poder Executivo. Já o Poder Legislativo sequer tem uma política legislativa definida em ato normativo para a Análise de Impacto Legislativo, tendo o Senado Federal institucionalizado a prática de avaliação *ex post* de políticas públicas, antes mesmo de prever a realização de análise de impacto *ex ante*.

A expansão da Análise de Impacto Legislativo é fundamental para que se tenha ganhos no debate público a ser feito sobre as propostas com prováveis ganhos informacionais no momento de tomada da decisão, em concretização dos princípios da deliberação e da eficiência do devido processo legislativo. Ela também é importante, pois permite que haja a possibilidade de uma participação social qualificada já na construção inicial do texto a ser apresentado como proposição legislativa ou durante sua apreciação.

Não se trata de exigir que toda a proposta legislativa tenha a Análise de Impacto *ex ante*, mas criar regras de prioridade e seleção das propostas de maior relevância e impacto econômico-social. Como ressalta Alexandre Cunha Filho, isso pode ser feito mediante regras que incidam já no momento de apresentação da proposta ou durante sua tramitação perante as comissões ou Plenário (CUNHA 2017, pp. 64-167). Uma possibilidade, nesse sentido, é utilizar-se a experiência com a Análise de Impacto Regulatório do Decreto 10.411/2020 para expandi-la, no que cabível, para as proposições legislativas.

4. Conclusão

A comparação da institucionalização da AIL na União Europeia e no Brasil revela dois quadros completamente distintos.

A União Europeia acumula décadas de experiência com a realização de AIL em relação aos atos legislativos primários. Com o Acordo Interinstitucional de 2016 para Legislar Melhor, foram institucionalizadas boas práticas a respeito como a previsão de sua realização como regra geral para as propostas constantes da Programação Anual da Comissão da União Europeia, a ampliação das

consultas públicas, seu conteúdo mínimo, inclusive com relação aos impactos sobre os direitos fundamentais e em atenção à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Para além do Acordo, há um conjunto de diretivas não vinculantes no âmbito da Comissão e do Parlamento da União Europeia que ampliam as perspectivas de análise de impacto para outras dimensões não econômicas.

Já no caso do Brasil, especificamente no que se refere ao plano federal, não há a previsão expressa da realização da AIL como instrumento de ganho de qualidade regulatória e legitimidade democrática no que se refere à legislação primária. A Lei Complementar nº 95/1998 estabelece regras gerais de redação das leis focadas em aspectos de Legística Formal. O Decreto nº 9.191/2017, embora contenha importantes disposições relacionadas à Legística material, não prevê mecanismos expressos para seu cumprimento tampouco a realização da AIL. No âmbito do Congresso Nacional, não há dispositivos regimentais ou de outros atos internos que determinem a realização de AIL.

No plano federal, a Análise de Impacto Regulatório é apenas prevista para atos administrativos normativos, mas não para as proposições legislativas. De todo modo, o recente Decreto nº 10.411/2020 aponta na direção certa da incorporação da Análise de Impacto – ainda que somente para determinados atos administrativos – e pode ser utilizado como ponto de partida para esse percurso.

É interessante que o Poder Executivo, seguindo as boas práticas internacionais, expanda sua política legislativo-regulatória, especialmente a exigência de Análise de Impacto também para a legislação primária, como projetos de lei e medidas provisórias. Trata-se de medida que criará uma verdadeira cultura de planejamento, avaliação e monitoramento das políticas públicas e da legislação. Além disso, no âmbito do Poder Legislativo é urgente a previsão de mecanismos de política legislativo-regulatória, como diretrizes de Legística material e a realização da AIL para projetos de maior relevo em nível regimental para que ganhem o atributo da vinculatividade e, com isso, maior difusão nas práticas legislativas.

Como demonstra a experiência da União Europeia, a institucionalização da prática da AIL não consiste apenas na simples previsão normativa de sua realização obrigatória em determinados casos. Embora a ampliação da AIL exija que sejam criadas regras procedimentais com seus pressupostos e etapas, há um processo de

transformação da cultura regulatória que também exige um esforço de diversas instituições por meio do intercâmbio de boas práticas e pautas conjuntas.

5. Referências Bibliográficas

BRADFORD, Anu (2020). **The Brussels Effect - How the European Union rules the World**. Oxford: Oxford University.

CUNHA, Alexandre J.C. (Fº.). (2017) Do devido processo legislativo. *In*: Cunha, A.J.C.(Fº.) et al. (orgs.). *Direito, Instituições e Políticas Públicas*. São Paulo: Quartier Latin, p. 155-177.

DIETER-BOECHARDT, Klaus (2016). **O ABC do direito da União Europeia**. Bruxelas: Comissão Europeia.

GUIMARÃES, Alexandre (2019). **A avaliação de políticas públicas no Senado Federal (2014-2017):** notas de pesquisa. Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2019.

MENEGUIN, Fernando (2017). Balizas para uma metodologia e estudos de caso. *In*: Meneguín, F.; Silva, R.S. (orgs.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, p. 88-101.

OCDE (2018). **OECD Regulatory Policy Outlook**. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021

OCDE (2021). **OECD Regulatory Policy Outlook**. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021

PAULA, Felipe (2016). **Avaliação legislativa no Brasil:** limites e possibilidades. São Paulo: Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PEPELIER, Patricia (2017). **A legal perspective on Regulatory Impact Assessments**. Simpósio Internacional sobre Análise de Impacto Regulatório da Corte Europeia de Auditores. Disponível em: <<https://www.eca.europa.eu/sites/regulatory-impact-analysis-conference/EN/Documents/Article%20Popelier.pdf>>.

ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James (2015). **Due Process of Lawmaking:** the United States, South Africa, Germany and the European Union. Cambridge: Cambridge University.

SALINAS, Natasha S.C. (2013). Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 3: 229-249.

UNIÃO EUROPEIA (2021a). **Better regulation:** Joining forces to make better laws. Comissão da União Europeia.

UNIÃO EUROPEIA (2021b). **Better Regulation Toolbox**. Comissão Europeia da União Europeia, 2021b.

UNIÃO EUROPEIA. **European Parliament work in the fields of impact assessment and European added value - Activity Report for 2021.** Parlamento Europeu, 2022.

Victor Marcel Pinheiro

Bacharel em Direito (USP). Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Foi *Visiting Scholar* na Universidade de Columbia (EUA) e aluno visitante da Ludwig-Maximilians-Universität (Alemanha). Consultor Legislativo do Senado Federal e Advogado. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

GOVERNANÇA PÚBLICA MULTINÍVEL: UM EFEITO LEGISLATIVO FELIZMENTE INFERIDO, MAS À DERIVA? ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O SANEAMENTO BÁSICO

*MULTILEVEL PUBLIC ADMINISTRATION: A LEGISLATIVE
EFFECT GLADLY INFERRED, BUT ADRIFT? ANALYSIS
FROM THE BRAZILIAN LEGISLATION ABOUT BASIC
SANITATION*

Ciro di Benatti Galvão

Resumo

O estudo da governança pública multinível tem ganhado projeção acadêmica, em termos políticos e jurídicos, especialmente por possibilitar que os Estados, notadamente os de composição federativa, possam cumprir com o compromisso normativo de realização dos principais objetivos constitucionais que lhes são impostos. A reflexão principal proposta pelo presente texto é saber, levando em conta a conexão do saneamento básico com valores e direitos constitucionais fundamentais, se a legislação vigente sobre esta temática sugere que os desafios deste setor de prestação de serviços públicos possam ser enfrentados a partir da ótica da governança pública multinível, levando-se em consideração o grau de amadurecimento político-institucional do Estado brasileiro para a efetivação do compartilhamento do processo de tomada de decisão em um setor tão importante para o desenvolvimento social.

Palavras-chaves: Legística; saneamento básico; Lei 14.026/2020; governança pública multinível.

Abstract

The study of multilevel public administration has gained academic projection, in political and legal terms, notably for

enabling States, especially those with a federative composition, to comply with the normative commitment of achieving the main constitutional aims imposed on them. The main reflection proposed by this text is to know, taking into account the connection between basic sanitation and elementary constitutional values and rights, whether the current legislation on this subject suggests that the challenges of this sector of public service provision can be faced from the perspective of multilevel public administration, taking into account the degree of institutional-political maturity of the Brazilian State for the effective sharing of the decision-making process in a sector so important for social development.

Keywords: *Logistics; sanitation; Law 14.026/2020; multilevel public governance*

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Breves notas compreensivas sobre a logística e a importância da avaliação do impacto legislativo para a gestão pública 2.2. A governança pública multinível como efeito desejado (?) pela Lei 14.026 de 2020. 3. Considerações finais. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Na realidade europeia, a atenção dada ao estudo do fenômeno legislativo, em todas as suas nuances, tem sido crescente, especialmente para impedir ou minimizar efeitos negativos do conteúdo legislado, geralmente derivados de falhas ou falta de critérios no seu planejamento, de sorte que a temática passou a ser pauta prioritária de diversos governos, conforme observado por Alexandre de Castro (2007).

Diversamente, na realidade brasileira, o estudo do domínio conceitual da “Legística”, bem como do impacto ou avaliação legislativa dela decorrente e que está relacionada à verificação e análise dos efeitos das leis, ainda são de pouca exploração acadêmica, particularmente no contexto jurídico. Há, por aqui, incipiente dedicação à sua caracterização como objeto epistemológico autônomo, mesmo sendo reconhecido o seu potencial transformador da realidade social, que tem demandado, gradativamente, decisões estatais cuja qualidade,

muitas vezes, está relacionada à edição de boas e adequadas leis, das quais se possa extrair utilidade para o interesse público.

A valorização de seu estudo e a conseqüente assimilação governativa podem contribuir para uma gestão pública mais estratégica, refletindo na obtenção de maiores chances de desenvolvimento nacional. Sim, prezado leitor, boas leis auxiliam no desenvolvimento das nações, especialmente quando os seus efeitos induzem ou fomentam comportamentos dos quais se podem extrair aperfeiçoamento para o interesse público ou bem-estar social.

Um bom exemplo de demanda social que tem requerido um adequado tratamento legislativo, repercutindo na tomada de decisões político-administrativas, em termos de gestão pública, é a efetiva universalização do acesso igualitário ao saneamento básico, ou melhor, aos serviços públicos que o compõem (tratamento e distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgoto, coleta de lixo e resíduos sólidos e drenagem urbana de água), levando em consideração a discrepante realidade política e econômica interna das regiões e localidades governativas do País.

A recente edição da lei 14.026 de 2020, contendo alterações à Lei 11.445 de 2007, oportuniza a análise dos seus efeitos para o processo de governança pública interna de um tema tão sensível e caro ao interesse público, especialmente em razão da vinculação dos serviços de saneamento básico à efetivação de direitos fundamentais sociais como saúde (art.6º c/c art. 196, CF/1988) e moradia, bem como de sua ligação com alguns dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro como um todo, dispostos no art. 3º da CF/1988.

A partir disso, entender os reflexos dessa legislação na condução da governança pública de um tema tão sensível como esse, especialmente em um contexto federativo como o Brasil, é o objetivo do presente trabalho, de maneira que a ele está ligado o seguinte convite à reflexão: reconhecida a vertente multinível da governança pública como uma tendência governativa e de gestão pública mais proativa e qualitativa em seus propósitos, especialmente em “Estados Compostos”¹⁶⁹, poderá ser tida como um dos efeitos da legislação

¹⁶⁹ Para a compreensão das formas de Estado, particularmente os denominados “Estados compostos”, contrapondo-se aos “Estados simples”, cf. Dalmo Dallari (2013, p. 251), Nina Ranieri (2013, p. 134-136), Darcy Azambuja (2005, p. 363-369) e, na literatura estrangeira, Alexandre Groppali (1968, p. 241-245).

brasileira sobre o saneamento básico? Caminhamos no sentido conduzido por este efeito legislativo, aperfeiçoando o processo de governança pública de questões complexas como essa ou, infelizmente, há algum obstáculo à operacionalização dessa tendência governativa?

O itinerário expositivo a ser adotado será o seguinte: na primeira parte, será delineada a compreensão do fenômeno da legística, sobrelevando-se, em sua dimensão material, a questão dos efeitos legislativos ou avaliação dos impactados legislativos como oportunidade para que Estados compostos como o Brasil repensem a gestão pública de temas sociais complexos como a prestação do saneamento básico.

Na sequência, refletir-se-á sobre a governança pública multinível como um efeito (desejado ou inferido?) do regime jurídico estabelecido pela legislação vigente sobre o saneamento básico no País. Aqui, será defendida a ideia de que há, a partir desse conjunto normativo, uma oportunidade para que o Brasil repense ou redimensione a gestão pública do saneamento básico, especialmente tendo em vista uma das motivações que informaram a sua edição, atentando-se, ainda, para o fato de que a legislação vigente deve estar em sintonia com a “Agenda 30” da ONU – Organização da Nações Unidas, que estabeleceu dentre os seus “Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS)”, o ODS-6, relativo à garantia da disponibilidade e da gestão sustentável da água e saneamento para todos, tendo o Brasil aderido a tal compromisso juntamente com mais 192 países.

Por fim, após breve síntese expositiva, será dada brevíssima ênfase à viabilidade política desse efeito legislativo, no sentido de se questionar se há, na realidade nacional, inclinação ou maturação político-administrativa para efetivar a proposta multinível de governança dos serviços públicos de saneamento básico.

2. Desenvolvimento

2.1. Breves notas sobre a legística e a importância da avaliação do impacto legislativo

Na condição de expressões da vontade do Estado, com vistas à estabilização e organização da vida em sociedade, as leis não podem se restringir a uma abordagem meramente estática, preocupando-se,

apenas, em ressaltá-las como meros produtos de uma das atividades estatais, em contextos de Direito.

Diversamente, deve ser sobrelevada a sua abordagem dinâmica, atribuindo-se importância tanto à compreensão do processo deliberativo que as antecipa (com pretensão de lhes garantir a qualidade necessária), quanto à sua performance prática, ou seja, às consequências ou efeitos de sua incidência social, podendo ser dito, assim, que as leis são “instrumentos da ação do Estado”, conforme sintetizado por Luzius Mader (2007, pp. 196-198).

É com base nessa linha de pensamento que a compreensão da expressão “Legística” será desenvolvida neste tópico.

Fabiana de Menezes Soares (2007, p.7) a compreende como o saber jurídico cuja evolução se fundamentou em certas questões recorrentes na história da ciência do Direito, a exemplo: a) da busca por legislações mais eficazes, ou seja, aptas à produção de efeitos concretos junto à sociedade; b) do desafio de compatibilizar o Direito com as necessidades, expectativas e demandas sociais; c) do questionamento da lei como instrumento exclusivo para o alcance de mudanças sociais e, ainda; d) da necessidade de democratização do acesso aos textos legais, já que as leis acabam tendo papel significativo em termos de comunicação das pretensões do próprio Estado com relação ao interesse social, do qual ele é curador por excelência.

Percebe-se que se trata de um nicho de estudo relacionado à obtenção de boas legislações, preocupando-se tanto com o seu procedimento formal de elaboração, desde a escolha do assunto que será pauta de análise, por estar vinculada a alguma necessidade, desafio ou problema social – fase diagnóstica – até o rito formal de condução da deliberação feita junto aos órgãos legislativos competentes – processo legislativo em sentido próprio, quanto com o(s) resultado(s) ou efeito(s) normativo(s) pretendido(s) que irá(ão) incidir socialmente a partir da edição de eventual lei.

O que é uma boa lei? Que critérios deve preencher? A Legística surgiu para ajudar a entender os componentes em jogo. Já não basta que uma lei seja bem feita do ponto de vista técnico ou formal, ou que esteja em sintonia com normas do mesmo teor editadas em outras instâncias. É preciso, entre outros requisitos, que seja capaz de produzir os efeitos que dela se esperam; que atenda às demandas motivadoras de sua criação; que seja elaborada com a participação dos cidadãos e seja de fácil acesso

para eles. (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS 2009, p.5-6)

A partir disso, pode ser atribuído à legística um duplo enquadramento compreensivo: a “legística material” e a “legística formal”, dimensões que não se excluem, estando em constante interação, “desde a ‘justificação’ do impulso para legislar até o reordenamento do sistema jurídico em razão da nova legislação” (SOARES 2007, p.8).

A “Legística material” preocupa-se em reforçar o que Fabiana Soares (2007, p.8) denomina de “facticidade” (ou “realizabilidade”), bem como a efetividade da legislação, atribuindo-se atenção, digamos assim, ao conteúdo da lei (à temática tratada propriamente pela lei, além dos motivos ou razões que despertam o “impulso de legislar”) e à sua colocação em prática, sobrelevando-se a análise dos resultados práticos dela advindos. Seu escopo, nas palavras da autora, está em “atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação” (p.8).

A respeito deste enquadramento, concorda-se com o pensamento de Luzius Mader (2001, p.121), para quem a “Legística material” se preocupa com a identificação e análise do problema ou desafio de ordem social cujo enfrentamento resolutivo sugere certa ação legislativa, atentando-se, ainda, para outros fatores a exemplo dos propósitos da legislação editada; os meios por ela dispostos para que tais propósitos se realizem e, a verificação dos efeitos do conteúdo legislado (pp.121-122), constatando-se, ao final, se se está diante de uma legislação útil ou não, em razão do atendimentos dos fins prefixados.

Em outro trabalho a respeito do tema, Luzius Mader (2007, p.199) salienta que o foco desta dimensão da legística está no assunto objeto de deliberação normativa, implicando, digamos assim, a busca por procedimentos que assegurem não apenas a aplicação de seu conteúdo, tornando-o efetivo, mas, também, a necessidade de avaliação dos efeitos oriundos do conteúdo legislado. Há, por assim dizer, preocupação especial com a necessidade, utilidade, efetividade e harmonia do ato normativo elaborado com o ordenamento jurídico, conforme bem exposto por Ricardo Perpétuo (2009, p.25).

Por sua vez, a “Legística formal”, conforme observado por Luzius Mader (2007, p.199), interessa-se, em especial, pela forma dos

atos legislativos, ou seja, pela sua redação, tendo em vista atribuir-lhes clareza, concisão, precisão (cf. PERPÉTUO 2009, p.27), atuando também, de acordo com Fabiana Soares (2007, p.8), na otimização da comunicação legislativa, fornecendo princípios que se destinam ao aperfeiçoamento da compreensão, bem como da acessibilidade aos textos legislativos, justamente em razão da sua pretensão democrática, frise-se.

A respeito dessa dimensão da Legística, Natasha Salinas sintetiza a sua explicação e, ao contrapô-la à dimensão material, observa que “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’” (“Legística material”), ou seja, são “aspectos próprios da dimensão formal” (SALINAS 2013, p.234).

Exposto o cenário compreensivo geral da Legística, cuida-se, agora, da avaliação de impacto legislativo, elemento que integra a sua dimensão material, responsabilizando-se pela aferição dos efeitos desejados/pretendidos ou pelas consequências práticas de determinado conteúdo legislado.

A avaliação legislativa é um pré-requisito fundamental à “Legística material”, vocacionada à constatação da capacidade de resposta do legislador a certas demandas ou questões-problema da realidade social, ou seja, a partir de uma visão meramente instrumental da legislação, por intermédio da avaliação legislativa, é verificada a adequação social do produto legislativo, conforme depreendido do pensamento de Luzius Mader (2001, p.122).

Aproximando desse raciocínio, Natasha Salinas (2013, pp. 229 e 238) salienta que a avaliação legislativa se destina, basicamente, à análise dos atos normativos sob o enfoque dos desdobramentos ou intercorrências, digamos assim, que eles produzem no contexto ou realidade social. Por essa perspectiva, àquele que os avalia compete mensurar, especialmente, o impacto das leis em razão dos motivos, das razões e objetivos pretendidos pela elaboração da legislação avaliada.

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. (SALINAS 2013, p.237)

Análise de Impacto Legislativo

O estudo dos efeitos ou impacto legislativo não diz respeito à exteriorização de impressões ou apreciações de cunho subjetivo acerca da legislação por quem a esteja analisando, conforme mencionado Ricardo Perpétuo (2009, p.26), devendo ser guiado por aspectos objetivos para, por exemplo, aferir-se a sua eficácia normativa, conforme observado por Fabiana Soares (2007, pp. 8-9), destacando-se, dentre esses elementos objetivos:

- a) a pertinência e coerência da legislação criada com a situação-problema do mundo da vida que motivou a sua criação;
- b) a relação da legislação nova com as já existentes e que possam com ela conflitar ou guardar relação de complementariedade;
- c) a verificação das soluções contempladas pela legislação nova para a superação do desafio diagnosticado inicialmente;
- d) a análise das eventuais vantagens e inconvenientes constantes na solução trazida pela legislação;
- e) as eventuais implicações financeiras que o conteúdo legislado traz consigo e, ainda;
- f) as suas implicações no que diz respeito às relações intergovernamentais; bem como junto a grupos ou população atingida pelo conteúdo legislado.

Levando-se em consideração a compreensão da avaliação de impacto legislativo, importa verificar se a ideia de governança pública multinível pode ser entendida como efeito da legislação brasileira vigente acerca do saneamento básico, refletindo sobre a adequabilidade de sua gestão público-administrativa, ou seja, pode a ideia de governança pública multinível ser entendida como um efeito legislativo que causa(rá) impacto no comportamento da Administração Pública brasileira, testando a sua eficiência e compromisso com relação à realização prestacional dos serviços de saneamento básico?

2.2. A governança pública multinível como efeito desejado (?) pela Lei 14.026 de 2020

“Governança pública multinível” é uma derivação semântica da expressão polissêmica “governança (pública)”, de maneira que a análise dessa expressão-matriz, que lhe garante sustentação compreensiva, merece ser feita, brevemente.

A literatura estrangeira sobre o tema, já mais avançada na sua discussão, a exemplo de Hirst (2002, p. 14-19); Kooiman (2003, p. 24)¹⁷⁰ e, Peters (2002, p. 36-42)¹⁷¹, sinaliza que diferentes perspectivas contribuem para a compreensão da ideia de governança pública.

Em termos institucionais, a expressão também ganha diferentes nuances compreensivas, podendo ser citadas a Comissão para a Governança Global (*The Commission on Global Governance*¹⁷²) e, ainda, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD*¹⁷³).

No presente texto, a expressão será compreendida a partir das transformações comportamentais do Estado e do funcionamento de sua

¹⁷⁰ O autor atribui à ideia de interação social papel significativo na compreensão do termo governança de maneira que a interação social acaba sendo um “meio de lidar com a diversidade, complexidade e dinâmica das sociedades modernas”. Neste sentido, deduz-se de seu pensamento a ideia de que atores ou “players” importantes na arena pública compartilham com o Estado responsabilidades e papéis para que a gestão dos assuntos diversos que interessam à vida político-social se dê de maneira mais proveitosa, útil.

¹⁷¹ O autor relata a existência de uma abordagem “old” ou antiga e outra “nova” ou contemporânea, acerca da expressão: a primeira ligada a uma abordagem mais centrada na figura exclusiva do Estado no processo de condução resolutiva das questões político-sociais, digamos assim; a segunda, atributiva da maior protagonismo da própria sociedade neste processo, renegando ou contrapondo-se ao processo de participação ou intervenção estatal.

¹⁷² A instituição observa que a governança [pública] pressupõe a soma de diversas maneiras pelas quais indivíduos e instituições, do setor público e privado, administram assuntos comuns, devendo ser entendida como um processo contínuo por meio do qual interesses diversos, às vezes conflitantes ou contrapostos, inclusive, podem ser ajustados, abrangendo, também, arranjos comportamentais de base cooperativa.

¹⁷³ De acordo com a instituição, a expressão denota o emprego da autoridade política, bem como o exercício do controle social em relação à gestão de seus recursos para o desenvolvimento social e econômico; abrange, também, o papel das autoridades públicas na criação do ambiente em que os operadores econômicos funcionam e na determinação da distribuição dos benefícios, e, ainda, a relação entre o governante e os governados [cidadão]. OECD, 1995, p. 14.

organização administrativa interna¹⁷⁴, em razão de problemas reais que desafiam a sua capacidade de resposta para não apenas garantir, mas, também, aperfeiçoar as condições de vida dos cidadãos em sociedade. Nesse sentido, a governança pública, enquanto proposta teórica, apresenta, simultaneamente, um nítido caráter instrumental e propositivo em termos de condução resolutive de questões-problema da realidade social¹⁷⁵.

Assim, em linhas gerais, pode ser dito que ela está relacionada à maneira pela qual o poder político-administrativo do Estado é distribuído e exercido, especialmente em âmbito interno, visando a encontrar soluções adequadas para questões-problema da sociedade que requerem qualidade resolutive baseada, principalmente, nos ideais de prontidão e eficácia da gestão público-administrativa (embora não se restrinja a isso), notadamente no que se refere à prestação de serviços públicos aos cidadãos (GISSELQUIST 2014, p. 515; WEISS, 2000).

¹⁷⁴ O recorte adotado, aqui, foi intencionalmente escolhido em razão do que será discutido à frente a respeito da atuação cooperada entre níveis político-administrativos nos processos de construção e implementação das decisões públicas. No entanto, não se desconhece, por exemplo, a perspectiva democrática sobre o tema da governança pública, igualmente importante para a sua compreensão como domínio conceitual que reflete a tendência governativa em que não apenas os atores estatais tradicionais se responsabilizam pelo exercício do poder de organização social. Assim, a partir de uma perspectiva mais conglobante, a governança pública abre um novo espaço intelectual para a análise e discussão acerca do papel das instituições tradicionais de governo no enfrentamento de quês questões públicas, associando-lhes a contribuição de outros importantes atores, especialmente a própria sociedade civil. É um conceito que abre a mente para a possibilidade de que grupos na sociedade que não sejam o governo (por exemplo, “comunidades” ou “setor voluntário”) possam ter um papel mais forte na resolução de problemas, conforme observado por John Graham, Bruce Amos e Tim Plumptre (2003, p.6). Na realidade brasileira, a perspectiva da governança pública como “arranjo institucional para a operacionalização dos princípios democráticos”, inserindo no processo de gestão pública pretensões políticas democratizantes, é muito bem desenvolvida por Ronconi (2011, p. 21-25).

¹⁷⁵ Em sentido semelhante à compreensão por nós dada à expressão, Henk Addink (2019, p. 3) observa que embora ela tenha um caráter aberto e amplo, diz respeito à capacidade dos Estados em servir os seus cidadãos, pressupondo regras, processos e comportamentos pelos quais a diversidade de interesses é articulada, os recursos são administrados e o poder é exercido junto à sociedade. E, mais: ela diz respeito aos aspectos mais básicos do funcionamento da sociedade e de seus sistemas políticos e sociais, podendo ser descrita como a medida básica da estabilidade e desempenho de uma sociedade. Conforme o autor, “à medida que esta sociedade desenvolve um sistema político mais sofisticado, a governança evolui para a noção de boa governança” (tradução nossa).

Reforçando tal percepção, Matias-Pereira (2010) observa que a governança pública passa a reclamar do Estado certa autoanálise, reinvenção ou mudança comportamental relativa ao aperfeiçoamento de suas funções (especialmente, a administrativa) junto à sociedade, a partir de certos catalisadores que impulsionaram a incidência dessa mudança, tais como a crise do modelo de *Welfare State* ou dos contextos de bem-estar social, bem como o esgotamento dos modelos econômicos e a fragilidade de certos modelos políticos e administrativos empregados para a resolução de questões de interesse social.

A partir disso, pode ser dito que se trata de expressão relacionada, principalmente (mas, não exclusivamente) à convocação das estruturas público-administrativas dos Estados a repensarem o seu *modus operandi*, reavaliando os seus processos decisórios de obtenção de resultados práticos em termos de garantia e aperfeiçoamento do interesse público. Está-se, portanto, diante de um domínio conceitual que se preocupa com a obtenção da melhor performance público-administrativa, requerendo, por exemplo, forte engajamento dos atores governativos ou autoridades governamentais, levando em conta o cenário de transformações da capacidade pública de resposta dos Estados em relação a problemas que tendem a ser mais numerosos e complexos, testando, na prática, a sua legitimidade junto à sociedade.

É a partir desse cenário que a referência à sua pretensão “multinível” passa a receber maior atenção dos estudiosos da gestão pública, não importando o perfil estrutural dos Estados, ou seja, se unitários ou compostos, embora entenda-se que, nestes, a sua implementação acaba sendo favorecida, justamente em razão da descentralização político-administrativa que lhe caracteriza.

A governança multinível, de acordo com Gary Marks (1993, p.392), pode ser definida como o sistema de contínua negociação entre governos aninhados em vários níveis em termos territoriais, como resultado de um amplo processo de criação institucional e realocação decisória que eleva algumas funções antes centralizadas pela esfera estatal para um âmbito supranacional e/ou para níveis locais e regionais, no âmbito dos próprios Estados nacionais. Ou seja, passa-se a lidar com vários extratos de influência governativa que se alinham para traçar a melhor forma de condução do processo de organização social e superação adequada de desafios, que requer intervenção plural. Ian Bache e Matthew Flinders (2004, p.3), observam que a expressão contempla duas dimensões: uma vertical e outra horizontal, implicando

a verificação do aumento ou crescimento da interdependência entre governos e, entre estes e atores não governamentais em vários níveis territoriais para a promoção ou a execução da gestão pública, principalmente.

Apesar da crítica relacionada à pretensa erosão do Estado nacional, centrada na exclusividade governativa a partir de um único âmbito/nível, verifica-se, em conformidade com os autores (BACHE e FLINDERS 2004, p.8; no mesmo sentido, MARKS E HOOGHE, 2004, p.15), a transformação da intervenção dos extratos centrais no processo governativo: há ampliação ou integração de mais atores que estão dispersos em diversos níveis territoriais, seja externa ou internamente, de maneira que a governança pública multinível acaba se configurando como *multijurisdictional*, conforme observado por Gary Marks e Liesbet Hooghe (2004, p.16).

Um contexto político-econômico e social que exemplifica bem a plausibilidade, da governança pública multinível, muito embora deva ser reconhecida a complexidade a ela inerente, é a realidade governativa da União Europeia, sendo que, de acordo com um parecer técnico do Comitê das Regiões¹⁷⁶, a governança multinível pressupõe um comportamento colaborativo e cooperativo entre âmbitos governativos diversos que compõem a União, ou seja, entre os próprios Estados Membros do bloco, atribuindo-se, no entanto, destaque, nesse processo de aproximação interestatal, para a integração das autoridades governativas regionais e locais, com base nas ideias de subsidiariedade, proporcionalidade e parceria, tendo em vista a otimização da elaboração e implementação das políticas públicas pretendidas pelo bloco.

Esse parecer técnico reforça o conteúdo do *Livro Branco do Comitê das Regiões sobre Governança a Vários Níveis* – CdR 89 de 2009¹⁷⁷, que serve como documento-chave para a consolidação da linha de raciocínio de que a eficácia e a própria legitimidade das decisões público-administrativas acerca de questões importantes para as

¹⁷⁶ Cf. Parecer do Comitê das Regiões, CoR 273/2011, intitulado "*Building a European Culture of Multilevel Governance*", disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/OpinionTimeline.aspx?opId=CDR-273-2011>.

Acesso em 22 jul. 2022

¹⁷⁷ Cf. o texto do documento a partir da consulta ao endereço eletrônico: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dv/livre-blanc/livre-blanc_pt.pdf. Acesso em 22 jul. 2022

sociedades que compõem a União Europeia carece de prévia participação de mais de um nível governativo, enfatizando-se, inclusive, os que estejam mais próximos aos cidadãos justamente em razão da facilidade de se diagnosticar, de maneira mais fidedigna possível, as problemáticas sociais que podem ser, muita vezes, comuns a vários deles, embora afetando-os de maneira diferente!

As ideias que norteiam a aplicação da concepção multinível no contexto da União Europeia podem ser estendidas às realidades federativas como a brasileira, de maneira que a discussão relativa à potencialização do processo de tomada e implementação de decisões político-administrativas a respeito de assuntos que, flagrantemente, requerem intervenção pluralizada, deve ser vista com certa prioridade analítica, cabendo à governança pública multinível lugar de destaque em realidades estatais como o Brasil. Especialmente porque os desafios em termos de aperfeiçoamento da gestão administrativa de serviços públicos de importância social como os de saneamento básico, por exemplo, acabam requerendo respaldo em novos paradigmas teóricos que possam sustentar resoluções para as falhas (parciais ou totais) de acesso igualitário a tais serviços essenciais à população.

Nesse sentido, a avaliação de impacto da legislação mais recente sobre o assunto – Lei federal 14.026 de 2020 – autoriza-nos a pensar que, em razão da interpretação de alguns de seus dispositivos, o legislador nacional pretendeu estimular a proximidade entre níveis governativos internos na prestação dos serviços públicos que compõem o saneamento básico, podendo ser afirmado que a vertente multinível do processo de governança pública, embora não expressamente desejada, pode ser deduzida ou inferida do conteúdo legislado.

Partindo-se do pressuposto de que o legislador infraconstitucional pretendeu disciplinar o tema em razão da necessária igualdade de acesso a todos os serviços que compõem o saneamento básico, certamente ele não se desobrigou de propor formas operacionais para que tal pretensão fosse atendida.

E o fez ao mencionar não apenas os institutos das concessões administrativas e das parcerias público-privadas (em que o setor privado ganha maior ênfase já que se apresenta, muitas vezes, como *player* importante para a injeção de recursos que favorecem a infraestrutura de prestação dos serviços de saneamento à população), mas ao dispor, também, sobre modalidades protagonizadas pelo setor

público, a exemplo das figuras dos consórcios públicos¹⁷⁸ e, ainda, dos processos de regionalização¹⁷⁹ prestacional. Esses dois últimos exemplos tornam mais evidente a incidência da ideia de governança pública multinível, muito embora não tenha sido expressamente adotada como um norteador da decisão do legislador. Ou seja, o seu núcleo compreensivo acabou sendo favorecido, indiretamente, e isso pode ser explicado a partir da análise de alguns dispositivos da lei.

Da redação do art. 7º da Lei 14.026 de 2020, deduz-se a abordagem multinível de governança, a partir de algumas alterações normativas promovidas à redação dos seguintes artigos da Lei 11.445 de 2007, por exemplo:

- a) Art. 2º da Lei 11.445 de 2007, ao qual foi acrescido do inciso XIV, fazendo menção à regionalização como uma ideia-guia para a universalização do acesso aos serviços de saneamento no país, promovendo-se ganho de escala econômico-financeira na prestação dos serviços.
- b) Art. 3º, II, ao definir a ideia de gestão pública associada (estimulada pelo texto constitucional em seu art. 241), e, ainda, o inciso VI, alíneas “a”, “b” e “c” que exemplificam o processo de regionalização a partir das regiões metropolitanas, unidades regionais e, dos blocos de referência.
- c) Art. 8º, § 1º, I e II da Lei 11.445 de 2007, referente à possibilidade do exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico por intermédio de gestão associada; §§ 2º e 3º, que tratam das unidades regionais, a partir, respectivamente, da menção à sua necessária sustentabilidade econômico-financeira e à adequação de sua estrutura de

¹⁷⁸ Para maior aprofundamento do tema dos consórcios públicos, dando-se ênfase à modalidade intermunicipal, cf. Galvão (2020). Ainda sobre a importância dos consórcios públicos exemplificados como manifestações de governança multinível, cf. Erica Requi (2021, p. 264).

¹⁷⁹ A regionalização do saneamento básico tem definição expressa na Lei 11.445 de 2007, em seu art.3º, VI (com redação dada pela Lei 14.026 de 2020) sendo entendida como modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município. Para maior aprofundamento sobre o tema da regionalização, cf. Giamundo e Leoni (2020, p. 211-220), Fortini et al. (2021, p. 83-104) e, ainda, Pires (2021, p. 117).

governança ao que dispõe o Estatuto da Metrópole (Lei 13.089 de 2015).

- d) Art.8º-A, que trata da regionalização como um princípio-chave norteador do saneamento básico, além de dispor acerca da facultatividade de adesão a esse modelo por parte dos titulares dos serviços de saneamento, em especial os municípios.

A referência a esses dispositivos, seja à gestão associada, seja aos processos de regionalização da prestação dos serviços públicos e da constituição da infraestrutura e/ou instalação operacional para que o saneamento seja viabilizado, evidencia que eles requerem, inevitavelmente, proximidade entre níveis governativos diversos, já que acabam, muitas vezes, por compartilhar pretensões relacionadas à superação de falhas ou insuficiências na prestação do saneamento básico, de maneira que a essência da teoria da governança pública multinível acaba podendo ser inferida.

Embora a interpretação desses dispositivos legais seja um convite à plausibilidade e, quiçá, à necessidade de adoção da vertente multinível de governança pública, não se pode romantizar a sua efetivação, mesmo quando se está diante de um setor tão crucial para o desenvolvimento social, como o de saneamento.

É que as estruturas de governança ou as figuras que corporificam a viabilidade de uma gestão pública em vários níveis, em que o setor público exerça o seu protagonismo como ator de quem se espera participação destacada, estão sujeitas à variação da vontade político-governativa que pode inviabilizar a sua ocorrência na prática. Isso faz com que haja um certo receio na aposta em inovações no exercício da gestão pública apesar do contexto atual indicar a necessidade de abertura a arranjos prestacionais que fogem ao convencional. Trata-se de uma cultura de gestão pública que, por se sujeitar, muitas vezes, a egoísmos políticos, apequena-se quando deveria agigantar-se.

A vontade política acaba sendo, muitas vezes, determinante para a viabilidade de composição de estruturas multiníveis de governança pública, de maneira que, embora a governança pública multinível seja compreendida como efeito legislativo que projeta expectativas potencialmente exitosas para a resolução das falhas prestacionais de serviços tão essenciais para a sociedade, tende a ficar à deriva, em

razão da dependência política-governativa muitas vezes asfixiante de inovações na prestação de serviços públicos.

O uso das capacidades para produzir e/ou orientar uma modelagem prestacional que auxilie no desenvolvimento político-econômico a partir de comportamento estratégico de médio e longo prazos, no âmbito da gestão pública, esbarra no interesse político, inviabilizador de avanços de propostas como as relacionadas à gestão pública associada ou à regionalização do saneamento básico.

Associada a isso, não se pode descartar a ausência de visão cooperativa e/ou de percepção da vulnerabilidade de certos níveis governativos na condução de assuntos de interesse público para os quais a transposição da barreira do isolacionismo na gestão é crucial, ainda mais quando há respaldo teórico para tanto e, ainda, quando a própria legislação transparece coadunar-se com tal orientação teórica.

3. Considerações finais

Se, de um lado, a realidade brasileira tem a chance de progredir na gestão pública de um tema tão sensível e importante como o saneamento básico, valendo-se, inclusive, da governança pública multinível como referencial teórico que evidencia a necessidade de relativização da centralidade resolutiva das ausências e/ou falhas prestacionais dos serviços que o compõem, a partir de um único e exclusivo eixo ou nível governativo, de outro, tem que lidar com a dificuldade de romper com a vontade política para sua implementação adequada.

Embora a valorização do estudo da avaliação de impacto legislativo, aplicada à Lei 14.026, de 2020, possa ser de grande utilidade para reforçar a plausibilidade da adoção da governança multinível como respaldo teórico para a “inovação” da gestão pública do assunto no contexto federativo brasileiro, não se pode ignorar que os arranjos de gestão pública associada ou de regionalização da prestação dos serviços públicos de fornecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e, finalmente, drenagem e manejo de águas pluviais, tendem a não ser colocados em prática, justamente, por estarem atrelados, muitas vezes, a fatores de ordem política e, também, culturais, em termos de gestão pública.

Enquanto essa questão não for devidamente exposta e enfrentada, o anseio social por uma gestão pública responsável, amparada no compromisso com valores constitucionais que conduzam à compreensão do real interesse público não ocorrerá. Lembremo-nos de que a gestão de assuntos públicos de relevância como esse deve andar de mãos dadas com a maturidade político-governativa. Enquanto não houver essa reciprocidade relacional não avançaremos rumo a um efetivo contexto de gestão pública cooperativa, mas, talvez, para um contexto de “barco à deriva” mesmo diante de um cenário de incipiente maturidade institucional que encontra amparo em boas iniciativas legislativas a exemplo da relativa aos serviços públicos que compõem o saneamento básico.

4. Referências Bibliográficas

ADDINK, Henk. (2019). **Good Governance: concept and Context**. Oxford University Press.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – ALMG. **Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**, Belo Horizonte, 10 a 13 de setembro de 2007. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/392>. Acesso em: 20 jul. 2022.

AZAMBUJA, Darcy (2005). **Teoria Geral do Estado**. 44.ed. São Paulo: Globo.

BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew (2004). Themes and Issues in Multi-level Governance. *In: Bache, Ian; Flinders, Matthew (edit.) Multi-level Governance*. New York: Oxford University Press, p. 1-11.

CASTRO, Alexandre V. J. (2007). Legística e Modelos de Avaliação Legislativa: uma proposta para o aprimoramento da produção normativa municipal de Belo Horizonte. **Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Comunicações Orais. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

DALLARI, Dalmo A. (2013) **Elementos de Teoria do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva.

FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana; BORELLI, Raul (2021). “Modelos jurídico-institucionais para a delegação dos serviços de água e esgoto e o chamado “novo marco legal do saneamento”. *In: Novo marco legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários*. Belo Horizonte: D’Plácido, p. 83-104

GALVÃO, Ciro B. (2020). **Consórcios Públicos: uma nova perspectiva jurídico-política**. 3. ed. São Paulo: Thonson Reuters Brasil.

- GIAMUNDO, Giuseppe (Neto); LEONI, Fernanda (2020). Gestão associada e outros arranjos institucionais para a prestação dos serviços de saneamento. *In: Lei Federal 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thonsom Reuters, p. 211-220.
- GISSELQUIST Rachel M. (2014). Developing and evaluating governance indexes: 10 questions. *Policy Studies*, 35(5): 513-531.
- GLOBAL DEVELOPMENT RESEARCH CENTER (GDRC). THE COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. (1995). **Our Global Neighborhood**. Report of the Commission on Global Governance. Disponível em: <https://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/chap1.htm>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- GRAHAM, John; AMOS Bruce; PLUMPTRE, Tim (2003). Principles for Good Governance in the 21st Century. **Policy Brief n.15**, Institute on Governance.
- GROPALI, Alexandre (1968). **Doutrina do Estado**. São Paulo: Saraiva.
- HIRST, Paul (2002). Democracy and Governance. In: Pierre, Jon. **Debating Governance**. New York: Oxford University Press.
- KOOIMAN, Jan (2003). **Governing as governance**. Londres: Sage.
- LYNN JR. Laurence; MALINOWSKA, Aleksandra (2018). How are patterns of public governance changing in the US and the EU? It's complicated. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 20(1): 36-55.
- MADER, Luzius (2001). Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, 22(2): 119-131.
- MADER, Luzius (2007). Legislação e Jurisprudência. **Caderno da Escola do Legislativo**, 9(14): 193-206.
- MARKS, Gary (1993). Structural Policy and Multilevel Governance in the EC. *In: Cafruny, A.; Rosenthal, G. (eds). The State of the European Community (v.2: The Maastricht Debates and Beyond)*. Boulder: Lynne Rienner and Harlow: Longman, p. 391-409.
- MARKS, Gary; HOOGHE, Liesbet (2004). Contrasting Visions of Multi-level Governance. In: Bache, I.; Flinders, M. (eds.) **Multi-level Governance**. New York: Oxford University Press, p. 15-30.
- MATIAS-PEREIRA, José. (2010). A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. **Revista APGS: Administração Pública e Gestão Social**, 2(1): 110-135. Disponível em: www.apgs.ufv.br/artigos/241_80.pdf. Acesso em 22 jul.2022.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2005). **Participatory development and good governance**. *Development co-operation guidelines series*. Disponível em: <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/31857685.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2022.

PERPÉTUO, Ricardo M. (2009). **Legística**: uma perspectiva inovadora para legislar. Monografia (Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor), Brasília.

PETERS, B.G. (2002). Governance and comparative politics. In: Pierre, Jon. **Debating Governance**. New York: Oxford University Press.

PIRES, Maria C.S. (2021). “A Lei 14.026, de 1º de julho de 2020, e a ruptura com a hegemonia das empresas estatais de saneamento básico a partir da vedação de contrato de programa como alternativa de resiliência”. In: Novo marco legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários. Belo Horizonte: D`Plácido, p.105-126.

RANIERI, Nina (2013). **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole.

REQUI, Erica M.S. (2021). “A prestação regionalizada e a gestão associada de serviços públicos de saneamento”. In: Guimarães, B.S.; Vasconcelos, A.C.; Hohmann, A.C. (coords.). **Novo Marco Legal do Saneamento**. Belo Horizonte: Fórum, p. 255-265.

RONCONI, Luciana (2011). Governança pública: um desafio à democracia. *Emancipação* 11(1): 21-34. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/1696/2349>. Acesso em: 02 ago. 2022.

SALINAS, Natasha S.C. (2013). Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 10(1): 228-249.

SOARES, Fabiana M. (2007). Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Caderno da Escola do Legislativo**, 9(14):7-34.

UNIÃO EUROPEIA. COMITÊ DAS REGIÕES (2009). **Livro Branco do Comité das Regiões sobre a governação a vários níveis**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dv/livre-blanc/livre-blanc_pt.pdf. Acesso em 22 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. COMITÊ DAS REGIÕES (2012). **Parecer CdR 273/2011**. Construir uma cultura europeia da governação a vários níveis: seguimento do Livro Branco do Comité das Regiões. 94ª Reunião Plenária, 15 e 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/OpinionTimeline.aspx?opId=CDR-273-2011>. Acesso em: 22 jul. 2022.

Weiss, Thomas G. (2000). Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges. **Third World Quarterly**, 21(5):795–814. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3993619>. Acesso em: 02 ago. 2022.

Ciro di Benatti Galvão

Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador da Cátedra José Bonifácio junto ao Centro Ibero-Americano da USP. Coordenador da Escola Superior de Advocacia da 3ª subseção da OAB/MG (triênio 2022/2024). Professor universitário. Advogado e consultor jurídico em Minas Gerais.

TÉCNICA LEGISLATIVA E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

LEGISLATIVE TECHNIQUE AND THE HEINOUS CRIMES ACT

Lucas Catib de Laurentiis
Fernanda Carolina de Araújo Ifanger
Strauss Vidrich de Souza

Resumo

O texto faz uma revisão bibliográfica sobre os objetivos das leis e os fatores que determinam a sua criação para, em seguida, contextualizar a importância dos estudos de Legística que permitem a compreensão do ciclo da vida das leis, bem como evitar as contradições e inconstitucionalidades que resultam da irrefletida produção legislativa. Analisa-se, ainda, a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos, realizada em apenas 68 dias, e como seu texto reflete a demanda popular pelo incremento da punição e a cobertura dos casos criminais realizada pela mídia.

Palavras-chave: Legística; Poder Legislativo; Lei dos Crimes Hediondos.

Abstract

The text makes a bibliographic review on the objectives of the laws and the aspects that determine their creation in order to, then, contextualize the importance of Legistic studies that permit understanding the life cycle of laws, such as avoiding contradictions and unconstitutionality that results from the unthinking legislative production. It also analyzes the approval of the Heinous Crimes Act, carried out in only 68 days, and how its text reflects the popular demand for increase of punishment and coverage of criminal cases carried out by the media.

Keywords: Legistic; Legislative Power; Heinous Crimes Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. O rigor na técnica de produção legística. 3. Estudo de caso: o processo de criação da Lei dos Crimes Hediondos. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

As normas jurídicas traduzem ao cidadão as condutas que ele pode e não pode praticar. A compreensão desses regramentos, então, é fundamental para que ele tenha segurança sobre a correção de seu comportamento e conheça as eventuais punições concebidas em caso de descumprimento de um comando proibitivo.

Essas normas, emanadas de diversas áreas do saber jurídico, conformam um conjunto de pensamentos que têm, ou pelo menos devem ter, uma unidade, uma racionalidade que determina a sua concepção e a sua aplicação. Ademais, todas elas devem ter como parâmetro as regras contidas na Constituição Federal, que lhes dão fundamento e validade.

Não obstante essa ideia, a profusão de normas jurídicas, tidas como soluções mágicas para os problemas que ocorrem nas sociedades, cria obstáculos importantes para a sua compreensão e interpretação, especialmente por parte daqueles a quem as normas se dirigem e não estão acostumados com a linguagem e com as engrenagens do sistema legislativo.

Quando se trata de normas penais o problema fica ainda mais evidente, em razão do interesse popular que circunda a criminalização de um comportamento e da influência que a mídia exerce nesse processo, o que Álvaro Pires (2004) vai identificar como a juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal.

O público é tido como um componente do sistema penal e fundamental na busca pela punição do agressor, pauta que se sobrepõe às diferenças ideológicas e partidárias entre os indivíduos. Reflexo dessa demanda, pois o controle do crime fundamenta propostas políticas e legislativas de parlamentares (IFANGER e GRAVINA 2019).

Nesse contexto, os estudos sobre Legística assumem a tarefa de compreender o processo de criação, aplicação e efeitos das normas; sua correlação com o ordenamento jurídico, bem como explicar o ciclo

de vida de uma lei, de modo a minimizar ou evitar os problemas relatados.

Assim, apresenta-se no texto uma reflexão sobre as leis e os conhecimentos de Legística e, na sequência, um estudo de caso sobre a trajetória da aprovação de uma lei, qual seja, a Lei dos Crimes Hediondos.

2. O rigor na técnica de produção legística

No início de sua mais conhecida obra, Montesquieu (1973, p.33) apresentou a seguinte definição: “As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas”. Essa é uma expressão da concepção clássica da produção legislativa, de acordo com a qual as “leis verdadeiras são as leis boas e justas dadas no sentido do bem comum” (CANOTILHO 2002, p.713). Isso quer dizer que o conteúdo de toda lei deve se identificar com um ideal de universalidade. Buscando sintetizar as características dessa tradição, Ferreira (2002, p.81) pontou que

a lei devia ser a expressão da vontade geral, portanto da identificação do interesse comum, pela razão humana despida de preconceitos e perversões, ao qual a vontade de todos necessariamente haveria de tender. A expressão dessa vontade cabe à Nação, por seus órgãos que a representam.

Ocorre que o mundo em que tais ideias e ideais surgiram não existe mais. Foram, sobretudo, fatores sociais e econômicos que modificaram as premissas teóricas que sustentavam essas conclusões. A ampliação do sufrágio e a conseqüente massificação dos partidos políticos levaram à desvinculação dos poderes econômicos e políticos. Grupos de interesse também passaram a exercer influência considerável no processo de elaboração das leis, fazendo com que o significado da representação partidária fosse alterado. Isso porque esse movimento gera o rompimento da unidade ideológica dos integrantes do parlamento, pois o resultado dessa segmentação de visões é o confronto constante dos representantes políticos. A busca do interesse comum é substituída pela defesa dos interesses particulares e parciais.¹⁸⁰

¹⁸⁰ O contraste dessa situação o modelo clássico de representação política pode ser percebido com a leitura dos textos de Edmund Burk. Em um dos mais conhecidos, no qual o autor se dirige aos eleitores de Bristow, lê-se que “El Parlamento no es un

Sob a ótica política, a dissolução da concepção clássica de representação política altera a composição de forças do processo legislativo.¹⁸¹ Essa configuração cria novas demandas, que exigem a realização de atividades públicas de complexidade e tecnicidade crescente e a tomada de decisões rápidas em áreas especializadas.¹⁸² A defesa dos interesses gerais da comunidade não é mais o objetivo do representante. Ele deve também conhecer aspectos técnicos e particulares das diversas áreas da atuação estatal. Isso faz com que a segmentação da representação não seja mais somente ideológica. As especificidades da regulação econômica fragmentam também o conteúdo da legislação. Generalidade e a universalidade são substituídas pela tecnicidade da regulação dos mais diversos aspectos da vida social.

Sob o prisma institucional, o despontar desses fatores no interior fez ruir as estruturas mais elementares da concepção clássica da lei. Não se tratava mais de representar os preceitos e normas de uma realidade perene, mas sim de impor a vontade do grupo de interesses que, no momento, tinha maior força política. A inflação legislativa, que decorre da proliferação de demandas especializadas e da elaboração de propostas de lei sem relevância prática ou institucional,¹⁸³ impõe uma crescente complexidade à disciplina legal, o que nem sempre é acompanhado por um trabalho de sistematização e uniformização dos dispositivos normativos. Nesse contexto, o trabalho do Legislador é comprometido e a legalidade se encontra em constante crise. A afirmação de Carlos Blanco de Moraes (2007, p.92) passa a ter grande relevância:

congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad” (BURKE 1996, p.313).

¹⁸¹ A esse respeito, na doutrina nacional, cf. Laurentiis (2011, pp. 167 a 192).

¹⁸² Exemplo marcante desse fato é encontrado no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*. É verdade que o voto do juiz Warren apresentado nessa demanda foca as características especiais do direito à educação, que impõem uma revisão do conceito de igualdade de oportunidades. Mas sob uma perspectiva mais abrangente, pode-se afirmar que o dispositivo dessa decisão nada mais é do que um reflexo da ideologia igualitária e ativista inaugurada com o *Neal Deal*. Nesse sentido, cf. Ackerman (2006, p. 191).

¹⁸³ Alguns chegam a vislumbrar um “furor político” dos autores das propostas legislativas, que pretendem, com isso, tomar posição em uma permanente corrida eleitoral. Nesse sentido, ver Rizek (2009, p.132).

A simplicidade acabou por ser a principal vítima do modelo de lei do Estado Social, seja em razão do aumento exponencial do volume de leis, seja pela vertigem dos regimes especiais; seja pelo acréscimo de conflitos de competência; seja por força da complexidade das tramitações; seja, ainda, como efeito do fenômeno da “negociação legislativa.

Em paralelo, a grande quantidade de normas jurídicas, muitas delas tratando do mesmo assunto de forma contraditória, torna a interpretação dos dispositivos mais complexa e, por que não dizer, praticamente inacessível ao cidadão comum. Isso cria um paradoxo democrático, pois o real destinatário das normas, aquele que sofre com suas consequências e efeitos, não tem mais acesso ao seu conteúdo. Por isso mesmo, Victor Nunes Leal (1960, p.9) alertava para o perigo inerente ao processo de degradação do conteúdo normativo das leis. De fato, a importância e as consequências que poderiam advir daí são as mais severas, pois “quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”.

Esses fatores são o elemento catalizador do surgimento de uma nova ciência de caráter interdisciplinar: a Legística, vista como o conjunto de conhecimentos destinados a

(...) auxiliar da Ciência jurídica, cujo objecto radica no estudo praxiologicamente orientado das componentes estática e dinâmica do fenômeno normativo público, tendo por fim a sua compreensão e a identificação de soluções que promovam e garantam a validade e a qualidade dos actos normativos. (MORAIS 2007, p.59)

O caráter pragmático da Legística reside na análise do processo de criação, da aplicação e dos efeitos das normas jurídicas. Seu componente estático radica no foco da correlação da norma com o restante do ordenamento jurídico. Seu elemento dinâmico relaciona-se com o ciclo de vida da lei e procura “fornecer uma explicação prática sobre a mecânica normativa e problematizar as soluções que melhorem o seu funcionamento” (MORAIS 2007, p.63).

Em termos legísticos, o discurso jurídico obscuro, empolado e contraditório deve ser evitado, pois quanto “mais vago, ambíguo,

discursivo, prolixo e absorvente de elementos não prescritivos for o discurso jurídico, pior será a sua aptidão para ser entendido e aplicado como norma” (MORAIS 2007, p.186). Esse ideal de clareza não pode nem deve ser alcançado com facilidade. Dificilmente o legislador reunirá todas as qualidades de apuro formal e pureza da linguagem. Mas a colaboração e as sugestões de especialistas não só da área jurídica – filólogo, letrados e revisores – podem e devem colaborar com o aprimoramento da clareza dos conceitos e expressões normativas.

Em seu componente dinâmico, a Legística tem relação com a aplicação e repercussão social da lei. Sobre este ponto, vale lembrar o alerta de Victor Nunes Leal (1960, p.20), que apontou que “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”. Para remediar esses vícios, o autor sugere a consulta à jurisprudência e aos juristas com experiência no âmbito de regulamentação legal. Buscava, com isso, verificar a praticabilidade da norma a ser editada.

Os aspectos da praticabilidade e da eficácia das medidas legislativas ganham aqui uma importância especial. Essa é uma das áreas em que se aplica a Legística material. Os caminhos a serem percorridos para trabalhar esse ponto são inúmeros. Vão desde a avaliação prospectiva do impacto da lei sobre a sociedade, o que envolve a avaliação preliminar de eventuais vantagens e desvantagens da norma, até o cálculo de sua possibilidade de sucesso em um quadro de avaliação comparativa e, por fim, a previsão de potenciais riscos decorrentes da aprovação da norma. Esses elementos compõem aquilo que a doutrina especializada denomina de Avaliação Prévia de Impacto (API) da medida legislativa.

Essa ideia foi difundida na União Europeia com a aprovação do Relatório do Grupo de Trabalho Mandelkern¹⁸⁴, que aborda as formas de melhoria da qualidade da produção legislativa no âmbito do Bloco Europeu. O Relatório final do grupo indica que a ausência de simplificação da legislação se encontra diretamente relacionada ao aumento da burocracia estatal, o que é a origem de sérios entraves ao desenvolvimento econômico e industrial dos países integrantes do bloco europeu. A Avaliação Prévia de Impacto se converte, desta forma em um “método de boa gestão legislativa aplicável a qualquer Estado

¹⁸⁴ Disponível em: http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_106.pdf

assente num regime econômico de mercado. Método que passou a tomar em consideração, não apenas efeitos legais de ordem financeira e econômica, mas também as consequências sociais, e redistributivas de onerações e vantagens das políticas públicas por diversos tipos de destinatários” (MORAIS 2007, p.362).

A visão prospectiva aponta que as benesses do sistema de avaliação de impacto legislativo podem ser amplas. As considerações seguintes têm certa carga especulativa. Contudo, o ato de formular hipóteses é algo corriqueiro, necessário e, por isso mesmo, legítimo em qualquer ciência. Se isso é certo, podemos vislumbrar os seguintes benefícios da adoção de um estudo de impacto legislativo. Em primeiro lugar, com o aumento da clareza a respeito dos efeitos das normas, a responsabilidade do parlamentar é reforçada. Afinal, o cidadão só pode cobrar o representante eleito se ele compreende as normas que foram por ele aprovadas. Isso faz com que a atuação dos órgãos estatais passe a ser mais transparente e controlável.¹⁸⁵ A adoção de uma sistemática de avaliação do impacto legislativo também previne a elaboração de normas desnecessárias e inúteis. Isso significa um aumento da eficiência na atuação dos poderes e também é uma forma de se combater a ineficácia das normas jurídicas.

Prever os efeitos da produção legislativa significa também confrontar o conteúdo da norma legislada com os parâmetros constitucionais a ela relacionados. Por isso mesmo, a realização de estudos de impacto legislativo tende a combater a proliferação de impugnações e declarações de inconstitucionalidade das leis e atos normativos, o que diminui a litigiosidade e assegura a segurança jurídica. Se o conteúdo da norma for determinado com mais clareza, o espaço para uso de técnicas “não convencionais” de declaração de inconstitucionalidade, como a interpretação conforme a constituição e a modulação de efeitos, será restringido. Isso facilita a compreensão da lei e também a atividade judicial, que não terá mais de se perder em considerações teóricas abstratas e dúvidas procedimentais intrincadas.¹⁸⁶

A combinação desses fatores tende a fazer com que a autoridade das leis possa ser restabelecida. Afinal, não será mais

¹⁸⁵ Acerca das características e peculiaridades da noção de segurança jurídica, cf. Valim (2010).

¹⁸⁶ Acerca dos problemas do conceito de “interpretação conforme a Constituição”, entre outros, ver Laurentiis (2012).

admissível pressupor que o trabalho do legislador não tem valor e que as normas por ele editada são presumidamente inconstitucionais. E a comprovação da eficácia do trabalho do Legislador tenderá a inibir o ativismo judiciário, pois se os Tribunais vislumbrarem na produção legislativa um grau mínimo de rigor técnico, tenderão a refrear seu ímpeto de inovação normativa.

Mas a adoção desse método de avaliação ainda é uma perspectiva distante da realidade brasileira. Alguns progressos ocorreram, por exemplo a promulgação do Decreto n.º 4176/2002, que regulamentava a Lei Complementar n.º 95/1998, e a publicação do Manual de redação da Presidência da República, que enfatiza temas sensíveis como a clareza e concisão das comunicações oficiais e a disponibilização de toda a legislação federal vigente no sítio da Presidência. Mas ainda falta muito a ser feito nesse campo.

Um exemplo pode ser encontrado na própria a Lei Complementar n.º 95/1998, que é categórica ao prever que “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão” (art. 7º, II, LC 95/1998)¹⁸⁷. Todavia, não é incomum encontrar leis que tratam de diversas matérias, muitas delas completamente distintas. Qual o destino das normas que abertamente violam os comandos da Lei Complementar n.º 95/1998? Sem uma orientação constitucional clara, a resposta a essa questão é complexa, por duas razões.

Primeiro porque em geral se diz que não há hierarquia entre leis complementares e ordinárias.¹⁸⁸ Isso faz com que a lei ordinária que desrespeite uma lei complementar não possa ser invalidada.¹⁸⁹ Fora

¹⁸⁷ Dito diploma complementar foi originariamente regulamentado pelo Decreto 2954/1999. Após a aprovação da Lei complementar 107/2001, que alterou a Lei Complementar 95/1998, foi aprovado o Decreto 4176/2002, revogado, mais tarde, pelo Decreto 9191/2017.

¹⁸⁸ A origem de tal orientação encontra-se no estudo de Celso Bastos (1999, p.67), para quem há hierarquia entre normas jurídicas se “o ato subordinante delimita a área material de atuação do subordinado. Noutro falar, toda vez que o ato inferior extrai seu fundamento de validade de outro, este lhe é superior, e, em consequência, instaura-se uma relação hierárquica”.

¹⁸⁹ Nessa trilha, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmou-se: Contribuição Social sobre o Faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/1996 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/1991. Legitimidade. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão

isso, a própria Lei Complementar n.º 95/1998 é explícita ao afirmar que “eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento” (art. 18, LC 95/1998). A Legística busca superar esses obstáculos de forma a tornar efetiva a obrigação de seguir a trilha da qualificação legislativa. São tarefas de considerável complexidade para uma ciência em nascimento. O próximo item indica algumas situações em que o desrespeito aos seus preceitos acarreta sérias consequências para a proteção de direitos humanos.

3. Estudo de caso: o processo de criação da Lei dos Crimes Hediondos

As bases teóricas de uma ciência da legislação, cujo objetivo maior é orientar a boa elaboração das leis, não são, no todo, infalíveis. Como passamos a argumentar, as razões que são apresentadas com vistas à aprovação de uma proposta legislativa, os procedimentos empregados para tanto e, por fim, as consequências da inserção do novo texto no arcabouço normativo permanecem sujeitas a pautas não determinadas exclusivamente pelo Parlamento.

exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. A Lei Complementar 70/1991 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721.” (RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-9-2008, DJE de 19-12-2008). As instâncias inferiores têm seguido a mesma orientação, como se pode constatar pela leitura do seguinte julgado: “AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 8º da lei nº 11.482/2007 e dos artigos 30, 31 e 32 da lei nº 11.945/2009 face ao artigo 59 da constituição federal c/c artigo 7º DA LC 95/98. INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO AO PROCESSO LEGISLATIVO PREVISTO NA CF. LEIS QUE POSSUEM ÚNICO OBJETO. RECURSO IMPROVIDO. 1) Não há que se falar em inconstitucionalidade de lei em virtude de suposta ofensa aos dispositivos da Lei Complementar 95/98. 2) As Leis nº. 11.482 e nº. 11.945/2009 possuem um só objeto, qual seja, a modificação, inclusão e revogação de certos dispositivos em diversas leis, ainda que estas tratem de assuntos distintos, não havendo que se falar em violação ao artigo 7º da LC 95/98. 3) Sentença mantida. Recurso improvido. ACORDA a Egrégia Terceira Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, conhecer da apelação e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Eminentíssima Relatora” (TJES, Apelação Cível n. 30099118801, rel. Desembargador Eliana Junqueira Munhos Ferreira j. 07/02/2012).

Nossa análise se dará sobre a Lei dos Crimes Hediondos – Lei n.º 8.072/90 –, cujo rápido processo de aprovação chama a atenção para que seja estudado em suas minúcias. De fato, o projeto que a deu origem à Lei dos Crimes Hediondos teve um período de tramitação de apenas 68 dias, o que inclui a sua apresentação no Senado Federal, aprovação, remessa à Câmara dos Deputados, alteração, votação, retorno à Casa originária para nova votação e, por fim, sanção presidencial (CAMPOS 2014).

A presteza em sua tramitação se torna ainda mais evidente quando não é levado em consideração o período relativo ao traslado entre as Casas do Congresso Nacional e à colheita de assinaturas no Palácio do Planalto, o que resultada em um período total de 11 dias em que o Projeto permaneceu sob avaliação, discussão e votação dos parlamentares (PAIVA 2009, p.130). Ainda, não se deve perder de vista que o nascimento da Lei dos Crimes Hediondos, decorrente de uma previsão constitucional inserida em meio a debates acalorados¹⁹⁰, se deu em menos de dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Segundo o escólio de Alberto Silva Franco (2011, pp. 158-159), a célere apresentação de Projetos de Lei para a criação da Lei dos Crimes Hediondos e, posteriormente, a sua aprovação, estão relacionadas à agigantada repercussão dada à prática de crimes de extorsão mediante sequestro, cuja incidência até então não passava pelo radar das estatísticas criminais e passou a ocupar um significativo espaço na percepção popular de intranquilidade. Destacam-se, entre

¹⁹⁰ Como descrito por Nilo Batista, quando da realização dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, a punição severa para determinados delitos foi reivindicada por grupos que ocupavam posições antagônicas do espectro político. “Um desses grupos, pela esquerda, sensibilizado pelo preconceito e pelas discriminações raciais entranhadas na formação social brasileira, e também pela inauguração do ciclo político que então se encerrava através de um golpe de estado, ao longo de cujo regime pessoas que por sua classe e condição historicamente estariam isentas da tortura para fins de investigação a ela foram submetidas, resolveu propor a criminalização, sob cláusulas duras, das manifestações de racismo, da quartelada e da tortura. O outro grupo, pela direita, reagiu, propondo que às mesmas cláusulas duras se sujeitassem a luta revolucionária, referida através do emprego da expressão corrente ‘terrorismo’, o tráfico de drogas ilícitas e alguns crimes comuns particularmente graves, optando-se afinal pela designação – até então estranha ao discurso jurídico-penal e ao discurso criminológico – de ‘crimes hediondos’” (ZAFFARONI *et al.* 2003, pp. 321-322).

inúmeros casos, os sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina nos anos de 1989 e 1990 respectivamente.

Além disso, conforme a exposição de Antônio Lopes Monteiro (2000, p.4), para compreender a presteza verificada quando da aprovação da Lei dos Crimes Hediondos

devemos entender o momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileira, sobretudo por causa da onda de sequestros no Rio de Janeiro, culminando com a do empresário Roberto Medina, irmão do deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro, Rubens Medina, considerado a gota d'água para a edição da lei. O clima emocional para a surgimento de dispositivos duros que combatessem os chamados crimes hediondos estava assim criado. A sociedade exigia uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de insegurança vivido no País. O Governo precisava dar ao povo a sensação de segurança.

Conforme levantamento realizado por Corália Leite (2017), por efeito das mídias de informação, a criminalidade violenta, e especialmente aquela envolvendo casos de sequestro e extorsão mediante sequestro, se fizeram bastante presentes no cotidiano da sociedade¹⁹¹, de modo que é possível traçar uma relação direta entre a sensação de insegurança experimentada socialmente e o nascimento da Lei dos Crimes Hediondos (LEITE 2017, p.157-158).

Tome-se como exemplo as reportagens veiculadas pela revista *Veja* no ano de 1989, cujas chamadas adotavam tom alarmista como: “O medo chega às famílias”; “O número de sequestros aumenta nas grandes cidades brasileiras, assusta as famílias e deixa a polícia desorientada”; e “A praga dos sequestros”. Nesse cenário, não tardou para que a consciência popular fosse dominada pela percepção de uma onda crescente de sequestros, como quando reportado que “no Estado de São Paulo, os sequestros já estão ocorrendo a um ritmo de um por mês. Nos primeiros cinco anos da década, dez pessoas foram

¹⁹¹ É certo ainda que, conforme analisa Helena Schiessl Cardoso, como a pauta dos meios de comunicação de massa tende a noticiar eventos que garantam altos índices de audiência, essa postura editorial conduz “o jornalista a destacar o ‘extraordinário ordinário’. Os meios de comunicação enaltecem acontecimentos ‘não cotidianos’ que, na verdade, integram as expectativas ‘ordinárias’ do ser humano, como ocorre, por exemplo, nas notícias sobre incêndios, inundações, assassinatos, variedades etc.”. (CARDOSO 2011, p. 31)

sequestradas no Rio de Janeiro, enquanto no mesmo Estado, só neste 1989, houve também uma dezena de sequestros” (LEITE 2017, p.159-160).

O quadro que se pintava serviu ao fim de identificar o delito como uma disfunção social que deveria ser combatida com força e demandaria uma reação no âmbito legislativo (PAIVA 2009, p.130). Os meios de comunicação de massa também não deixaram de publicizar os apelos direcionados ao Parlamento, imbuídos da ânsia de que alguma atitude fosse tomada para combater a nova onda criminal, como ocorreu em uma entrevista em que um pai relatava o drama vivido em face do sequestro da própria filha, na qual afirmou:

É claro que não gostaria que a família de qualquer deputado ou senador passasse pelo que eu, minha mulher, Adriana, nossos parentes passamos durante os 24 dias que durou o sequestro de Raphaela. Mas se houvesse alguém no Congresso, alguém que já tivesse vivido um drama semelhante, tenho a certeza de que não descansaria enquanto não modificasse a Constituição e o Código Penal, atualizando-o e estabelecendo penas compatíveis com a gravidade desses crimes, que não eram tão frequentes quando a atual legislação foi escrita. (LEITE 2017, p.161)

Foi dentro desse contexto que foi apresentado, no Senado Federal, o PLS 50/1990, cuja redação pretendeu agravar a punição para os crimes de sequestro e extorsão mediante sequestro e definir a sua figura qualificada como crime hediondo. Verdade seja dita, foi somente ao aportar na Câmara dos Deputados que o Projeto adquiriu forma completamente diferente e foi, enfim, o responsável pela criação da Lei dos Crimes Hediondos. Essa mudança de rumos é especialmente demonstrada pelo relator do texto naquela Casa, o então Deputado Roberto Jefferson:

Entendemos, preliminarmente, quanto à proposição, que o Poder Legislativo não poderia perder esta importante oportunidade para oferecer sua concreta contribuição à legislação penal, tendo em vista, ainda, pela natureza dos crimes que vêm abalando e causando indignação e repulsa da sociedade, o resgate do débito de regulamentação do dispositivo constitucional que pede a definição dos crimes hediondos, entre os quais, necessariamente, se incluem o sequestro e a extorsão. (...) Entendemos, como já

explicitado no Relatório, de máxima importância albergar a regulamentação dos crimes dessa natureza, razão pela qual oferecemos à douta consideração dos nobres colegas o Substitutivo em anexo, que dispõe sobre os crimes hediondos e determina outras providências.¹⁹²

O mencionado abalo social não seria possível, em certa medida, sem a ampla divulgação dos fatos criminosos feita pelos meios de comunicação de massa. Não se trata de sugerir que os eventos delituosos não ocorressem na medida em que eram comunicados, e sim que a demanda social por uma reação enérgica a esse tipo de criminalidade não seria possível sem a percepção do delito como praticado em larga escala. Desse modo, é certo que a definição da agenda dos meios de comunicação (*agenda setting*) guardou significativa relação com a mudança de rumos dada ao Projeto de Lei¹⁹³.

Esse fator continua a ser observado no caminhar do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados e, como consequência da expressiva mudança de foco dada ao texto, se encontra especialmente representado nas manifestações dos deputados Plínio de Arruda Sampaio e Roberto Jefferson:

O primeiro [Dep. Plínio de Arruda Sampaio], após acentuar a responsabilidade de todos “perante a opinião pública, de votar rapidamente uma lei que agrave a punição dos crimes de sequestro para a extorsão de dinheiro” admitiu aprovar, de imediato, o projeto se se limitasse ao referido delito. No entanto, como outros delitos estavam incluídos, propôs que outra matéria fosse examinada, e dentro de uma hora poderia o projeto ser lido com calma e votado. Não se aventurou, no entanto, o Dep. Plínio de Arruda Sampaio, em requerer o adiamento da votação, alegando: “tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob ameaça de hoje, à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do sequestro. Isso certamente acontecerá, se eu pedir o adiamento da votação. Todos me

¹⁹² Projeto de Lei Federal n.º 5.405, de 17 de maio de 1990.

¹⁹³ No escopo de Clóvis de Barros Filho, o fenômeno do “*agenda setting*” insere na pauta política representações capazes de influenciar nas discussões e matérias postas em debate. Nesse sentido, é possível afirmar que, dadas as circunstâncias particulares do caso, a agenda dos meios de comunicação de massa influenciou na definição da agenda do Poder Legislativo (BARROS 1995).

conhecem e sabem que não sou a favor disso” (FRANCO 2011, p.162).

Em continuidade, Roberto Jefferson comunicou a tese das lideranças partidárias, no sentido de que, preocupadas com a impressão que poderia ser causada ao classificar como hediondo apenas o delito que afetava as classes sociais mais favorecidas, preferiram produzir uma legislação ampliada, que também englobasse como hediondos outros delitos (FRANCO 2011, p.162).

Quando enfim foi sancionada, a Lei dos Crimes Hediondos, além de agravar a pena cominada a diversos delitos, estabeleceu um rol taxativo de crimes que assim seriam categorizados. Foram as condutas de: a) latrocínio; b) extorsão qualificada pelo resultado morte; c) extorsão mediante sequestro; d) estupro; e) atentado violento ao pudor; f) epidemia com resultado morte; g) envenenamento de água potável, de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pelo resultado morte; e f) genocídio. Além disso, o novo diploma legal alargou a vedação constitucional à graça, à anistia e ao pagamento de fiança aos crimes hediondos e àqueles a eles equiparados, de modo que instituíram também o cumprimento de pena em regime integralmente fechado e a liberdade provisória como exceção¹⁹⁴.

Cabe notar ainda que, com base em dados colhidos pela pesquisadora Eliane dos Santos, Raúl Cervini (1994, p.42) dá conta de que os crimes incluídos no rol taxativo quando da aprovação da Lei dos Crimes Hediondos foram aqueles que, naquele período, chegaram a ocupar, no espaço destinado ao noticiário policial, 60% da imprensa falada, 56% da imprensa televisiva e outros 40% da imprensa escrita.

É certo que a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos pode ser lida como um esforço do Parlamento em atender as demandas sociais. Por outro lado, conforme registra Alberto Silva Franco (2011, pp. 163-164), o novo diploma legal também foi lido com frustração ou indiferença por aqueles que pretendiam ver nele a punição dos delitos com a pena capital. Apesar disso, permaneceu sendo defendido que a extinção de “favores legais”, como a progressão de regime de cumprimento de pena e o recurso em liberdade, surtiria efeitos imediatos na inibição do desvio e consequentemente na redução da criminalidade.

¹⁹⁴ Projeto de Lei Federal n.º 5.405, de 17 de maio de 1990.

Ainda que se possa falar em algum tipo de “conquista” com as demandas aprovadas no novo diploma legal, cumpre questionar se a técnica empregada quando da sua elaboração foi a melhor possível, considerando a celeridade com que foi criada, bem como se os objetivos visados quando da sua aprovação foram efetivamente atingidos.

Talvez o ponto mais destoante da legislação tenha sido a obrigatoriedade para um cumprimento de pena em regime integralmente fechado. Foi somente após produzir efeito por quase 16 anos que o plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão de caráter incidental proferida no Habeas Corpus n.º 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade deste dispositivo por afrontar diretamente o princípio da individualização da pena¹⁹⁵.

Além disso, em relatório elaborado 15 anos após a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, o ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – constatou que a estratégia de inibir a prática criminosa com o endurecimento penal não foi minimamente verificada. A pesquisa, que havia sido encomendada pelo Ministério da Justiça, concluiu que, se por um lado “não se verifica, na maioria dos crimes, redução nos índices após a edição da Lei, o que por si já indica sua inocuidade”, por outro “o endurecimento penal (...) não interferiu na criminalidade registrada, mas concorreu para o agravamento de um problema bastante sério – a superpopulação prisional” (ILANUD 2005, pp. 100-102).

Chama-se atenção para o que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – já definiu como uma “agenda legislativa [que] aumenta paulatinamente as penas de crimes, seguindo pautas casuísticas, cujas urgências não guardam relação com parâmetros de eficácia ou efetividade exigidos por uma política pública”¹⁹⁶. Desse modo, a produção legislativa fica à mercê do atendimento de demandas alheias à tecnicidade exigida e sob o risco de refletir em um aumento expressivo do encarceramento sem, contudo, impactar positivamente nos indicadores de segurança.

¹⁹⁵ Habeas Corpus n.º 82.959/SP. 2006

¹⁹⁶ Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015. p.6. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2015.pdf.

4. Conclusão

A compreensão clássica das leis como representação da vontade geral não se sustenta nas sociedades atuais. Identifica-se, nos dias de hoje, uma profusão legislativa desprovida de uma racionalidade orientadora que possa ser considerada como seu substrato. Nesse esteio, aprovam-se leis contraditórias, muitas vezes inconstitucionais, que não oferecem solução aos problemas que justificam a sua criação e que não são compreendidas pelos seus destinatários.

O cenário descrito evidencia a importância dos estudos de Legística, ainda incipientes no País, capazes de traduzir esse emaranhado de normas jurídicas que compõem o direito, de modo a guiar sua criação, aplicação, a compreensão dos seus efeitos, sua correlação com o ordenamento jurídico e sua compatibilidade com as normas hierarquicamente superiores.

A história de aprovação da Lei dos Crimes Hediondos bem evidencia o jogo de forças que está por detrás da criação das normas. Aprovada em 68 dias, a novel normativa cria um rol de crimes identificados como hediondos, tendo como referência os ilícitos que ocuparam a atenção da mídia à época. Ademais, a legislação também abraça a demanda pela exasperação da punição emanada da população, em sentido diametralmente oposto à garantia de direitos individuais insculpida na Constituição Federal de 1988, que além de ser hierarquicamente superior à lei ordinária aprovada, determinou a sua criação.

Aprovou-se, pois, um conjunto de normas sem observância da técnica legislativa e sem a reflexão que um texto de tamanha severidade exigiria, que não foi capaz de reduzir a prática das condutas que objetivava coibir.

4. Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce (2006). **Nós, o povo soberano**: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey.

BARROS, Clóvis (F^o) (1995). **Ética na comunicação**: da informação ao receptor. São Paulo: Moderna.

BASTOS, Celso R. (1999). **Lei complementar**: teoria e comentários. 2.ed.. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

- BURKE, Edmund (1996). **Textos Políticos**. México: Fondo de Cultura Económica.
- CAMPOS, Marcelo S. (2014). Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política* 15: 315–347.
- CANOTILHO, José J.G. (2003). **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina.
- CARDOSO, Helena S. (2011)l. Discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista: necessidade de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público. Universidade Federal do Paraná.
- CERVINI, Raúl (1994). Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal en Latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 5: 37–54.
- FERREIRA, Manoel G. (Fº.) (2002). **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva.
- FRANCO, Alberto S. (2011). **Crimes hediondos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- IFANGER, Fernanda C.; GRAVINA, Nathália B. (2019). A política criminal atuarial e a gestão econômica dos riscos: a castração química no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas* 35 (Ed. Especial). Disponível em:<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/12>.
- ILANUD (2005). **Relatório final de pesquisa: A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de Política Criminal**.
- LAURENTIIS, Lucas C. (2011). Vinculação e liberdade dos representantes políticos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, 59: 167-192.
- LAURENTIIS, Lucas C. (2012). **Interpretação conforme a Constituição**: conceitos, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros.
- LEAL, Victor N. (1960). Técnica Legislativa. In: *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense.
- LEITE, Corália T.V.A. (2017). **Memória, mídia e pensamento criminológico**: enfoque em casos brasileiros (1988-2016). Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.
- MONTEIRO, Antonio L. (2000). **Crimes hediondos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MORAIS, Carlos B. (2007) **Manual de Legística**: critérios científicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo.

- PAIVA, Luiz G.M. (2009). **A fábrica de penas**: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan.
- PIRES, Álvaro (2004). A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos** 68: 39-60.
- RIZEK, Rubens N. (Jr.) (2009). **O processo de consolidação e organização legislativa**. São Paulo: FDUSP.
- VALIM, Rafael (2010). **Princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros.
- ZAFFARONI, Eugênio R. BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro (2003). **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan.
-

Lucas Catib de Laurentiis

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Professor. Coordenador do PPGD da PUC-Campinas. Professor da Faculdade de Direito, CCHSA da PUC-Campinas.

Fernanda Carolina de Araújo Ifanger

Professora do Programa de Mestrado em Direito da PUC-Campinas. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela PUC-Campinas.

Strauss Vidrich de Souza

Mestrando em Direito pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/Uninter. Graduado em Direito pela PUC-Campinas.

REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE E DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACT REFORM AND DUE LEGISLATIVE PROCESS

Laura M. Amando de Barros
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Resumo

No presente ensaio tratamos do conturbado processo de reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) promovido pela Lei nº 14.230/2021, o qual acabou, sob pretexto de corrigir falhas da legislação anterior, trazendo inúmeras incongruências e deficiências técnicas para o texto legal, que provavelmente demandarão bastante tempo para serem superadas pela jurisprudência. A hipótese do nosso estudo é que, caso o trâmite do projeto de lei que redundou na Lei nº 14.230/2021 seguisse os ditames de um devido processo, o resultado poderia ter sido diferente. Sobre tal aspecto destacamos indícios de grave conflito de interesses na elaboração da redação da nova lei, descompasso entre motivação anunciada para a reforma e o seu resultado, desprezo quase completo pelos parlamentares quanto ao projeto apresentado pela comissão de juristas encarregada da temática e até mesmo falta de transparência quanto ao texto levado a plenário, o que impossibilitou o controle social a respeito. Para nosso propósito nos valem de revisão bibliográfica e do método hipotético dedutivo.

Palavras chave: improbidade; corrupção; Lei nº 8.429/1992; devido processo legislativo.

Abstract

In this essay, we deal with the troubled reform process of the Administrative Improbability Act (Statute nº8.429/1992) promoted by Statute nº 14.230/2022, which ended, under the pretext of correcting flaws in the previous legislation, bringing numerous incongruousness and technical deficiencies for the legal text,

which will probably require a long time to be overcome by jurisprudence. The hypothesis of our study is that, if the process of the bill that resulted in statute n° 14.230/2022 followed the dictates of a due process, the result could have been different. In this regard, we highlight evidence of serious conflict of interests in the elaboration of the composition of the new statute, mismatch between the announced motivation for the reform and its result, almost complete contempt by parliamentarians regarding the project presented by the jurists committee in charge of the subject and even the lack of transparency regarding the text taken to the Congress, which made social control impossible. For our own purpose, we used bibliographic review and the hypothetical deductive method.

Keywords: *improbity; corruption; Law 8,429/1992; due legislative process.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Da falta de legitimidade do processo legislativo condutor à aprovação da Lei n° 14.230/21. 3. Ausência de visão sistêmica da nova LIA e sua incoerência com o sistema brasileiro de combate à corrupção e promoção da integridade - CF, LINDB e LAC. 4. Sinais de alerta máximo: desprezo a princípios, contradição com valores fundamentais do Estado brasileiro; 5. Outros desafios. 5.1. Retroatividade. 5.2. Prescrição intercorrente. 5.3. Dolo específico. 5.4. Custeio de perícias. 5.5. Partidos políticos e políticos. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O processo legislativo talvez seja a última fronteira a ser desbravada pelo ideal de processualidade que deveria embalar o exercício de qualquer função estatal.

De forma ainda tímida entre nós, e enfrentando revezes como fora a aprovação do Tema de Repercussão Geral n° 1120 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n° 1297884¹⁹⁷, talvez o que a academia tenha hoje de mais relevante a

¹⁹⁷ “Em respeito ao princípio da separação dos Poderes, previsto no artigo 2° da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente

oferecer para um mínimo de disciplina na disputa de interesses que subjaz o iter de provação de leis¹⁹⁸ seja a defesa de sua submissão a um “devido processo”, isso de modo em tudo análogo com o que se exige dos juízes e gestores públicos no desempenho das tarefas que lhes cabem pela nossa ordem constitucional¹⁹⁹.

No presente ensaio vamos tratar da reforma promovida na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) pela Lei nº 14.320/2021, que, após um trâmite procedimental conturbado, redundou em uma legislação repleta de incongruências e disposições dissociadas dos valores que deveriam ser perseguidos pelo Estado brasileiro, a qual promete muitas dificuldades para o cumprimento dos fins a que se propõe.

Nossa hipótese de trabalho é que, caso o projeto de lei respectivo tivesse seguido os ditames de uma processualidade adequada, a começar pelo impedimento de que parlamentares pessoalmente interessados na aprovação da reforma participassem de sua deliberação (CUNHA 2019, pp.166-169), passando por sua vinculação aos motivos que justificaram a iniciativa (ROSA 2019, p.136 e ss.; NAGATA 2020; BARCELLOS 2020, p.71 e ss.) e pela efetiva transparência do texto que seria submetido à votação do Parlamento²⁰⁰, poderíamos ter um resultado muito diferente daquele que nos foi legado pelo Legislativo em 2021.

Neste contexto também seria oportuno que houvesse uma maior aderência do texto votado com aquele esboçado pela comissão de juristas encarregada da alteração em comento, com o incremento da possibilidade de sua discussão com a participação da sociedade e especialistas, sobretudo a partir de pesquisas empíricas que permitissem

regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*” (STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Dias Toffoli, RE nº 1.297.884, data do julgamento 14/06/2021)

¹⁹⁸ Sobre o ponto, ver Cyrino (2016).

¹⁹⁹ Discorrendo sobre a noção de “processualidade ampla” a disciplinar o exercício de qualquer poder estatal, mas com foco principal no desempenho da função administrativa, ver Medauar (2008). Sobre o tema do devido processo legislativo, ver Cunha (2019), Rosa (2019), Barcellos (2020), Lutaif e Guimarães (2020); Nagata (2020) e Villela (2020).

²⁰⁰ Sobre o alcance do princípio da transparência a reger a função administrativa, que certamente, com as devidas adaptações, aplica-se ao Estado como um todo, em todas as suas funções, incluindo a legislativa, ver Martins (2010) e Arruda (2020).

um diagnóstico preciso sobre os problemas experimentados nas quase três décadas de vigência da Lei de Improbidade²⁰¹.

No confuso processo de construção do novo diploma era comum se ouvir a crítica de que a possibilidade de punir gestores públicos com base em princípios de elevada abstração (art. 11 da redação original na Lei nº 8.429/1992) não só não impediu grandes desvios éticos no trato da coisa pública como ainda levava ao chamado “apagão das canetas”²⁰², situação na qual agentes estatais de boa-fé simplesmente preferiam não deliberar sobre assuntos polêmicos, isso por receio do escrutínio a ser feito pelos órgãos de controle acerca de sua conduta.

Verdade.

Não há como se negar que a possibilidade de um servidor ser responsabilizado por um comportamento não claramente previsto como ilícito, isso pela singela circunstância de aquele a quem incumbir a respectiva fiscalização poder fazer uma leitura diversa da sua de qual seria a melhor compreensão da legislação aplicável a determinado caso gerava um ambiente um tanto kafkiano, descompassado do ideal de se promover relações mais íntegras no seio da Administração Pública.

Nada obstante, como veremos a seguir, a Lei nº 14.230/2021 extrapolou em muito os ajustes que seriam esperados considerando o motivo republicano anunciado como justificativa para tal empreitada, trazendo dificuldades processuais inexplicáveis para o regular andamento das ações de improbidade e mesmo o risco de anistia geral para ilícitos passados, isso em um quadro de flagrante ofensa aos interesses gerais da população na existência de um arcabouço normativo coerente e vocacionado a prevenir sérios desvios envolvendo o exercício do Poder pelas autoridades constituídas.

Este estudo foi realizado com auxílio de revisão bibliográfica e pelo método hipotético dedutivo.

²⁰¹ Sobre a importância da definição precisa do problema a ser enfrentado por uma iniciativa normativa, a ser seguida por uma consideração detida dos efeitos pretendidos e respectivos custos, ver Barcellos (2020).

²⁰² Dentre os que apontam o fenômeno, ver Binembojm e Cyrino (2018, p. 206 e ss.), Marques e Freitas (2019, p. 132 e ss.), Pellegrini (2019, p. 415 e ss.), Carvalho (2019, p. 442), Voronoff e Lima (2020, p. 423 e ss.) e Palma e Rosilho (2021, p. 52).

2. Da falta de legitimidade do processo legislativo condutor à aprovação da Lei n. 14.230/21

O processo de aprovação da nova LIA foi marcado pelo desprezo à lógica legislativa vigente, à noção de legitimidade das normas – e, em última análise, aos próprios anseios da sociedade brasileira em termos de combate à corrupção e promoção da integridade pública.

O projeto original, apresentado pelo deputado Roberto Lucena em 2018, foi, no mérito, substancialmente alterado pelo substitutivo de autoria do relator, deputado Carlos Zaratini, com radical mudança do texto originalmente proposto.

Aspecto bastante preocupante – e inadmissível – foi a não disponibilização do substitutivo na página eletrônica oficial do Congresso Nacional – o que inviabilizou o seu conhecimento e discussão pela sociedade civil.

Mesmo depois da manifestação oficial do Ministério Público Federal²⁰³, a página do Congresso trazia a errônea e desatualizada

²⁰³ Nota técnica 03/2020, publicada em 27 de agosto daquele ano e nos seguintes termos emendada: “Nota Técnica, elaborada pela Relatoria de Acompanhamento do Projeto de Lei nº 10.887/2018, o qual visa alterar a Lei nº 8.429/1992. Esta NT analisa os principais pontos negativos do substitutivo ao mencionado PL. Contou com a atuação dos procuradores regionais da República José Roberto Pimenta e Ronaldo Pinheiro de Queiróz”, conforme informações disponibilizadas em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/docs-relatorio-de-atividades/docs/relatorio-de-atividades-5a-ccr-2020-versao-final.pdf>. O Parquet então se manifestava frontalmente contrário ao substitutivo, o qual reputava representar “forte prejuízo ao combate à corrupção e à improbidade no país, com retrocessos materiais e processuais. Deixará de se considerar ato de improbidade a violação dos princípios da administração pública - isonomia, legalidade, impessoalidade e moralidade -, e só constituirá conduta ímproba a praticada com dolo e fim ilícito. Reduzirá à metade - quatro anos - as penas de suspensão de direitos políticos e de inidoneidade para contratar com o Poder Público, e permitirá ao condenado que continue a exercer cargo público se tiver mudado de função”. (FACCHINI, Maria I.O.S.. Entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo*. <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procuradoria-alerta-que-pl-que-altera-lei-de-improbidade-traz-forte-prejuizo-ao-combate-a-corrupcao-com-retrocessos-materiais-e-processuais/>. Acesso em 10/07/2022). Íntegra disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-3-2020-projeto-de-substitutivo-do-pl-10-887-prr1a-00022637-2020.pdf>. Foi posteriormente complementada pelo documento disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT4.2020AnalisedePontosCriticos.PL10.887.20.pdf>, de lavra da mesma 5ª Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (acesso em 29/09/22).

informação de que o texto em discussão era o original, de lavra do deputado Lucena, elaborado a partir de proposta de comissão especial de juristas constituída justamente para essa finalidade.

Tal comissão, criada em fevereiro de 2018, contou com estudiosos e conhecedores das questões dogmáticas e práticas relacionadas à improbidade – e, portanto, com plenas condições de efetivamente contribuir e viabilizar uma proposta compatível com os anseios por mais responsabilidade na condução dos assuntos públicos, maior retidão e, em última análise, melhor e mais séria destinação dos recursos voltados ao custeio das políticas e serviços públicos.

Após notável envolvimento social, efetivado por meio de catorze audiências públicas, três seminários (realizados em São Paulo, Recife e Porto Alegre) e a participação de mais de sessenta autoridades no assunto, chegou-se ao anteprojeto, numerado PL 1.887, e apresentado à Câmara dos Deputados em outubro de 2018.

Os profundos e alongados debates, desenvolvidos sob a presidência do Ministro Mauro Campell Marques²⁰⁴, porém, foram absolutamente desconsiderados, com a apresentação, em novembro de 2020, do substitutivo - que da proposta original, tão sólida e legitimamente construída, trazia pouquíssimo.

As alterações levadas a efeito, para além de ilegítimas e antidemocráticas, posto que mantidas fora do alcance da sociedade civil, imprensa e todos os virtuais interessados, contribuem para um quadro de verdadeiro desmonte das políticas voltadas à promoção e defesa da ética e integridade no desempenho da função pública.

Tanto assim que o próprio autor do projeto, deputado Roberto Lucena, votou contrariamente à sua aprovação.

O desrespeito a valores democráticos fundamentais foi tão evidente que organizações da sociedade civil²⁰⁵ subscreveram, em

²⁰⁴ Compunham a comissão, ainda: Cassio Scarpinella Bueno, Emerson Garcia, Fabiano da Rosa Tesolin, Fábio Bastos Stica, Guilherme de Souza Nucci, Marçal Justen Filho, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Ney Bello, Rodrigo Mudrovitsch e Sérgio Cruz Arenhart.

²⁰⁵ Transparência Brasil, Transparência Partidária, Instituto Soma Brasil, Instituto Não Aceito Corrupção e Amigos Associados de Analândia. Íntegra da carta disponível em <https://blog.transparencia.org.br/nota-conjunta-entidades-pedem-mais-transparencia-na-tramitacao-do-pl-que-altera-a-lei-de-improbidade-administrativa/>. (Acesso em 10/09/2020)

setembro de 2020, carta aberta à Câmara dos Deputados, manifestando a sua indignação:

(...) o fato de a sociedade civil somente tomar conhecimento da existência de um substitutivo ao PL por meio da imprensa é preocupante. Ainda que rascunhos preparatórios e documentos preliminares sejam práticas comuns durante o processo legislativo e nem sempre tenham impactos sobre proposições, não parece ser o caso em questão: o fato de o Ministério Público Federal (MPF) já ter publicado nota técnica a respeito indica que o texto está em fase avançada de debates, sem a devida transparência. (...) A transparência no processo de elaboração das normas condiciona o pleno exercício da participação, da escolha e do controle. Da oportunidade de acesso a informações completas, verídicas e de qualidade depende, portanto, a manutenção da democracia. (...) o debate clandestino e sub-reptício da matéria representaria de per si ato de improbidade administrativa, uma vez que há meios de imprimir transparência ao processo legislativo e garantir a participação da sociedade civil mesmo na vigência do sistema de debate e deliberação remota.

A mesma sub-reptícia estratégia marcou a alteração da lei partidária (PL 5.029/2019), em 2019, e o processo de discussão do projeto das *fake news* (PL 26/30/2020).

Trata-se de dinâmica reiteradamente utilizada no cenário político nacional recente²⁰⁶, como bem salientou a Transparência

²⁰⁶ Conforme descrito no documento, “Procedimentos apressados foram aplicados para mudanças na Lei de Improbidade Administrativa, na proposta de reforma eleitoral e de reforma tributária. Tais artimanhas procedimentais também foram utilizadas para projetos de lei relacionados com matérias ambientais cruciais, como regularização fundiária, licenciamento ambiental e demarcação de terras indígenas, dentre outras. Essa indevida aceleração mina a transparência e o ônus de prestação de contas da agenda legislativa, e diminui a participação social em audiências, consultas, votos e deliberações”. (tradução livre). No original: “*Rushed procedures were applied to changes to the Administrative Improbity Law, a proposed Electoral Reform, income tax reforms and the tax of circulation of goods and services. Such procedural tricks were also applied for bills related to crucial environmental matters, such as land regularization, environmental licensing, and the demarcation of indigenous lands, among others. This undue acceleration undermines transparency and accountability of the legislative agenda, and diminishes social participation in hearings, consultations, votes and deliberations*”. (Transparência Internacional Brasil, Brazil. Setbacks in the legal and institutional anti-corruption frameworks. 2021, p.11. Disponível em

Internacional no documento *Brazil – Setbacks in the Legal and Institutional Anti-corruption Frameworks*, que apontou à OCDE tal fato como um dos elementos determinantes de retrocesso democrático e do sistema de combate à corrupção brasileiros.

A falta de legitimidade do trâmite legislativo sob exame, que se desenvolveu em um ambiente contaminado por flagrante conflito de interesses na deliberação de assuntos públicos, em clara inobservância aos princípios da moralidade e isonomia, não passaram despercebidos:

O último elemento para compreender a pressa na mudança da Lei de Improbidade Administrativa é autointeresse. Estima-se que cerca de 40% dos processos que podem ser terminados com as mudanças do estatuto são casos contra o Presidente da Câmara dos Deputados, o Senhor Arthur Lira, e contra o relator do projeto no Senado, o Senhor Weverton Rocha. Embora senadores como o Senhor Alessandro Vieira tenham denunciado conflito de interesses no caso, ambos os parlamentares não viram problema em conduzir um procedimento que poderia beneficiá-los diretamente. No começo da legislatura, uma análise produzida por um jornal brasileiro mostrou a existência de 334 acusações de improbidade contra representantes eleitos (263 contra deputados federais e 71 envolvendo senadores). De fato, em fevereiro último, o Senhor Lira requereu junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a anulação de condenações prévias sob o argumento das alterações da lei que ele patrocinou (tradução livre)²⁰⁷

<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/brazil-setbacks-2021>. Acesso em 15/07/2022).

²⁰⁷ No original: “*The final element to understand the rush to change the LIA is self-interest. Among an estimated 40% of lawsuits that could terminate with changes in the statute of limitation are cases against the President of the Chamber of Deputies, Mr. Arthur Lira, and against the rapporteur of the bill in the Federal Senate, Mr. Weverton Rocha. Although senators like Mr. Alessandro Vieira denounced the conflict of interest in the case, both parliamentarians claimed to see no clash in leading a procedure that could benefit them directly. At the beginning of the legislature, an analysis carried out by a Brazilian newspaper showed that there were 334 accusations of improbity against elected representatives (263 against federal representatives and 71 cases involving senators). Indeed, last February, Mr. Lira asked the Superior Court of Justice (STJ) to annul previous convictions on account of the changes in the law that he championed.*” (Transparência Internacional Brasil, Brazil. Setbacks in the legal and institutional anti-corruption frameworks. 2021, p.14. Disponível em

Dentre as diversas recomendações elencadas no relatório, merece destaque aquela relacionada à garantia de que o novo regimento interno da Câmara dos Deputados promova transparência, participação e respeito pelo devido processo legislativo (traduzimos, p.8).

Dessa forma, embora seja inegável que a Lei 8.429/92 merecesse uma revisão, a forma açodada pela qual esta foi conduzida, sem participação, discussão e debates efetivos, acabou por redundar em uma lei mal redigida, com diversos problemas técnicos e que, ao fim e ao cabo, promete graves distorções no sistema brasileiro de combate à corrupção.

3. Ausência de visão sistêmica da nova LIA e sua incoerência com o Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e Promoção da Integridade

O ordenamento jurídico pátrio foi construído de modo a instituir um verdadeiro sistema de combate à corrupção e promoção da integridade pública, com normas que se complementam, retroalimentam e devem, portanto, ser conjuntamente consideradas e manejadas.

A Carta Maior distribui a função de controle entre diversos órgãos, a atuarem de modo coordenado e coerente, com relação aos quais não há qualquer espécie de hierarquia: o que se tem é uma divisão de competências, em que a cada ator cabe delimitado espectro de atuação – sem qualquer possibilidade de disputa ou atividade contraditória, dissonante ou excludente^{208_209}.

<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/brazil-setbacks-2021>. Acesso em 15/07/2022).

²⁰⁸ Sobre o tema, interessante o precedente constante da ADI 5705/SC, proposta pelo governador de Santa Catarina contra art. 61, I da Lei Orgânica do TCE, segundo o qual “os órgãos de controle interno da Administração Pública deverão organizar e executar, por iniciativa própria ou por determinação do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC, programação de auditorias contábil, financeira, orçamentárias, operacional e patrimonial nas Unidades Administrativas sob seu controle e enviar ao Tribunal os respectivos relatórios”, em patente ofensa à lógica horizontal e de ausência de hierarquia entre os diversos órgãos de controle.

²⁰⁹ Nada obstante o ideal de ação coordenada entre todos os órgãos encarregados da missão de controle da Administração Pública, a realidade revela desafios. Como vários deles têm funções sobrepostas na fiscalização da legalidade e probidade da gestão estatal, a falta de diálogo institucional entre as diversas instâncias controladoras, e entre

Controle externo, interno e social são, assim, complementares, devendo mirar a mesma finalidade: promoção, em última análise, dos interesses públicos.

Não obstante a consagração desse ecossistema, a nova Lei de Improbidade não guardou qualquer coerência ou compatibilidade com tal lógica sistêmica, impositiva e condicionante da eficácia e efetividade das políticas de combate a malfeitos.

Chama atenção, nesse sentido, a malfadada exclusão da legitimidade ativa das Advocacias Públicas (acertadamente afastada pelo Supremo no âmbito das ADIs 7042/DF e 7043/DF).

Representam tais instituições um de seus pilares fundamentais do sistema constitucional de controle, com a peculiaridade de usual e cotidianamente circularem pelos corredores da Administração, em constante e íntimo contato com as suas mazelas, fragilidades e tendências – e que portanto não podem ser alijadas do processo de promoção e garantia da integridade pública, sob pena de se verem limitadas à insuficiente proteção do patrimônio dos entes públicos, em detrimento de uma de suas mais essenciais missões constitucionais: a defesa do interesse público (e não de um ou outro governo).

A facilidade de coleta de informações sensíveis dos agentes públicos (inclusive de natureza patrimonial) fala igualmente em favor da manutenção da legitimidade de tais instituições, que desempenham função essencial à Justiça e representam oficialmente os sujeitos passivos, as vítimas dos atos de improbidade.

A tendência recentemente manifesta pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do RHC 119.297²¹⁰ vem a corroborar essa conclusão: ao proibir o compartilhamento administrativo de informações sigilosas (no caso, da Receita) com o Ministério Público, a Corte criou obstáculo potencialmente intransponível à propositura de ações de improbidade pelo *Parquet* em razão da evolução patrimonial incompatível experimentada por servidores públicos.

Outro exemplo do desprezo ao sistema, da falta de uma visão coerente do todo foi a artificial exclusão da relação da LIA com a Lei Anticorrupção – LAC, pelo artigo 3º, §2º, segundo o qual os atos

elas e os órgãos controlados, bem como de harmonização de entendimento do que deve ser exigido dos servidores em certas situações, vem sendo apontada pela doutrina como fonte de sérios entraves ao bom andamento dos afazeres públicos. Sobre o ponto, ver Marques e Palma (2017, p. 28 e ss., p. 33 e ss.).

²¹⁰ No mesmo sentido, RHC 83.233 e RHC 83.447.

sujeitos à incidência desta última não poderiam, em hipótese alguma, configurar ato de improbidade (inverossímil ficção).

Trata-se de artificialidade dissociada de qualquer parâmetro de razoabilidade, que condiciona a configuração da improbidade exclusivamente a elemento externo ao ato e respectivo móvel, invocando referência meramente circunstancial e alheia para a insólita anulação da sua subsunção à descrição normativa da LIA.

Cria-se, assim, situação de frontal ofensa – e de legitimidade duvidosa - ao texto expresso do artigo 30, I, da LAC²¹¹, que contemplava visão de complementariedade entre os dois diplomas.

De se lembrar que a LAC não exige dano ao erário para a configuração de ato de corrupção – requisito demandado pelo artigo 10 da LIA.

Nesse cenário, e considerados os artigos 10, VIII²¹² dessa última e 5º, IV, “d”²¹³ daquela, tem-se, quanto ao mesmíssimo fato de fraude à licitação: se presente o dano ao erário, estaria potencialmente configurado ato de improbidade; ausente tal resultado, falar-se-ia em corrupção.

Em uma leitura reversa, a fraude à licitação que cause dano ao erário jamais poderá ser inquinado de ato de corrupção...

Pode-se ter por aceitável tal conclusão, a produzir cenários jurídicos tão distintos, sem quaisquer alterações no móvel do agente ou na conduta propriamente dita? Questões acessórias, incidentais e

²¹¹ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 ; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

²¹² Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

²¹³ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º , que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: IV - no tocante a licitações e contratos: d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

circunstanciais seriam suficientes a gerar uma alteração da situação – e regime jurídico – tão significativa?

A perplexidade e incoerência são inquestionáveis.

A lógica sistêmica do controle e da função de combate à corrupção é consagrada no texto constitucional, de modo que não poderia, ao menos em tese, ser afastada por norma ordinária.

E a nova LIA peca uma vez mais ao veicular incoerências com a LINDB, mais especificamente com o seu artigo 28, segundo o qual o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Enquanto a nova lei de improbidade exige, para a configuração das irregularidades nela previstas, a existência de dolo – sendo francamente predominante a tese segundo a qual esse dolo deve ser qualificado como específico²¹⁴ -, a LINDB se contenta com a culpa, ainda que na modalidade grave (referida pela expressão ‘erro grosseiro’).

Conforme recentemente decidido pelo Tribunal de Contas da União, o erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto. (Acórdão 2012/2022, 2ª Câmara, Relator Min. Antonio Anastasia).

Vale lembrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro veicula normas de sobredireito, voltadas, portanto, a disciplinar a interpretação e aplicação de todas as demais, independentemente da sua vocação temática e área específica.

Pela lógica do sistema, portanto, a LIA – assim como todas as demais leis brasileiras – deveria guardar consonância com a LINDB, sob pena, mais uma vez, de comprometimento da coerência desejada na aplicação da legislação.

Tal premissa foi, porém, novamente, ignorada pelo Legislador.

Ao argumento – falacioso – de adequar a norma legal à postura jurisprudencial assentada nos Tribunais Superiores, a nova LIA

²¹⁴ Conforme inclusive jurisprudência do STJ: RESP 1913638/MA; RESP 1.930.054/SE; RESP 1.926.832/TO. A questão teve reconhecida repercussão geral, Tema Repetitivo 1188.

já não se satisfaz com a culpa (grave) para a configuração dos atos objeto de sua disciplina.

Deixa de consagrar, assim, o dever fundamental de eficiência e cuidado com a coisa pública, constitutiva do nosso ordenamento, criando como que uma ‘licença para atuação negligente’.

Cumprе lembrar que o Superior Tribunal de Justiça vinha reiteradamente decidindo pela viabilidade da prática de atos de improbidade culposos (com culpa grave, ou erro inescusável), de forma já bastante sedimentada²¹⁵.

Um aceno em sentido contrário veio monocraticamente por meio de decisão do Ministro Gilmar Mendes, que, em outubro de 2021 (portanto no mesmo mês em que publicada a nova LIA), manifestou-se (em dissonância ao posicionamento defendido pela AGU e PGR) pela outorga de interpretação conforme a Constituição do artigo 12, II, suspendendo a vigência do inciso III do mesmo dispositivo da Lei 8.429/92, de modo a restringir a imposição da pena de suspensão dos direitos políticos aos atos dolosos:

(...) imperioso reconhecer, em sede de cognição sumária, a plausibilidade do direito alegado, no que demonstrada a incompatibilidade da aplicação da penalidade de suspensão de direitos políticos a atos culposos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário (art. 12, inciso II, da Lei 8.429/1992), bem como a atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública (art. 12, inciso III, da Lei 8.429/1992). (...) Ante o exposto, defiro a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário (art. 21, V, do RISTF; art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999), com efeito *ex nunc* (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99), inclusive em relação ao pleito eleitoral de 2022, para: (a) conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário; e (b) suspender a vigência da expressão “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992. (ADI 6.678/DF)

²¹⁵ Conforme se vê dos precedentes: RESP 1.713.044/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques; REsp 980.706, Relator Ministro Luiz Fux; AgInt no REsp 1784729/SP; AgInt no REsp 1702930/SP; Eresp 479812; AgInt no AREsp 1.123.605/RJ.

A nova redação da LIA foi especificamente invocada como um dos fundamentos da decisão, em um exercício em que se confundiram alegados causa e efeito – em um ciclo de consequências bastante indesejáveis para a sociedade brasileira.

4. Sinais de alerta máximo: desprezo a princípios, contradição com valores fundamentais do Estado brasileiro

As inovações trazidas pela Lei 14.230/21, para além da ilegitimidade do seu processo de aprovação e das incongruências com o sistema constitucional, são ainda potencialmente ofensivas a preceitos fundamentais da nossa República.

De fato, determinados dispositivos, sob o pretexto de corrigir excessos da legislação anterior, dão margem a interpretações que tencionam algumas das cláusulas pétreas da Constituição Federal, notadamente a garantia fundamental à coisa julgada, à autonomia do Judiciário e à separação de poderes.

Nesse sentido, decisão proferida pelo Juízo da Vara única de São Bento, na Paraíba, nos autos do processo n. 0000080-78.2002.8.15.0881, que reconheceu a retroatividade da nova lei de modo a alcançar atos já julgados definitivamente, cujo deslinde havia já sido sedimentado pela coisa julgada.

A decisão em comento, surpreendentemente, não decorreu de propositura de ação rescisória; resultou da análise de simples pedido formulado pelo réu nos mesmos autos, perante o juízo de primeiro grau, após prolação de sentença condenatória mantida pelo Tribunal competente e com trânsito em julgado formalmente reconhecido.

Com respeito aos entendimentos em sentido contrário, não se pode admitir que decisão judicial venha a afastar o disposto no artigo 5º, XXXVI da CF, que, combinado com o artigo 60, §4º da mesma Carta, consagra justamente a cláusula pétrea de proteção à coisa julgada – a qual deve, assim, ser fielmente observada, tanto pelo Estado-lei quanto pelo Estado-juiz, sob pena de perpetuação das discussões e indesejável – para dizer o mínimo – comprometimento da função pacificadora da atividade jurisdicional.

Conforme lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery,

A supremacia da Constituição está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático, fundamento da

República (CF 1º caput), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência (...). (NERY e NERY 2007, p. 685-686)

À parte das discussões relacionadas à retroatividade – ou não – da nova lei, que serão melhor abordadas no tópico seguinte, não se pode admitir o desprezo a valores basilares, condicionantes da segurança jurídica e coerência do ordenamento.

Merecedores de críticas, ainda, dispositivos dissonantes de máximas historicamente e universalmente assimiladas – como se observa nos parágrafos 10, ‘C’, ‘D’ e ‘F’, ‘I’ do artigo 17 da nova LIA:

Art. 17 (...)

§ 10-C. Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.

§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.

§ 10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que:

I - condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial²¹⁶;

Segundo tais dispositivos, quando da propositura das ações de responsabilização por ato de improbidade, o autor deverá apontar, de forma absoluta e definitiva, o enquadramento legal a orientar todo o processo.

²¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 25/09/22.

O que se exige do autor da ação é a exata especificação do artigo e inciso a serem invocados com vistas à classificação dos atos imputados ao réu.

Nesses termos, a hipótese de enriquecimento ilícito, dano ao erário ou ofensa a princípios (cujo rol passou a ser taxativo) deve vir exaustivamente indicada no ato processual inaugural, não havendo margem para alteração interpretativa por parte do magistrado.

É mais: a nova sistemática exclui qualquer possibilidade de formulação de pedidos subsidiários, cumulativos ou alternativos – como se fosse possível ao órgão acusador adivinhar, de antemão e de forma unívoca, qual interpretação a autoridade julgadora dará aos fatos submetidos à sua apreciação.

Um dos fundamentos de toda a processualística geral toma por base a noção de que à parte é dado narrar os fatos, e ao magistrado classificá-los de forma a identificar a respectiva subsunção a determinado tipo legal.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2019)²¹⁷,

Na apreciação das dimensões do princípio clássico do *iura novit curia*, às partes cabe, no processo, a invocação da prestação jurisdicional, mediante formulação do pedido e especificação dos fundamentos jurídicos que o sustentam, e ao juiz compete resolver o conflito estabelecido entre os litigantes, aplicando, com a autoridade estatal, os preceitos de direito material pertinentes. Nesse esforço comum e coordenado entre os sujeitos do processo – autor, réu e juiz –, chega-se à sentença, prolatada soberanamente pelo juiz.

Não há, portanto, vinculação necessária entre os fundamentos legais invocados na inicial e a decisão prolatada ao final da instrução probatória.

Conforme assevera LIMA (2016, p. 4), “a aplicação do direito é assunto que atine exclusivamente ao juiz, não estando as partes obrigadas a subsumir os fatos por elas invocados a normas jurídicas”.

²¹⁷ THEODORO, Humberto (Jr.). “*Iura novit curia*” e o moderno *Direito Processual Civil*. 2019. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/12/16/iura-novit-curia-processual-civil/>. Acesso em 07/11/2021.

A possibilidade de formulação de pedidos alternativos, sucessivos ou subsidiários representa garantia processual fundamental decorrente dos princípios da economicidade e efetividade da atividade jurisdicional, a qual é incumbida, ao fim e ao cabo (e após plena produção probatória), de ‘dizer o Direito’.

A subversão que a lei em comento pretende impor a essa lógica abala a sistemática e dinâmica processuais, vez que pretende transferir ao particular pleiteante – que para tanto não está apto – função típica, histórica e intransferível do Juiz.

Diante dessas premissas, descabida qualquer restrição ao conhecimento e análise dos fatos, com a vinculação do Judiciário a um único e específico dispositivo legal, cuja ocorrência, até por questões de dificuldade probatória, pode não vir a restar satisfatoriamente caracterizado.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Processual tornou ainda mais patente a sua obrigatória orientação por todos os valores e princípios consagrados na Carta Maior.

Ganha destaque, assim, o princípio da garantia à jurisdição, traduzida em três fundamentais dimensões: (1) acesso à justiça propriamente dito; (2) adequação da tutela; e (3) efetividade da tutela. (SARLET *et al.* 2012, p. 628).

Sob esse olhar, a efetividade da tutela jurisdicional da probidade administrativa, com a garantia dos direitos coletivos a ela inerentes, mostra-se incompatível com a pretensão consubstanciada nos dispositivos ora destacados.

Não se pode admitir que a simples inexistência quanto à capitulação legal – unilateral e precária - de condutas ilícitas perpetradas em detrimento da Administração seja determinante da extinção do dever-poder do Judiciário em combater, repreender e apenar posturas materialmente atentatórias ao ordenamento jurídico e comprometedoras de valores fundamentais à promoção dos interesses públicos e preservação da integridade pública.

Posição em sentido contrário corresponderia à criação de verdadeira imunidade processual em razão dos imprevistos e complexidade inerentes ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Diante desse cenário, improvável a propositura de ações de improbidade com fundamento no artigo 9º da lei, posto que a condenação sob tal fundamento exige produção probatória difícil,

quando não impossível, de ser levada a efeito nos curtos prazos prescricionais estabelecidos.

Não fosse isso, a capitulação, quando da propositura da ação, no tipo ‘subsidiário’ de improbidade – ofensa a princípios -, pode se mostrar igualmente ineficaz: ainda que seja possível ao longo do processo comprovar a ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito, estará o juiz impedido (?) de condenar o réu, em razão da esdrúxula redação do artigo 17, §10-F, I da nova lei.

Aliás, a capitulação prévia e vinculante dos fatos vai contra a própria noção de contraditório e ampla defesa, incompatível com o prejulgamento a ser imposto pela parte ao juiz.

Muitas vezes não há como se pretender uma conclusão firme e confiável sobre a que tipo subsumir-se-ão os fatos imputados ao réu antes da dilação probatória, até mesmo antes de qualquer manifestação deste a respeito.

Tal comando, portanto, desafia toda a lógica processual e constitucional de desenvolvimento do processo e atuação das partes e do órgão julgador.

Seria razoável admitir que, após exauriente produção probatória com a plena e inquestionável configuração de ato de improbidade, o seu responsável seja absolvido unicamente pela interpretação dada pelo julgador aos fatos, quanto à respectiva capitulação legal, ser diversa daquela dada pelo órgão da acusação?

Logo o que se observa é que o legislador, apesar de buscar aproximar as garantias oferecidas aos acusados pela prática de improbidade daquelas previstas ao réu em um processo penal, inexplicavelmente pretende a vinculação do juiz à qualificação jurídica apresentada na inicial quanto aos fatos, isso não só de modo incompatível com a dinâmica própria da jurisdição já referida, como diversa daquela constante do estatuto processual penal a respeito²¹⁸.

Para ficarmos num exemplo em que a opção legislativa pode criar empecilhos para que a Lei de Improbidade Administrativa alcance os fins a que ela se propõe: imagine uma situação em que se acuse um servidor de ter facilitado que determinado bem público fosse indevidamente incorporado ao patrimônio privado de uma organização

²¹⁸ Conforme artigo 383 do CPC: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

não governamental (art. 10, XVI da LIA²¹⁹). No final da produção de provas do processo verifica-se que não houve incorporação de tal bem ao patrimônio de terceiro, mas sim seu aproveitamento indevido por largo lapso de tempo (art. 10, XVII da LIA²²⁰). Embora ao acusado tenha sido dada oportunidade de se defender sobre os fatos reputados ilícitos (favorecimento de interesse privado na exploração de ativo estatal), a sua tipificação inicial imprecisa (que inclusive pode decorrer justamente das informações a que se tenha acesso no momento pré-processual) implicará a absolvição do réu.

Outro dispositivo que rivaliza com a ordem processual constitucional é o artigo 17, §16 da Lei, segundo o qual a qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

O comando põe em xeque a premissa fundamental da inércia do Judiciário, valor basilar expressamente consagrado no artigo 2º do CPC:

A exigência legal da iniciativa da parte, sem a qual nenhum processo civil é instaurado, é a manifestação do princípio da inércia do juiz, ou princípio da demanda, que constitui um vigoroso óbice ao exercício da jurisdição. Tal é a ideia contida na máxima *‘nemo iudex sine actore’*, que se traduz livremente por ‘onde não houver um autor não haverá também um juiz’. O veto ao exercício espontâneo da jurisdição (ou seja, ao exercício não provocado pela parte) tem por fundamentos: (a) a

²¹⁹ Art. 10, XVI da Lei nº 8.429/1992 – “facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)(disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm, acesso em 23/09/22).

²²⁰ Art. 10, XVII da Lei nº 8.429/1992 – “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie “(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)(disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm, acesso em 23/09/22).

indisponibilidade do direito de ação, pelo qual cada um traz ao Poder Judiciário as suas pretensões se e quando achar conveniente e na medida que bem entender; (b) o resguardo da imparcialidade do juiz, a qual poderia ficar comprometida quando ele próprio, movido por sentimentos ou objetivos próprios, desse início a um processo no qual ele mesmo viria a decidir em benefício de um sujeito ou de modo desfavorável a outro. (DINAMARCO, 2018, pp. 59-60)

O dispositivo compromete, ainda, a autonomia funcional do Ministério Público, na medida em que dele subtrai a possibilidade de avaliar o cabimento e oportunidade e, mesmo, a conveniência de ingressar com a ação civil pública em questão.

Cria-se, assim, uma vez mais, assimetria entre instituições incompatível com a sistemática constitucional, marcada pela horizontalidade, coordenação e interação harmônica entre o *Parquet* e o Judiciário (ao qual não é dado, em hipótese alguma, instar, ou obrigar a qualquer legitimado a propor qualquer ação que seja).

O Judiciário simplesmente não tem competência constitucional para impor a propositura de ações civis públicas, em quaisquer circunstâncias.

Isso sem falar no prejulgamento que a lei exige do magistrado para a medida, a potencialmente comprometer sua imparcialidade no julgamento da causa confiada a sua apreciação: a conversão viabilizada pelo parágrafo sob exame é condicionada à conclusão, pelo juiz, de que efetivamente existem *ilegalidades ou irregularidades administrativas a serem sanadas* nos fatos objeto da demanda.

5. Outros desafios

Para além das críticas já formuladas, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa ainda promete outras dificuldades no dia a dia da sua aplicação, em um contexto que em nada contribui para o avanço institucional prometido pelo legislador como justificativa para a sua aprovação.

Destacamos cinco.

5.1. Retroatividade

De forma alvissareira, o legislador de 2021 atribui uma missão para a doutrina, a saber, a de desenvolver os “princípios do direito administrativo sancionador”, isso à luz da redação dada ao §4º do art. 1º da Lei nº 8.429/1992²²¹⁻²²².

Como a matéria ainda tem tratamento incipiente por parte dos nossos estudiosos do Direito, não tendo a Lei nº 14.230/2021 sido expressa sobre a sua retroatividade no que se refere a atos praticados sob a égide da Lei de Improbidade Administrativa pré-reforma, ficou para o Judiciário o encargo de, sem maiores subsídios teóricos, deliberar a respeito²²³.

Só do texto legal em comento as duas hipóteses de interpretação, ao menos em tese, são possíveis, o que certamente poderia ser evitado caso o Parlamento tivesse se preocupado em não fomentar insegurança jurídica com o novo diploma.

Aliás, se estivéssemos diante de uma modificação legislativa aderente ao objetivo de fortalecer o sistema de combate à corrupção e desvios éticos relacionados à ação pública, o legislador não teria hesitado em ser expresso quanto a não retroatividade dos comandos

²²¹ Art. 1º, § 4º da Lei nº 8.429/1992 – “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)([Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13019/2014/leis13019_2014.htm))(disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 23/09/22)

²²² Para o registro de relevantes estudos feitos pela nossa doutrina a respeito, ver Mello (2007), Vargas (2018) e Voronoff (2019).

²²³ O tema, sob o número 1199, inclusive logo foi destacado pelo STF para julgamento em regime de repercussão geral, como se observa da ementa que segue: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC”(STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Alexandre de Moraes, ARE nº 843.989/PR, data do julgamento 24/02/2022). Acórdão do julgamento de mérito ainda não disponível enquanto escrevemos o presente ensaio.

advindos da Lei nº 14.230/2021, efeito, diga-se, que costuma ser esperado de qualquer ato normativo.

Como houve silêncio do Legislador a respeito, a possibilidade de retroatividade da nova lei, inclusive em benefício de parlamentares que, sendo réus em processos de improbidade, participaram do movimento para a sua aprovação, a questão se coloca e ainda tem destino e repercussão incertos.

Para registro, há autores que se posicionam pela plena retroatividade da nova lei, isso inspirados em regra constitucional válida para o Direito Penal²²⁴, enquanto outros entendem que, por princípio, os atos e relações jurídicas são regidos pela lei vigente ao seu tempo, sendo que qualquer retroatividade tem que ser objeto de menção expressa pelo legislador, isso de modo proporcional e devidamente justificado²²⁵.

5.2. Prescrição intercorrente

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 que provavelmente podem acarretar maior impacto na possibilidade de a Lei de Improbidade servir de instrumento eficiente para a responsabilização de agentes que cometeram atos ímprobos está a regra prevista para a prescrição intercorrente²²⁶.

Já conhecida no Direito Penal no que se refere à limitação do prazo para a conclusão de processos de conhecimento, agora a prescrição intercorrente passa a ter previsão expressa no §8º art. 23 da Lei de Improbidade, segundo o qual, mesmo proposta a ação de responsabilização no prazo previsto em lei para tanto, passados quatro

²²⁴ Art. 5º, XL da Constituição - “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 23/09/22)

²²⁵ Sobre o tema, ver AMADEI, Vicente Abreu. *Principais alterações na lei de improbidade e seus impactos nos processos em curso e findos. ‘Novatio legis in melius’ em Direito Administrativo Sancionador: retroatividade ou irretroatividade da nova lei*, texto de 15/03/2022, disponível em <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81817?pagina=1>, acesso em 29/09/22; CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. *As alterações na lei de improbidade e a sua aplicação retroativa*, texto de 18/03/2022, <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81858?pagina=1>, acesso em 29/09/22.

²²⁶ Para um estudo mais detido sobre o instituto da prescrição à luz da disciplina ora prevista a respeito na Lei nº 8.429/1992, ver Cunha (2022).

anos sem a ocorrência de um dos termos interruptivos estipulados na lei (como a sentença condenatória ou o acórdão condenatório), o processo deve ser extinto, com absolvição do acusado²²⁷.

O dispositivo legal em comento desperta ao menos duas questões de alta indagação:

- (1) A prescrição intercorrente pode ser aplicada a processos que já estavam em trâmite quando do advento da Lei nº 14.230/2021?
- (2) Para o reconhecimento da prescrição intercorrente basta o decurso do lapso temporal estabelecido em lei ou, para além do fator tempo, há necessidade de haver inércia por parte do Estado?

A primeira dúvida está diretamente relacionada à controvérsia sobre a retroatividade ou não do novo diploma para alcançar processos cujo trâmite iniciou-se sob a égide da redação original da Lei nº 8.429/1992, conforme ponderado linhas acima.

A prevalecer a tese da retroatividade, cria-se a estranha situação na qual o Estado-juiz seria penalizado pela não observância de um prazo extintivo da pretensão punitiva que não existia quando do seu decurso. Ou seja, seria mais propriamente uma anistia quanto a processos de improbidade que estejam demorando muito para receber um pronunciamento definitivo por parte do Judiciário, isso sem qualquer consideração para com a causa da morosidade para o respectivo desfecho.

Já a segunda incerteza decorre do entendimento a ser dado pelos Tribunais quanto à inércia a justificar a incidência do instituto da prescrição intercorrente. Bastará o transcurso do prazo de quatro anos entre os marcos interruptivos previstos em lei sem que haja sentença condenatória com trânsito em julgado ou, para além de tal fator, deverá ser avaliado se houve inação por parte do julgador que, apesar de estar com o processo em termos para ser julgado, deixou de fazê-lo no prazo legal?

²²⁷ Art. 23, § 8º da Lei nº 8.429/1992 – “O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo”.(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

A observância de rito procedimental mais detido antes da aprovação da Lei nº 14.230/2021, inclusive com a realização de uma pesquisa empírica nos tribunais do País sobre quais as causas de tardança para o encerramento dos casos de improbidade, poderia ter informado melhor o legislador sobre a matéria, até para que ficasse claro se a resposta para o problema identificado deveria ser por meio de lei ou de medidas administrativas outras, como a devida estruturação de varas competentes para análise desse tipo de ação ou adoção de providências para viabilizar produção de provas técnicas com mais presteza.

Note-se que prescrição sem inércia a depender do acervo do tribunal analisado poderá implicar a prescrição virtual de praticamente todos os processos de improbidade administrativa (aliás, se houver sentença absolutória em primeira instância, provavelmente nem valerá à pena o autor da ação perder tempo em recorrer da decisão, já que ter um caso complexo de improbidade julgado em duas instâncias no prazo de quatro anos parece ser tarefa extremamente difícil por maior que seja o empenho dos agentes estatais envolvidos²²⁸).

5.3. Dolo Específico

Mais uma dificuldade advinda da falta de técnica na reforma legislativa sob análise é como os tribunais deverão entender a previsão de “dolo específico” como elemento dos tipos previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

O debate que motivou tal alteração é conhecido: a Lei nº 8.429/1992 estaria sendo usada em demasia para a responsabilização de agentes por fatos de somenos importância ou então por meras irregularidades na gestão pública, quando não pelo famigerado “crime de hermenêutica”, ou seja, pelo fato de órgãos de controle conferirem ao quadro normativo vigente interpretação diversa daquela que lhe é conferida por servidores encarregados de sua aplicação.

Além disso, no art. 10 da LIA havia previsão expressa da possibilidade de um ato culposos que redundasse em prejuízo ao erário

²²⁸ Sobre o ponto vale referir que o legislador, não se sabe se por equívoco ou de forma deliberada, deixou de estipular a sentença absolutória de primeira instância como causa de interrupção da prescrição, como se pode observar da redação do inciso II do §4º do art. 23 da Lei nº 8.429/1992.

ser enquadrado nos rigores da Lei de Improbidade²²⁹, o que já vinha recebendo um tratamento restritivo pela jurisprudência, a qual, extravasando a literalidade do comando legal, exigia pelo menos culpa grave para a configuração dessa tipificação.

A rigor a modificação realizada no *caput* do mencionado art. 10²³⁰, talvez aliada ao §2º introduzido no art. 1º²³¹, já bastariam, ao menos em nível de legislação, para o novo paradigma pretendido para a responsabilização de infratores nos termos da Lei nº 8.429/1992.

Nada obstante o legislador não se conteve. Repetiu a mesma ideia em outros comandos (vg art. 1, §3º²³² e §8º²³³, art. 10, §2º²³⁴) e ainda estabeleceu, no dispositivo que trata de improbidade por violação a princípios da Administração Pública, a necessidade de “dolo específico” para a configuração de qualquer dos tipos previstos na lei:

²²⁹ Confira-se a redação original do art. 10 da Lei nº 8.429/1992: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)”(g.n.)(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

²³⁰ art. 10 da Lei nº 8.429/1992, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 14.230/2021: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:”(g.n.)(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

²³¹ Art. 1º, § 2º - “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

²³² Art. 1º, § 3º - “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

²³³ Art. 1º, § 8º - “Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

²³⁴ Art. 10, § 2º - “A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

Art. 11 (...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei (g.n.)²³⁵.

Como se vê, a falta de técnica legislativa quanto ao ponto foi completa. Se o quanto previsto no §1º do art. 11 da LIA, que cuida de violação a princípios, também é válido para os tipos constantes dos arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (prejuízo ao erário), natural que o comando viesse logo no início da lei, já anunciando aos seus destinatários o regime geral previsto para a intencionalidade da conduta do agente em toda a Lei nº 8.429/1992.

Contudo, de modo inexplicável, o ditame vem escondido no meio do diploma, tem compatibilidade duvidosa com os tipos previstos nos arts. 9º e 10 da Lei, além de poder, ao fim e ao cabo, impor um ônus probatório quicá impossível de ser vencido pela acusação.

Afinal de contas, como demonstrar que uma pessoa, comprovadamente tendo adotado uma postura livre e consciente que, em ofensa ao ordenamento jurídico, resultou no enriquecimento ilícito seu ou de terceiro, prejuízo ao erário ou correspondeu a uma das condutas previstas nos incisos do art. 11 da LIA, realmente teria como móvel o desejo sincero de gerar um benefício indevido?

Imagine-se uma hipótese em que um responsável por uma dada licitação aceite, a contragosto, receber propina para excluir indevidamente a primeira colocada no certame, selecionando a segunda colocada para a contratação, isso por acreditar que a proposta desta última seria a que melhor atenderia ao interesse público. O recebimento da “gratificação” nessas condições não seria um ato de improbidade?

²³⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22.

5.4. Custeio de Perícias

A Lei nº 14.230/2021, apesar do suposto intento de aprimorar a disciplina prevista na Lei nº 8.429/1992 para o combate à improbidade administrativa, não disse de onde virá o dinheiro para as perícias necessárias nos processos em que se imputa a alguém enriquecimento sem causa ou dano ao erário, repetindo-se, como se fez na redação original da LIA, que o acesso ao Judiciário para formulação de tal tipo de pretensão é isento de custos²³⁶.

Quem trabalha na área sabe que esse é um dos maiores desafios a serem superados em ações de improbidade que estão paralisadas há anos nos escaninhos da Justiça.

O órgão acusador afirma superfaturamento de obra. Como não há previsão de quem arcará com os custos da perícia, o processo fica aguardando algum *expert* que aceite fazer o exame técnico necessário ao esclarecimento dos fatos de bom grado, com a promessa de receber sua remuneração em um futuro incerto, isso caso o perdedor da demanda não seja beneficiário de isenção de despesas judiciais. Não é de espantar que haja poucos “voluntários” dispostos a assumir tal encargo, sobretudo em processos complexos, em que o resultado das apurações eventualmente possa repercutir em poderosos interesses políticos e econômicos.

Por que será que esse impasse não foi solucionado pela Lei nº 14.230/2021?

O legislador não sabia dele, não procurou saber ou deliberadamente se omitiu a respeito, quando, por outro lado, teve o cuidado de prever expressamente a hipótese de prescrição intercorrente para os processos de improbidade que ficarem sem desfecho por mais de quatro anos?

5.5. Partidos Políticos e políticos

Finalmente, o despropósito.

²³⁶ Art. 23-B da Lei 8.429/1992 – “Nas ações e nos acordos regidos por esta Lei, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas” (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021, que repete o art. 18 da Lei nº 7.347/1985, até então aplicado à Lei de Improbidade Administrativa)(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm, acesso em 25/09/22).

Toda nossa teoria jurídica é fortemente inspirada no ideal do legislador racional forjado a partir das lições oitocentistas de Montesquieu e Rousseau. Deve-se obedecer à lei humana votada pelo Parlamento não só porque ela é posta pelo Estado, mas em especial pelo fato de ela ser fruto da razão, esta identificada pelos parlamentares, aqueles eleitos entre os mais preparados entre nós, veículo para expressão da vontade geral do povo (ROUSSEAU 1999, p. 45 e ss. [obra de 1762]).

Pois bem, montado o palco em que se dão os debates nos Tribunais sobre a legitimidade de uma dada legislação (esta aferida sob a perspectiva de sua compatibilidade com nossa Constituição), confira-se a redação do art. 23-C introduzido na Lei nº 8.429/1992:

Art. 23-C. Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

A intenção do legislador com o dispositivo, argumento comum no discurso jurídico, seria a de subtrair os atos praticados por partidos políticos no manejo dos vultosos recursos que estes recebem do erário para o desempenho de suas atividades do âmbito da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa²³⁷.

Existiria algum motivo razoável a justificar esse favor legal em prol dos dirigentes partidários em situações para as quais qualquer brasileiro estaria sujeito às graves sanções previstas na Lei nº 8.429/1992²³⁸?

²³⁷ “Segundo o TSE, o valor total do fundo neste ano (2022) é de R\$ 4.961.519.777,00 e “representa a maior soma de recursos já destinada ao Fundo desde a criação, em 2017, e foi distribuído entre os 32 partidos políticos registrados no TSE com base em critérios específicos”(<https://www.uol.com.br/eleicoes/2022/06/15/tse-fundo-eleitoral-uniao-brasil.htm>, notícia publicada em 31/05/22, acesso em 25/09/22).

²³⁸ Questão que começa a ser enfrentada pela doutrina, como se pode conferir em OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A inconstitucionalidade do artigo 23-C da Lei de Improbidade Administrativa*, texto de 08/05/22, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mai-08/rezende-oliveira-inconstitucionalidade-artigo-23-lia>, acesso em 26/05/22.

Para completar o quadro de disposições da nova lei que não são em nada aderentes ao esforço esperado por parte de nossas autoridades constituídas no aperfeiçoamento de um arcabouço jurídico vocacionado à promoção de um ambiente de maior integridade na Administração Pública, confira-se a redação dos parágrafos 9º e 10 do art. 12 da LIA:

Art. 12(...)

§ 9º As sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

§ 10. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Se qualquer sanção decorrente da nova legislação só poderá surtir efeitos após o trânsito em julgado da sentença condenatória respectiva, seguindo o entendimento hoje prevalecente no C. STF para as ações penais, haveria lógica em se admitir o início do decurso de prazo para a pena de suspensão de direitos políticos antes de esta poder ser executada²³⁹?

6. Conclusão

Neste ensaio tratamos da reforma introduzida na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021, destacando sérias deficiências técnicas presentes no novo diploma, as quais, além de não contribuírem para a melhoria do arcabouço jurídico estatal vocacionado à repressão de ilícitos cometidos em detrimento da moralidade e do patrimônio público, ainda prometem conturbar o normalmente já atravancado trâmite de ações complexas envolvendo a matéria.

Nossa hipótese de estudo foi que um aprimoramento no processo legislativo respectivo poderia ter evitado pelo menos alguns desses problemas, seja por potencialmente permitir aos parlamentares

²³⁹ Para uma crítica sobre o ponto, ver BARROS, Laura. *É faz-de-conta, mas não é brincadeira*: a absurda ficção trazida pelos parágrafos 9º e 10 do artigo 12 da nova Lei de Improbidade, disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/e-faz-de-conta-mas-nao-e-brincadeira-a-absurda-ficcao-trazida-pelos-paragrafos-9o-e-10-do-artigo-12-da-nova-lei-de-improbidade/>, texto publicado em 10/12/21, acesso em 25/09/22.

uma melhor reflexão sobre o assunto a ser deliberado, seja por ampliar os mecanismos de controle social que poderiam ter sido exercidos contra possíveis desvios verificados no caminhar do projeto que culminou na nova legislação.

Embora o tema ainda receba um tratamento muito incipiente por parte de nossa doutrina, e não venha, talvez por conta disso, merecendo uma atenção mais crítica por parte dos nossos Tribunais, o que se observa, nos últimos anos, é uma normalização quanto à produção de leis de péssima qualidade redacional, com carências técnicas flagrantes, e que por vezes mal disfarçam a encampação de interesses muito particulares que, inclusive afrontando valores inegociáveis de nosso Estado de Direito, conseguem prevalecer em um iter de aprovação desregrado, no qual dispositivos regimentais das casas legislativas são solenemente desprezados sob o argumento de “soberania” da maioria parlamentar ocasional em decidir o que lhe aprouver.

Que nosso modesto estudo, salientando os efeitos perversos que a confusão no processo legislativo trouxe para a Lei nº 8.429/1992, possa ajudar a lançar luzes sobre um assunto que reclama atenção especial da academia, isso imaginando ser de interesse da população que possamos ter mecanismos em prol de uma legislação de melhor qualidade em nosso País.

7. Referências Bibliográficas

- ARRUDA, Carmen S.L. (2020). **O princípio da transparência**. São Paulo: Quartier Latin.
- BARCELLOS, Ana P. (2020). **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3 ed, Belo Horizonte: Fórum.
- BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. (2018). Art. 28 da LINDB – a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA* (Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018): 203-224.
- CARVALHO, André C. (2019). Pele em jogo: a LINDB e as assimetrias ocultas no cotidiano do administrador público brasileiro. *In: Cunha, A.J.C. (Fº.); Issa, R.H.; Schwind, R.W.(coords.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada, v. II, , São Paulo: Quartier Latin, pp. 438-444.*
- CUNHA, Alexandre J.C. (Fº.) (2019). Do devido processo legislativo. *In: Cunha, A.J. C. (Fº.); Oliveira, A.T.M.; Issa, R.H.; Schwind, R.W. Direito,*

Instituições e Políticas Públicas: o papel do Jusidealista na formação do Estado. São Paulo: Quartier Latin, , pp. 155-177.

CUNHA, Alexandre J.C. (Fº.) (2022). Prescrição na Lei de Improbidade Administrativa. *In: Dal Pozzo, A.N.; Oliveira, J.R.P. Lei de Improbidade Administrativa reformada.* São Paulo: RT, pp. 739-762.

CYRINO, André (2016). Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 113: 51-99.

DINAMARCO, Cândido Rangel (2018). *In* GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* Volume I. São Paulo: SaraivaJur.

LIMA, Thadeu A.G. (2016). *Iura novit curia* no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo* 251(6). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.06.PDF . Acesso em 05/07/2022.

LUTAIF, Michel K.; GUIMARÃES, Luís G.F. (2020). Estado, Constituição e o perigoso precedente do orçamento de guerra. *In: Cunha, A. J.C. (Fº.); Arruda, C.S.L.; Issa, R.H.; Schwind, R.W. (coords.). Direito em tempos de crise: Covid 19,* São Paulo: Quartier Latin, v. I, pp.297-305.

MARQUES, Floriano A. (Neto); PALMA, Juliana B. (2017). Os sete impasses do Controle da Administração Pública no Brasil. *In: Perez, M.A.; Souza, R.P. (coords.). Controle da Administração Pública,* Belo Horizonte: Fórum, p. 21-38.

MARQUES, Floriano A. (Neto); FREITAS, Rafael V. (2019). **Comentários à Lei nº 13.655/2018,** Belo Horizonte: Fórum.

MARTINS, Wallace P. (Jr.) (2010). **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. 2 ed., São Paulo: Saraiva.

MEDAUAR, Odete (2008). **A processualidade no direito administrativo.** 2 ed., São Paulo: RT.

MELLO, Rafael M. (2007). **Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador,** São Paulo: Malheiros.

NAGATA, Bruno M. (2020). Inovações legislativas em tempos de pandemia: a necessidade do controle judicial da motivação do processo legislativo. *In: Cunha, A. J.C. (Fº.); Arruda, C.S.L.; Issa, R.H.; Schwind, R.W. (coords.). Direito em tempos de crise: Covid 19.* São Paulo: Quartier Latin, v. I, pp.307-317.

NERY, Nelson (Jr.); NERY, Rosa M.A. (2007). **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 10. ed., São Paulo: RT.

PALMA, Juliana B.; ROSILHO, André (2021). Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. *Revista da CGU* 13(23): 45-54.

PELLEGRINI, Guilherme M. (2019). Anotações ao art. 28 da LINDB. *In: Cunha, A. J.C. (Fº.); Issa, R.H.; Schwind, R.W. (coords.). Lei de Introdução às*

Normas do Direito Brasileiro – anotada, São Paulo: Quartier Latin, v. II, p. 414-421.

ROSA, Bruna B.C.F. (2019). **Prerrogativa do parlamentar ao devido processo legislativo**. São Paulo: Quartier Latin.

ROUSSEAU, J.-J. (1999). **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes [obra de 1762].

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel (2012). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VARGAS, Sarah M. (2018). **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: JusPodivm.

VILLELA, Renata R. (2020). Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. *In: Cunha, A. J.C. (Fº); Arruda, C.S.L.; Issa, R.H.; Schwind, R.W. (coords.). Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, v. I, pp.319-328.

VORONOFF, Alice (2019). **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum.

VORONOFF, Alice; LIMA, Cesar H. (2020). Medida Provisória nº 966/2020, LINDB e responsabilização administrativa e civil dos agentes públicos em tempos de pandemia: três questões ainda controvertidas *In: Cunha, A. J.C. (Fº); Arruda, C.S.L.; Issa, R.H.; Schwind, R.W. (coords.). Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, v. I, pp. 421-437.

Laura M. Amando de Barros

Doutora em Direito do Estado pela USP. Especialista em Direito Público pela Escola da Paulista da Magistratura, em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Autoridades Locais e o Estado pela ENA-Paris. Ex-Controladora Geral do Município de São Paulo. Professora do Insuper. Procuradora do Município de São Paulo.

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Doutor em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pesquisador vinculado ao CEDAU e ao IDASAN. Juiz de Direito em São Paulo.

CRITÉRIOS DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS: HÁ ESPAÇO PARA JUDICIALIZAÇÃO ANALÍTICA DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA?²⁴⁰

CRITERIA FOR EDITING PROVISIONAL MEASURES: IS THERE SPACE FOR ANALYTICAL JUDICIALIZATION OF RELEVANCE AND URGENCY?

Marco Aurélio Sampaio

Resumo

A prática da medida provisória, instrumento de legislação do Executivo brasileiro, não viola a separação de poderes, nem é usurpação de funções legislativas. Ela deve ser vista na prática do presidencialismo de coalizão. A agenda política é modelada pela coalizão governamental, o que explica a atuação do legislativo em face das medidas provisórias. A emenda constitucional nº 32/2001 serviu, em verdade, de acomodação do Legislativo na relação prática de delegação da função de legislar, mantendo-a, com vantagens partilhadas pelos dois poderes envolvidos. Legislativo e Executivo governam e legislam em conjunto, não havendo qualquer usurpação de funções entre eles no tocante à medida provisória. Como consequência disso, o controle de relevância e urgência após a edição de medidas provisórias não cabe ao Judiciário, mas apenas ao legislativo, cujo silêncio tem sentido de concordância.

Palavras-chave: medida provisória – separação de poderes, relevância e urgência, judicialização, presidencialismo de coalizão.

Abstract

²⁴⁰ Nota autoral: Sou grato a Maria Claudia Moutinho Ribeiro pelo apoio, críticas e sugestões. A Rosa Maria Stradiotto Sampaio agradeço a revisão do texto e sua correção. Dedico o presente trabalho a meus pais, Eugênio e Rosa, a quem “mais amara se não fora, para tão longo amor, tão curta a vida”.

The executive practice of provisional measure, the Brazilian legislative decree power of executive branch, neither violates the separation of powers, nor encroaches legislative functions from legislative branch. The provisional measure must be seen in the coalition presidentialism's practice. The political agenda is set by the government's coalition, which explains the legislative reaction when facing provisional measures. The 32/2001 constitutional amendment has accommodated the practical legislative delegation relationship, in order to sustain its practice, which brings advantages shared by the two branches involved. Legislative and executive both govern and legislate together, so that there is no functional encroachment between them when a provisional measure is enacted. As an aftereffect of that, after a provisional measure is enacted, the control about relevance and urgency cannot be exercised by the judiciary branch, but just by the legislative, whose silence plays a confirmative role.

Keywords: *provisional measure – separation of powers – relevance and urgency – judicialization – coalition presidentialism*

Sumário: 1. Introdução. 2. Abranches fala e o Direito delira diante da realidade de momentos de coalizão e dualidade de legitimação. 3. O cenário de diálogo constitucional na separação de poderes brasileira. 4. O presidencialismo de coalizão brasileiro e suas bases institucionais. 5. “Chamem o VAR!”. 6. Sobre a análise judicial dos critérios de relevância e urgência. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é o chamado misto, porque mescla características do concentrado com o difuso. Assim sendo, ou por via de ações diretas, em controle de constitucionalidade concentrado e abstratamente feito, pelo STF, ou porque ele também analisa recursos extraordinários em processos em que surgem questões constitucionais em debate, desde instâncias inferiores, é forçoso concluir que lhe cabe a última palavra na interpretação da constituição, já que é seu guardião.

O parágrafo acima é resumo do que consta, comumente, de quase todos os manuais de Direito Constitucional, em especial nos capítulos dedicados ao controle de constitucionalidade. E é raso, incompleto, bem como ultrapassado acerca do que seja a chamada “última palavra” na interpretação constitucional. Por tal argumento superficial, no capítulo referente ao Processo Legislativo, manuais tendem a criticar o que chamam de “abuso na edição de medidas provisórias”, vendo o parlamento usurpado em sua função típica pelo Executivo, qual seja, a de legislar. Com isso, conclui-se, facilmente, que o abuso em questão deva ser questionado pelo STF quando assim instado a se manifestar, com possível controle analítico dos próprios critérios de edição das MPs, é dizer, analisando-se as relevância e urgência ensejadoras da edição do texto normativo pelo presidente da república.²⁴¹

Paralelamente ao mundo teórico e formalista do Direito, cuja maioria de estudiosos parece enxergar a constituição apenas como texto escrito e sem vivência prática pelos poderes constituídos, no Brasil, a Ciência Política vem demonstrando preocupação em identificar, há certo tempo, uma mecânica política que é base e consequência do próprio texto constitucional. Assim, passa-se a falar em um diálogo constitucional de que participam os três poderes, dentro do qual se insere nosso presidencialismo de coalizão.²⁴² Por tal prisma, descortinam-se algumas situações a partir da dinâmica do texto constitucional que fazem com que se enxergue, especificamente na

²⁴¹ A medida provisória desde sempre causa alvoroço discursivo na doutrina, sendo isso compreendido dentro de uma ideia que prega desapego ao que seria a permissividade do decreto-lei da ditadura militar, existente a modalidade legislativa até 1988. Chega-se a chamá-la de “câncer”, propondo-se sua abolição total (AZEVEDO 2001, p.178). Afirma-se que, uma vez comprometida a análise com a ideologia do “constitucionalismo fulcrado nos princípios e nos direitos fundamentais, bem como com a defesa da democracia e com o repúdio à arbitrariedade e ao desmando”, a MP deve ser analisada como exceção, justamente por aparentemente violar a separação de poderes (NIEBHUR 2001, pp. 12 e 13). Seria clara usurpação de poderes Legislativos pelo Executivo (MACHADO 1997, p.2). Enfim, “grave e manifesta violação do princípio da separação de poderes” (SOUSA 1999, pp. 89 e 90).

²⁴² Dentre os autores que tratam do tema, com atenção especial ao chamado *presidencialismo de coalizão* e ao desenho institucional brasileiro, mencionem-se, dentre outros: Victor (2015), Santos (2003), Schier (2017), Santos e Almeida (2011), Figueiredo e Limongi (1999), Mendes (2009), Mendes (2016), Limongi (2006), Martusceli (2010), Rennó (2006), Escossia (2015), Cheibub *et al.* (2002), Amorim e Tafner (2002), Pereira e Mueller (2000) e Sampar (2012). Um trabalho recente e muito profundo merece destaque, qual seja, o de Abranches (2018).

relação entre Executivo e Legislativo, um cenário mais de cooperação do que de conflito, ainda que passando o País por dois *impeachments*, desde a presidência voltar a ser novamente eleita.

A relação entre Executivo e Legislativo não diz respeito somente a ambos. É complexa, demanda observação analítica e sem preconceito no estudo de funcionamento de cânones de interpretação constitucional. A partir disso é que se poderia, por exemplo, investigar se a inação do Legislativo ante o Executivo, no que tange ao possível abuso de edição de medidas provisórias, é fruto de usurpação, delegação ou abdicação de poder. E, com base na resposta, imaginar o papel do STF ante qualquer reclamo.

Este trabalho se insere no conjunto de análises do que se chama de *nova fronteira no processo de produção de leis*, muitas delas decorrentes de MPs convertidas, estabilizadas em legislação ordinária, é dizer. Ela mesma, a medida provisória, é um ato com força de lei, cuja natureza deve ser apontada, como se verá, como de governo. Com força de lei. Mudando o *status quo* de imediato. O apontamento de um possível “caos Legislativo”, ou mesmo de uma desenfreada produção normativa, deve ser feito a partir da realidade de cada um dos elementos a serem postos à prova de observação pelo estudioso do tema. Sem prévias conclusões, necessário que se descortine como são vistos e usados os institutos na realidade prática de funcionamento das relações entre Executivo e Legislativo. Com isso em mãos, o material de que se dispõe pode ditar soluções mais claras, democráticas e efetivas para o déficit de legitimidade que se experimenta em democracias pelo mundo afora.²⁴³

O objetivo deste ensaio, inserido na seara da judicialização da política, é apontar como se entende deva ser vista a mecânica da medida provisória dentro de um presidencialismo de coalizão que se insere em vivência de diálogo constitucional entre os poderes Legislativo e Executivo. Essa relação entre ambos, porém, se não for vista com a lupa da Ciência Política, gera diagnósticos imprecisos e modela, em muito, o vigor e exclusividade de nosso controle judicial de constitucionalidade, com atual ativismo do STF. Saber se é passível de controle judicial analítico de constitucionalidade o binômio

²⁴³ A lembrança é feita por Abranches (2018), já na sua primeira frase do livro, retomada várias vezes ao longo dele, que “a democracia vai mal em todo o mundo”.

relevância/urgência é fundamental para a democracia, a partir do diagnóstico do que ocorre quanto à medida provisória.

Não se esgota o assunto, obviamente, em poucas páginas. Nem é a intenção deste ensaio. As noções de presidencialismo de coalizão e suas bases institucionais, além do conceito de diálogo constitucional, já foram objetos de estudo anterior ao qual aqui se fará breve menção²⁴⁴, apenas para lançamento das ideias deste trabalho com vistas à contribuição de debate necessário.

Introduzido o tema, cumpre apontar, rapidamente, como surgiu a expressão presidencialismo de coalizão entre nós e a sua atualidade, ainda hoje.

2. Abranches fala e o Direito delira diante da realidade de momentos de coalizão e dualidade de legitimação

Apresentado para publicação em 1987, um artigo que veio a lume em 1988, escrito, portanto, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, já alertava para o inexorável panorama que vivenciaríamos, independentemente de se adotar parlamentarismo ou presidencialismo como sistema de governo: nosso dilema institucional, já apontava Abranches (1988), seria encontrar mecanismos de redução de conflitos entre Legislativo e Executivo.

Pelo texto, notadamente conhecido por apresentar a expressão “presidencialismo de coalizão”, traz o autor a noção segundo a qual a forma de interação entre Executivo e Legislativo era decorrência de manutenção, no texto constitucional, de uma separação de poderes associada ao multipartidarismo, ao sistema representativo proporcional e ao desenho de um presidencialismo imperial. A lógica revisitada por nossa constituição atual seria a que permeava a de 1946 (ABRANCHES 1988, p.22). Seriam, segundo apontava, três os momentos de formação da coalizão política, a saber: eleitoral, formação de governo e a sua prática na formulação e implementação de políticas públicas. O seu grande teste seria o trânsito do segundo para o terceiro momento (p.28), quando seria verificado o grau de coalescência da base governamental.

Esse o grande aviso de Abranches, em 1988, extraído de seu texto, no geral: não mudaria grande coisa a vida política do Brasil se se adotasse parlamentarismo. Por este sistema de governo, a base dele

²⁴⁴ Cf., a respeito, SAMPAIO: 2007.

viria de um parlamento que, pelo multipartidarismo brasileiro, eleito pelo sistema proporcional, ainda poria a dualidade de legitimação²⁴⁵ como fator para que Legislativo e Executivo se sentassem à mesa de negociação. Uma ampla coalizão seria necessária, fosse parlamentar ou presidencial o sistema de governo.

Claro que atentava o autor para o caminho que o constituinte escolhia ante a base multifacetada da realidade brasileira, recém saída da ditadura militar. Nosso tecido social era pluralista demais para conviver, talvez, logo no início da redemocratização, com sistema bipartidário e deixar de lado a representação proporcional e regional, não se negando, porém, possibilidade de vivência com crises (ABRANCHES 1988, pp. 21-22). Havia ânsia por se dar voz e vez a todos os setores antes calados da sociedade.

Essa dualidade de legitimação, portanto, forçaria (como tem forçado), coalizões. E isso, pelo arcabouço institucional que já era objeto de estudo de Abranches, independeria do sistema de governo a ser adotado, como se pode concluir.

Em resumo, a lógica do raciocínio era a de que a sociedade brasileira, apresentando alta diversidade, faria com que as instituições políticas fossem preenchidas pelo chamado pluralismo de valores. Nesse sentido, a hegemonia do Executivo, eleito por maioria, dispensaria, na sobrevivência própria, qualquer forma de legitimação continuada. Entretanto, para fins de manutenção da governabilidade e, também, com vistas à própria manutenção da legitimidade, o Executivo deveria montar o seu governo com base dos ministérios construída sobre uma variada gama de partidos políticos presentes no Congresso Nacional, de modo a formalizar coalizões nacionais e estaduais, a partir de apoio dos governadores. Necessário o aperfeiçoamento da representação política, ampliando-se os espaços para que a pluralidade de valores mencionada fosse a mais completa possível. Somente assim

²⁴⁵ Por “dualidade de legitimação” quer-se, aqui, apontar a coexistência de dois modos de escolha de representantes que convivem no sistema político eleitoral brasileiro. O majoritário, pelo qual, por óbvio, maioria se vê representada tanto no Senado quanto na Presidência da República, e o proporcional, no qual várias vozes se veem presentes com espelhamento na Câmara dos Deputados. Isso gera uma diferença de interesses representados no Executivo e no parlamento, estando este ligado, em grande parte, à proporção de vozes existentes no tecido social, via partidos políticos. O programa de governo eleito, portanto, para o Executivo, não é o mesmo, necessariamente, apoiado pela maioria dos parlamentares.

a coalizão governamental retrataria uma coalizão, em verdade, dos valores sociais, dando eficácia e estabilidade ao planejamento de Estado.

Como se evitarem conflitos entre Legislativo e Executivo seria o grande dilema institucional brasileiro.

Isso, veja-se, era dito por Abranches em 1988. Hoje, parece coisa comum do dia a dia da política. E é. Mas somente a Ciência Política descortinava a questão, iniciando vários estudos específicos sobre o tema.

Autores respeitados, como Figueiredo e Limongi, já apontavam, em 1999, em estudo pormenorizado, que nosso presidencialismo era muito próximo do que seria o parlamentarismo como sistema de governo, fosse essa a realidade escolhida ou pelo constituinte ou pelo povo, em plebiscito de 1993.

Promulgada a Constituição, um delírio, entretanto, tomava conta de quase toda a doutrina constitucional brasileira. Nas faculdades de Direito, o que se ensinava era o que os juristas apontavam como cânone: a separação de poderes, como preconizada por Montesquieu, geraria a visão de edição de MPs como algo absolutamente extraordinário, fora do comum do dia a dia da política, até porque estamos em sistema presidencial. Ademais, violada a limitação do seu uso, partindo-se ao seu abuso, caberia ao STF controlar relevância e urgência alegadas genericamente pelo Presidente da República para a edição da medida. Afinal, a redação inicial de nosso art. 62, da CF, era praticamente cópia de parte do art. 77 da constituição de Itália, país parlamentarista, sendo que nossa separação de poderes, ante o presidencialismo, ditava rigor até maior do que o dos italianos na análise do instituto.

Em suma, enquanto o diagnóstico da Ciência Política apontava uma realidade, em universo paralelo vivia a doutrina do Direito, na grande maioria de seus autores.

3. O cenário de diálogo constitucional na separação de poderes brasileira

O cenário do Direito Constitucional vai além do texto posto. Isso porque, como atualmente se constata no dia a dia da política, a interpretação e desempenho dos papéis que cada um dos atores constitucionais leva a cabo é constante delimitador do que é a nossa realidade própria de separação de poderes.

Quando tomam decisões e assumem posturas, dizendo-as possíveis porque constitucionais, os poderes constituídos mostram o que entendem ser o próprio sentido da constituição segundo si mesmos. Esse conjunto de posturas, por comissão ou omissão, deve ser visto dentro do processo de desenvolvimento do sentido do pacto constitucional, sua atualização possível. Isso gera a noção de que, quando interpretam a constituição, os poderes constituídos agem em verdadeiro diálogo que se estabelece, valendo suas posições até que outra venha a ser adotada, conforme mecanismos de controle desse mesmo diálogo postos à disposição dos atores constitucionais pelo texto normativo maior. Essa a ideia de diálogo constitucional, a que se faz alusão neste texto, a partir da doutrina de Fisher (1988).

Isso pode parecer assustador para quem lê apenas manuais de Direito Constitucional e entende o conjunto de “ações” levadas ao Judiciário para questionamentos em face da Constituição como a única ideia possível de controle de constitucionalidade.

O equívoco que reside nessa postura de manual, com esquemas de efeitos desta ou daquela decisão do Judiciário para fins que se dizem pretensamente didáticos, no que tange ao controle de constitucionalidade, porém, é claro: entende-se que, quando a Constituição diz que ao STF cabe precipuamente a sua guarda, estaria a lhe dar a propriedade exclusiva da verdade constitucional.

É, a rigor, uma visão distorcida da realidade do controle de constitucionalidade e da interpretação constitucional, porque se trata de uma análise parcial de fenômeno interpretativo maior.

Não há, na afirmação de que é possível um diálogo constitucional, a defesa de libelo contra limitação de poder, ou mesmo a pregação de que se deva viver com inconstitucionalidades sem qualquer preocupação. Trata-se, apenas, de constatação de uma realidade possível fática e juridicamente, que põe à prova a nossa apegada noção a lugares comuns da fala jurídica que, a rigor, não atenta para o que a própria constituição desenha para o jogo político, seu equilíbrio e seu tratamento de questões de constitucionalidade.

Um exemplo de apego desatualizado a cânone mitológico (e que acaba por moldar muito da interpretação constitucional com base apenas em parte do seu texto normativo) se encontra na defesa do que se imagina ser a “separação de poderes” clássica. Ninguém, por mais que defenda Montesquieu como o grande teórico de tal assunto, dentre

vários outros²⁴⁶, pode negar que sua doutrina era, já, datada e marcada por uma tentativa de proteção à própria classe de que fazia parte, é dizer, a dos nobres.

Não havia, em outras palavras, nem mesmo na época de Montesquieu, a realidade em si de separação total que ele parecia pregar. Para o autor, o Judiciário, sendo a boca nula a pronunciar as palavras da lei, ficaria à parte de um sistema em que classes sociais, na verdade, eram controladoras das ações umas das outras. Os nobres julgavam os nobres, pela câmara alta, representado o parlamento também por uma câmara baixa. Escrevia ele, no capítulo VI, do livro XI, de sua obra *De l'esprit des lois*, intitulado “Da Constituição da Inglaterra”, como que narrando o que observava lá, embora à época de sua publicação já havia o embrião formado do governo de gabinete parlamentar.

A realidade de tal doutrina é estática: poder social controla poder social, garantindo-se à nobreza que seja julgada por si mesma. Barão que era, Montesquieu sabia como pontuar uma doutrina de divisão social de poderes de modo a garantir segurança estática a seus membros.

A noção de Estado de Direito avança, vem a sua mescla com a de Estado social, a separação de poderes que se diz “clássica” é algo deixado de lado como retrato em preto e branco diante de visão mais colorida da realidade desenhada pelas democracias deliberativas pelo mundo²⁴⁷: sistemas parlamentaristas não são ditos violadores de liberdades apenas porque menos clara a separação de poderes, assim como o próprio sistema de divisão de funções do Estado exige que se componham dentro da noção de legitimidade instituições como Ministério Público, agências reguladoras e tribunais de contas, dentre outras.

²⁴⁶ De fato, a teoria da separação de poderes como conhecemos hoje guarda, em pouca coisa, notadamente na nomenclatura dos três poderes, o que pregado pelo autor francês. Uma análise mais profunda de sua obra, que não por via de citações de terceiros, mostra-a ligada, em muito à própria teoria da distribuição de poderes entre entes sociais importantes. Seria uma divisão orgânico-social revisitada, com raízes em Aristóteles e Políbio, evoluindo até a França de sua época e, também, depois dela. Uma análise ampla e precisa da evolução da separação de poderes, tanto como princípio, tanto como doutrina constitucional, é encontrada em Piçarra (1989).

²⁴⁷ Interessante notar a menção ao chamado “mito da separação de poderes” que faz Althusser (1992, p.100). Tarello (1976, pp. 262 e 263), por sua vez, afirma ambígua a própria doutrina em si, em Montesquieu.

Na dinâmica de um Direito Constitucional que permite a produção de leis a todo instante, como apanágio do princípio da legalidade conjugado com a intervenção do Estado na economia, muito mais do que proteger a separação de poderes, núcleo imodificável que é, nossa CF vai além, ditando os contornos de nossa própria separação de poderes.

Daí que, se por um lado ela diz que os poderes da República são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, de outro ela não impede que sua vivência independente e harmoniosa seja desenvolvida em conjugação de cooperação, antes que de conflito e total afastamento.

Tudo isso depende do jogo político e do manejo de instrumentos que o próprio texto constitucional põe à mesa.

A noção de *veto player*, aqui, é importante. Mais que poder soberano, na política, dentro do desenho constitucional atual, no Brasil, cada poder funciona, em situações e graus diversos, como obstáculo ao avanço do outro em searas que lhe seriam próprias. Um *veto player*, definido como entidade individual ou coletiva cuja concordância é necessária à modificação do *status quo*, permite que se entenda, por exemplo, como funciona em cada momento do processo Legislativo de espectro variado cada um dos poderes nele envolvidos.²⁴⁸

Daí dizer-se que a política é vivência de diálogo. Não é a interpretação da Constituição e definição dos papéis de cada um dos poderes, enquanto *veto players*, prerrogativa exclusiva do STF.

O controle de constitucionalidade é muito mais do que um conjunto de processamentos de pedidos judiciais. É ele feito no teste de estresse da política, no dia a dia de busca de espaços de poder *dentro* do que a própria constituição define como prerrogativa de cada um dos órgãos envolvidos na produção normativa.

Em outras palavras, se cabe ao Legislativo legislar, bem como ao Executivo a edição de medidas provisórias, isso não pode ser visto em si como estático, senão conjugado dentro do jogo político de quando se legisla classicamente, via processo Legislativo ordinário parlamentar, bem como de quando se editam medidas com força de lei por órgão unipessoal. Não pode, enfim, tal conjunto de fenômenos de

²⁴⁸ Cf., a propósito da análise profunda do funcionamento das instituições políticas como *veto players* uma das outras (TSEBELIS, 2002). No tocante aos sistemas de governo parlamentar e presidencial e suas câmaras legislativas, ver Tsebelis (1995), em que o multipartidarismo é também considerado.

produção normativa ser visto fora do que se apontou ser o diálogo constitucional possível em nossa separação de poderes.

Pela separação de poderes brasileira, violações à Constituição podem ser levadas à análise do STF, que participa, assim, de um diálogo antes limitado, até então, ao relacionamento entre Executivo e Legislativo. Mas participar de um diálogo não significa, nunca, dar a última palavra, senão no processo em que se encerra o trânsito em julgado da questão. Contudo, a sociedade e os demais poderes, diversamente entendendo, podem reiniciar o debate sobre o tema, dando azo ao que Mendes (2011) chama de nova rodada procedimental.

Posto esse raciocínio do diálogo constitucional, cumpre apontar o que seja, dentro dele, a mecânica de nosso presidencialismo.

É, como já alertava Abranches, de coalizão.

4. O presidencialismo de coalizão brasileiro e suas bases institucionais

Em outra oportunidade, já se definiu, para o Direito Constitucional, o nosso presidencialismo de coalizão como o

...sistema presidencial de governo em que a governabilidade se dá pela formação de coalizão parlamentar mais ampla que o partido do presidente, servindo de apoio às políticas governamentais, o que é refletido na distribuição das pastas ministeriais e no exercício do poder de agenda legislativa pela presidência da república. (SAMPAIO 2007, p.127)

Aqui já se ultrapassou em muito o mundo formatado de um apego a cânone sacral.

O desenvolvimento do conceito se deu a partir de análise da realidade viva do texto normativo da constituição, sendo o texto de Abranches, já mencionado, a grande faísca inicial.

Por esse prisma, que mostra a dinâmica de nosso presidencialismo, podem-se apontar como incentivadores de coalizão algumas figuras constitucionalizadas, ou, como se diz na doutrina da Ciência Política, as bases institucionais de nosso presidencialismo de coalizão. Trata-se de verdadeiro “tapete” estendido para um possível funcionamento dos poderes Executivo e Legislativo em cooperação.

A primeira base institucional, a mais óbvia, é a referente à livre formação de gabinete de ministros pelo presidente.

Quando eleito pelo voto majoritário, o presidente se vê com um programa de governo nas mãos, com o povo esperando, na sua maioria, por sua implementação, mas diante de um congresso multifacetado, com representação proporcional, em sua base parlamentar na Câmara dos Deputados e Estados representados por suas maiorias eleitorais no Senado.

Há que se governar e, por isso, a busca de quóruns necessários às aprovações de leis e eventuais emendas constitucionais é algo que o presidente deve fazer com apoio perene no parlamento, o menos eventual possível, é dizer. Como é eleito por um partido ou coligação que, via de regra, não lhe confere essa maioria de apoio necessária, lança mão o novo chefe do Executivo da prerrogativa que lhe dá o art. 84, I, da CF. Competindo-lhe privativamente a nomeação e exoneração de ministros de Estado, pode ele formar o gabinete de ministros a partir do apoio que consegue junto a partidos representados nas casas legislativas, sem submeter os nomes escolhidos à aprovação de qualquer outro ator político, individual ou coletivo.

Isso, é claro, afasta o presidente do ponto ideal, ótimo, de seu programa de governo, mas gera certa tranquilidade no que é o seu ponto bom, já que negociações de pastas envolvem alocação de recursos e desenvolvimento de políticas públicas que atendem *também* ao interesse do parlamento.

Está-se, aqui, nos momentos pós-eleitorais da formação de coalizão como apontados por Abranches. Essa formação de gabinetes de ministros, sobre base maior do que a vencedora das eleições para o Executivo, gera, necessariamente, um incentivo à coalizão pela governabilidade mínima.

Mas seria muito difícil a um presidente eleito lidar, a todo instante, com a gama de centenas de parlamentares de sua base. Até mesmo para a própria manutenção do desenho inicial de coalizão que faz ele refletida na distribuição de pastas, dialogar com parlamentares é tanto mais viável quanto mais concentradas forem as funções importantes em atores-chave do processo legislativo.

Entra em cena, assim, a segunda base institucional, qual seja, o papel concentrante de poderes dos líderes partidários no Congresso Nacional.

A autonomia dada pela Constituição à organização dos trabalhos das casas legislativas por via de seus regimentos internos impõe a racionalização de serviços e elaborações de pautas nas pessoas

dos líderes partidários. São eleitos por deputados rasos, mantidos por eles, e respondem, também, perante tais parlamentares.

Um exemplo claro da importância dos líderes está inscrito no art. 185, do RICD, que determina a mecânica das votações simbólicas.²⁴⁹ São elas tomadas como a regra geral das votações, o que é o caso das medidas provisórias, por exemplo, quando submetidas a plenário. A verificação da correção do resultado proclamado depende, em muito, das lideranças. Em tal cenário, é fácil imaginar-se, por exemplo, que a exposição maléfica perante a opinião pública em votações impopulares fica reservada à figura dos líderes partidários, porque manifestações expressas de cada um dos deputados liderados são desnecessárias.

Mas o ganho dos chamados deputados rasos vai muito além disso. Dependem dos líderes para compor comissões, onde podem aparecer perante seu eleitorado. E, mais ainda, depende de sua adesão ao encaminhamento de votações, por exemplo, a facilidade com que se liberam, no tempo, as chamadas emendas parlamentares.

Partidos, enquanto agremiações, fortalecem-se dessa concentração, porque fortalecem-se a partir do diálogo estreitado que o presidente faz com a sua base, via lideranças partidárias.

²⁴⁹ Assim dispõe o referido dispositivo do regimento interno da Câmara dos Deputados: “Art. 185. Pelo processo simbólico, que será utilizado na votação das proposições em geral, o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convidará os Deputados a favor a permanecerem sentados e proclamará o resultado manifesto dos votos. § 1º Havendo votação divergente, o Presidente consultará o Plenário se há dúvida quanto ao resultado proclamado, assegurando a oportunidade de formular-se pedido de verificação de votação. § 2º Nenhuma questão de ordem, reclamação ou qualquer outra intervenção será aceita pela Mesa antes de ouvido o Plenário sobre eventual pedido de verificação. § 3º Se seis centésimos dos membros da Casa ou Líderes que representem esse número apoiarem o pedido, proceder-se-á então à votação através do sistema nominal. § 3º-A O apoio de Líderes destinado à composição do quórum referido no § 3º deste artigo deverá ser manifestado em cada votação, vedados o apoio prévio e os acordos de apoio recíproco entre as bancadas. (Parágrafo acrescido pela Resolução nº 21, de 2021). § 4º Havendo-se procedido a uma verificação de votação, antes do decurso de uma hora da proclamação do resultado, só será permitida nova verificação por deliberação do Plenário, a requerimento de um décimo dos Deputados, ou de Líderes que representem esse número. § 5º (Revogado pela Resolução nº 21, de 2021). § 6º O requerimento de quebra do interstício a que se refere o § 4º deste artigo será oral e somente poderá ser apresentado à Mesa após a proclamação do resultado da votação simbólica que se pretenda verificar. (Parágrafo acrescido pela Resolução nº 21, de 2021). § 7º O requerimento referido no § 6º deste artigo será submetido a votação pelo processo simbólico, obrigatoriamente, sem encaminhamento de votação e sem orientação de bancada. (Parágrafo acrescido pela Resolução nº 21, de 2021).”

Análise de Impacto Legislativo

Verifica-se, para os partidos, enquanto agremiações, o que Meneguello (1997) chamou de círculo virtuoso:

Um dos principais aspectos encontrados nesse estudo é o funcionamento de uma dinâmica circular entre o impacto da participação dos partidos no governo sobre a arena eleitoral e o impacto da arena eleitoral sobre a relevância dos partidos para os governos, observado através da força partidária no congresso. Essa dinâmica, de um lado, desenha, de forma indireta, o processo de escolha dos governos em que a dimensão reativa do voto responde aos termos oferecidos pelas forças políticas governamentais para a gestão das questões públicas. De outro lado, mostra que a dinâmica governamental exerce influência na reorganização das forças do sistema partidário, estabelecendo condições para a obtenção de relevância partidária. Assim, este é um círculo virtuoso pelo qual os partidos se desenvolvem, fortalecem sua organização e definem a sua presença regular nas coalizões. (pp. 152-153)

Importa ressaltar, portanto, que, tanto mais se fortalece a negociação com os partidos de base, quanto mais se fortalece a concentração de papéis dos líderes partidários nos trabalhos das casas legislativas, com ganhos claros, na arena de base eleitoral dos deputados rasos, como se pode verificar.

Se é assim, a negociação do Executivo com o parlamento na formação do gabinete de ministros é também facilitada na concentração de poderes nos líderes partidários, que testa a coalescência a todo instante em sua força, em cada votação.

Como terceira base institucional de nosso sistema de governo, podem-se mencionar os poderes amplos de agenda legislativa em mãos do chefe do Executivo.

Com efeito, poderes como o de iniciativa de proposta legislativa (na prática, para matéria reservada pela Constituição à prerrogativa de propositura presidencial, ela se traduz na decisão de quando se iniciar uma discussão no parlamento), de veto (que, para ser derrubado, eleva o quórum de votação de uma lei ordinária para o que se reserva à lei complementar), de pedido de urgência em projetos apresentados (que impõem prazo para análise do parlamento acerca do que propõe o presidente, com poder de trancamento de pauta) e de edição de medida provisória, podem ditar o toque da agenda parlamentar.

A Constituição prevê tais poderes em mãos do presidente. Por eles, facilmente, pode-se concluir que a pauta das casas legislativas não é algo elaborado apenas e tão somente por suas mesas e presidências, mas pelo Executivo. E, imaginar-se que sempre que lança mão o presidente do uso de tais poderes de agenda legislativa está afrontando o parlamento é deixar de lado o componente político de negociação da própria pauta com a base parlamentar do gabinete formado para a coalizão.

É claro que presidente que não dialoga e que tenta afrontar parlamentos pode existir, mas não sobreviver. A imposição de vontades suas, somente suas, não negociadas ou, se o forem, apenas com base pequena e sem coalescência no congresso nacional, gera, por mais bem intencionadas que sejam, a realidade de dois *impeachments* que experimentamos na história recente de nosso País.

Mas isso não é a regra.

Desde a redemocratização, o que se vê é, com maior ou menor grau, cooperação da base, negociação do parlamento por seus partidos e lideranças, gerando ao Executivo uma certa tranquilidade mínima de voo de cruzeiro no toque de sua agenda.

O objeto deste trabalho, portanto, surge em um pequeníssimo palco de cenário maior. A medida provisória se encontra dentro de uma gama de poderes de agenda legislativa em mãos do Executivo, devendo ser analisada a partir do colorido todo que lhe empresta a realidade ampla de nosso presidencialismo de coalizão, em verdadeiro diálogo constitucional traduzido nas negociações políticas para sua formação e manutenção.

Analisar o uso da medida provisória como se fosse uma usurpação de poderes Legislativos pelo Executivo é, sem dúvida, equívoco teórico e erro interpretativo grosseiro. Há que se verificar que o governo é mais do que o Executivo, é a própria coalizão. Daí que, a rigor, a urgência e a relevância como pressupostos fáticos de sua edição são o que essa mesma coalizão determinar, deixando às mãos do presidente apenas o exercício de um poder claramente negociado.

Mas, se a interpretação do fenômeno de edição de MPs parece estar equivocada, como proceder?

5. “Chamem o VAR!”

Não há outra saída ao Direito Constitucional, tomado, em grande parte, por teóricos apegados a exercícios abstratos de análise dos

fenômenos constitucionais, que não seja a revisão, quadro a quadro, da cena de edição de medida provisória.

A medida provisória nasce com força de lei. Pode mudar, portanto, vinculadamente, o *status quo* ao mesmo tempo em que inicia uma discussão.

A Constituição foi elaborada por parlamentares. Todas as bases institucionais apontadas de nosso presidencialismo de coalizão se encontram positivadas por parlamentares. A mecânica de funcionamento prático da relação entre Executivo e Legislativo nos mostra como interpretam tais poderes as prerrogativas que lhe dá a própria constituição e, por isso, supor-se contra a vontade do parlamento (que detém o poder constituinte derivado) a manutenção da medida provisória como instrumento forte nas mãos do Executivo é não atentar para os ganhos que podem advir do próprio sistema em questão, para ambos os lados da relação política.

Em uma análise rápida e despreziosa, é fácil imaginar que muito do que não querem para si os parlamentares, em termos de exposição, fica para o chefe da coalizão, o presidente, assumir perante a opinião pública.

De outro lado, a visão equivocada segundo a qual há condescendência do parlamento com o uso de medidas provisórias pelo Executivo se esquece de que ela pode ser silêncio proposital também porque os ganhos políticos dos partidos da base, nos termos do círculo virtuoso em que se veem, como lembrado acima com menção a Meneguello (1997), fazem sentido aos próprios parlamentares.

Aqui, frisar duas evidências se mostra importante. A primeira, é a de que se fosse tão contrária à independência e livre funcionamento do parlamento a edição de medidas provisórias, não se manteria ela, como está, no texto constitucional. Veio, em 2001, a emenda constitucional de nº 32. Se de um lado impediu a reedição de medida provisória, cujo prazo de vigência era menor, de outro permitiu sua prorrogação, o que faz tranquilo, a um congresso nacional que não precisa, mais, ser convocado se estiver em recesso, deixar o toque de governo nas mãos do chefe do Executivo e testar a popularidade do que faz. Daí decide, ao depois, se acata ou não. E, se acatar, em que medida. Após 2001 não se votou mais nenhuma emenda constitucional referente à edição de medida provisória, o que faz supor que o parlamento e Executivo vivem a tranquilidade necessária à coalizão, no que lhe diz respeito.

Em outras palavras, não se muda a sistemática da medida provisória, não se diminuem poderes do presidente, não se confere poder terminativo à comissão mista que analisa a relevância e urgência em seu parecer, ou mesmo se chega a definir o que seriam as mesmas relevância e urgência. Tudo se mantém próximo ao que era, porque não se quer limitar o próprio jogo do presidencialismo de coalizão. Nosso diálogo constitucional demonstra, assim, que a medida provisória é um dos vários atos do Executivo dentro da interpretação do que seja o sentido do jogo político, nascendo, porém, em regra, da coalizão em si.

A segunda evidência a se frisar é a de aprovação pelo parlamento, no tempo, da imensa maioria das medidas provisórias editadas pelo Executivo.²⁵⁰ Fosse a sua edição uma afronta ao poder Legislativo, usurpação clara, como a grande maioria da doutrina prega em manuais, certamente não só a sistemática já teria sido modificada a seu respeito, pelo constituinte derivado, parlamento, como também a própria rejeição das medidas editadas seria a regra.

Nessa esteira de raciocínio, repassados os quadros de mecânica de nosso presidencialismo de coalizão, os referentes à medida provisória mostram que ela é editada a partir do que a mesma coalizão, governo formado para além do presidente, portanto, entende como relevante e urgente.

Se assim é, forçoso reconhecer-se a medida provisória como ato de governo. E, como tal, analisar-se a possibilidade de ingresso do controle judicial de constitucionalidade na análise dos pressupostos de relevância e urgência.

6. Sobre a análise judicial dos critérios de relevância e urgência

O alerta de Abranches (1988), como trazido supra, indicava que conflitos entre Executivo e Legislativo, ante nosso arcabouço socioconstitucional, só seriam mitigados se houvesse a prática da coalescência.

Os conflitos possíveis, dentro de um funcionamento de presidencialismo de coalizão, acabaram por se mostrar mais entre minorias legislativas e a própria coalizão em si. Quando isso não acaba

²⁵⁰ Para um estudo de períodos anteriores e posteriores à EC 32/2001, a partir de dados empíricos e que demonstram não haver usurpação de poder Legislativo pelo Executivo, ver Abramovay (2012).

em aceitação de perda política, levam-se as questões ao STF, via controle de constitucionalidade.

Nosso controle de constitucionalidade vem sendo fortalecido por esse mesmo diálogo constitucional entre Executivo e Legislativo, impondo ao STF que adentre como ator a também dialogar.

Assim é que se desenvolveu, *pari passu* com o ativismo judicial de que se acusa a nossa suprema corte, o “modelo confuso” de controle judicial de constitucionalidade. Isso porque, mantendo-se o sistema como misto, ainda, possibilitado o controle pela modalidade difusa, é ela sufocada, desde 1993, a partir da EC nº 3, pelo efeito vinculante de decisões tomadas por 11 ministros.

Isso gerou uma participação do STF em assuntos pouco afetos à aprovação popular, por vezes cumprindo bem seu papel de poder contramajoritário de proteção de minorias. Por outro lado, engrandeceu a figura de moderador político que começou a se lhe entregar em cada um dos reclamos que se fazia, a partir dos legitimados próprios, acerca do andamento da política.

De um lado, decisões importantes foram tomadas e, muitas delas, suprimiram omissões parlamentares que não pareciam ser involuntárias, como a referente à interrupção de gravidez quando constatado ser o feto anencéfalo, à regulamentação da união homoafetiva, ou mesmo à própria criminalização da homofobia. Pautas claramente sensíveis e de discussão pouco atrativas a parlamento eleito. De outro lado, viu-se o STF com poderes sobre casos importantes da política nacional, controlando nomeações de ministros e, até mesmo, afastando do cargo parlamentar mantido pela casa respectiva.

Desde sempre, porém, ronda a jurisprudência de nossa suprema corte a possibilidade que mantém, ao invocar o que se pode chamar de cláusula geral de reserva de excepcionalidade, de adentrar na análise dos critérios de relevância e urgência.²⁵¹ Embora não as analise,

²⁵¹ A respeito, registre-se que a discussão se iniciou com fixações de paradigmas via a sempre lembrada ADI 293 MC – DF, sendo relator o Ministro Celso de Mello (BRASIL, STF – Tribunal Pleno. ADI 293 MC. Requerente o Procurador-Geral da República, Relator o Ministro Celso de Mello. DF. Data do julgamento 06/06/1990. DJ 16/04/1993). A sistemática da MP, dada pela redação original do art. 62 e seu parágrafo único, da CF, previa a perda de eficácia do ato normativo não convertido em lei em 30 dias pelo Congresso Nacional, que deveria regulamentar as relações jurídicas dela decorrentes. Na prática, porque nada se deliberava no parlamento, o Presidente da República vinha reeditando as MPs. Perdiam eficácia e, imediatamente, retomavam-na, em nova edição. O silêncio do parlamento era visto como concordância, não sem

o tribunal, como regra, reafirma que em casos excepcionais pode a tanto proceder.

Mas, dentro do cenário de diálogo constitucional, com o parlamento manifestando-se reiteradamente a favor da ideia de edição de MPs, a partir do que entender relevante e urgente o Executivo, com governo ampliado pelo presidencialismo de coalizão, quem usurparia a função de quem, se fosse possível a análise judicial dos critérios constitucionalmente previstos?

Em outra oportunidade (SAMPAIO 2007, p.193 e ss.) desenvolveu-se estudo mais detido sobre o tema deste ensaio, concluindo-se pela medida provisória apresentando a natureza de ato de governo, não porque se quer, com isso e em si mesmo, como o fazia a doutrina francesa, impedir a análise judicial dela, mas porque é ela fruto de toque do próprio governo, no presidencialismo de coalizão. E se chegou à tal conclusão a partir do rapidamente exposto aqui, demonstrando-se cenário claro de interpretação do texto constitucional pelo conjunto de posições tomadas, historicamente, pelo parlamento e Executivo em sua relação.

Ora, se se imagina que ao Congresso cabe coibir abuso de edição de medida provisória, por que razão se poderia tomar como emasculado o parlamento quando não toma as rédeas por si mesmo do controle que pode fazer como *veto player*, que é, do Executivo? Afinal, a mudança no *status quo* instalado depende dele, de sua concordância, quando se edita medida provisória a partir da coalizão. A sistemática constitucional poderia ter sido modificada para maior controle. A rejeição, por fim, impondo-se derrotas sucessivas ao Executivo, poderia ser a regra.

Como se imaginar possível que uma corte constitucional e jurisdicional comum, composta por 11 membros não eleitos, possa desdizer a concordância tácita ou não dada pelo parlamento no que tange à análise de relevância e urgência?

levante doutrinário grande. Aos 6 de junho de 1990, ao apreciar a possibilidade ou não de reedição de MP expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, o relator, em sede de medida cautelar, entendeu possível a reedição no caso do silêncio parlamentar, o que serviu de base para os julgados posteriores até modificação da sistemática introduzida pela EC 32/2001, que passou a permitir, por somente uma vez, a sua prorrogação de vigência pelo mesmo prazo original. Importante notar que o Ministro Celso de Mello, com a decisão de 1990, transferiu a arena do conflito político do STF para o parlamento que, somente depois, em 2001, modificou a sistemática das MPs.

Não há usurpação de poder Legislativo pelo Executivo, como se demonstrou acima e, por isso, fosse possível a análise judicial de relevância e urgência pelo STF, o controle dos pressupostos de edição das MPs em si mesmo, é dizer, isso não seria regra apenas no silêncio do parlamento. Em outras palavras, tomar como viável tal análise judicial, como se meramente técnica fosse, seria permitir que, por exemplo, até mesmo medida provisória aprovada pelo parlamento pudesse ser controlada pelo Supremo para o tempo anterior à sua conversão em lei. Mesmo com o parlamento aprovando uma MP, ela seria temporariamente inconstitucional se o STF entendesse irrelevante ou nada urgente a matéria que desse ensejo à sua edição? Isso não seria, em si mesmo, usurpação de função legislativa, a título de se evitar a equivocadamente alegada mesma usurpação de função legislativa?

Não se vê como possa o Judiciário ditar a pauta política do País, em especial no tocante ao controle dos critérios de edição de MPs. Participar do diálogo constitucional por via do controle de constitucionalidade, como se apontou, não é dar a última palavra e única possível sobre a questão constitucional em si. No que toca às medidas provisórias e seus critérios de edição, porém, seria arrogar-se, o STF, a figura de um poder moderador, inexistente em nossa constituição. E entre minoria parlamentar e a coalizão em si.

Ainda que por vezes possa moderar a política via controle de constitucionalidade, funcionar como *veto player* dos demais poderes o próprio STF, quando analisa matéria e forma constitucionais, isso não lhe dá as vozes de ator político eleito.

Há limites para o que pode fazer. Claros, ainda que existam várias espécies de instrumentos processuais que prometam o controle do mundo constitucional pelo STF a quem lê o texto normativo frio.

Se o controle de constitucionalidade levado a cabo pela Suprema Corte não é, ele mesmo, a última palavra sobre tudo, a calibração disso se faz na continuidade do debate pelos outros atores políticos e pela sociedade, iniciada a nova rodada deliberativa.

Ceifar o debate de razões da edição de medida provisória, seus pressupostos, tomando para si como possível a sua análise, é algo que não se vê como possível ao Judiciário. Fosse assim, um juiz de primeiro grau poderia afastar, em controle difuso, a aplicação de medidas provisórias uma vez que ele, o magistrado, não entende relevante o assunto, ou mesmo urgente a sua regulamentação via MP.

Ele, o magistrado, o não-eleito, o sem informes técnicos, o que não participa do cenário da coalizão acima desenhado. E, por via de consequência, tal perplexidade se pode repetir em caso de controle concentrado dos pressupostos da MP: ele, o STF, o não-eleito, o sem informes técnicos e que não participa da coalizão governamental.

Ser *veto player*, via controle de constitucionalidade, participar do diálogo com os demais poderes, é uma situação. Outra é ditar se correta ou errada a interpretação de fatos importantes ao programa de governo em andamento de implementação, quando isso cabe ao controle da coalizão.

Em suma, sendo questão atinente ao toque do governo, o que é relevante e urgente não cabe ao STF analisar. Pode analisar a constitucionalidade da MP no seu trâmite formal e, é claro, sobretudo, na sua vertente material, se é ou não inconstitucional determinada deliberação governamental em seu teor. Mas, jamais, sob pena de desconstrução da própria separação de poderes brasileira, avocar-se o papel de *veto player* da relevância e urgência governamentais.

7. Conclusão

Quando se analisa um cenário de caos Legislativo, apontam-se, com críticas, os descuidos que se veem na normatização da vida nacional.

Não há mais uma predileção do legislador pela segurança jurídica e, em si, isso pode ser bom ou ruim, a depender do conteúdo que se dá ao conceito em questão. Quer-se dizer, com isso, que segurança jurídica, como cânone de ideologia liberal, é algo importante para que a economia funcione, as poupanças se façam, as famílias se empreguem, as vidas melhorem. Por outro lado, um apego excessivo para além da proteção de ato jurídico perfeito, coisa julgada ou, ainda, direito adquirido é algo a se ver com cautela, porque se pode começar a questionar o legislador pelo fato de legislar.

O problema parece, por conseguinte, impor reflexão anterior a tal questionamento: como funciona nossa representação política, como nosso voto se traduz em realidade de voz popular, como é a transparência de uma coalizão, por exemplo, são questões que merecem urgente atenção do jurista para o que estuda a Ciência Política.

Claramente nosso sistema eleitoral é falho e nossa representação continua oligárquica. Isso gera, como reflexo, uma

coalizão que espelha essa oligarquia política, seja de esquerda, centro ou direita, a que estiver no poder.

Discussões como cláusula de barreira, sistema eleitoral com distritos menores e critérios majoritários dentro deles, transparência em negociações de programa de governos de coalizão e, sobretudo, sinceridade pública no intuito de coalizões perenes são as que realmente importam para melhorar o caráter republicano de nosso presidencialismo, dentre outras. A reeleição em si, como possibilidade aberta ao presidente em primeiro mandato, pode ensejar um conspurcar do intuito de coalizão, pondo-se à venda parte do primeiro mandato em troca de um possível segundo.

Neste texto, quis-se apontar como deve ser vista a edição de MP dentro do diálogo constitucional entre Executivo e Legislativo, na mecânica do presidencialismo de coalizão. Não se governa, posto como está nosso arcabouço partidário e institucional, sem que se recorra à coalizão. Ela, em si, não é ruim, embora possa servir de falsa vestimenta de acordos programáticos que acobertam trocas que corrompem a arte da política e vilipendiam o Direito Constitucional.

Mais uma vez se faz necessário, ao jurista, analisar a produção legislativa como ela é, para poder apresentar soluções para ser como deva ser. Para tanto, deve beber do doce cálice libertador da Ciência Política, analisar os fenômenos de interpretação constitucional pelos poderes constituídos como algo em si e *a priori* legítimos.

Não há salvadores da pátria. Se a política vai mal, deve-se corrigir a forma de fazer política, de produção de lideranças, de acesso ao poder, não se imaginando que um oráculo de suposta vanguarda iluminista possa servir como *veto player* corregedor do jogo político.

Relevância e urgência são critérios políticos. Assuntos relevantes e urgentes são os eleitos majoritariamente no programa do presidente e acomodados pela representação proporcional existente em parte do parlamento.

Relevância e urgência não podem permitir acesso a jogo político com supremacia ou última palavra definitiva de qualquer dos poderes constituídos.

Relevância e urgência são controláveis por quem a constituição determina que o faça: pelo artigo 62, do texto normativo, pelo Congresso Nacional. Ele não pode ser usurpado. Seu silêncio deve ser respeitado e tomado como concordância quanto à edição de MPs.

Relevância e urgência, em suma, não são porta de entrada do STF ao toque do governo. Estão infensos à análise judicial.

Como ato de governo que é, a medida provisória se controla, nos seus pressupostos, pela coalizão governante.

E apenas por ela.

8. Referências Bibliográficas

- ABRAMOVAY, Pedro V. (2021). **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier: Faculdade de Direito da FGV.
- ABRANCHES, Sérgio H. (1988). Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 31: 5-34.
- ABRANCHES, Sérgio H. (2018). **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia da Letras.
- ALTHUSSER, Louis (1992). **Montesquieu**: la politique et l'histoire. 7. ed., Paris: Quadrige/PUF.
- AMORIM, Octavio (Neto); TAFNER, Paulo (2002). Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle Legislativo das medidas provisórias. *Dados: Revista de Ciências Sociais* 45: 5-38.
- ARISTOTE (1990). **Les politiques**. Paris: Flammarion.
- AZEVEDO, Márcia M.C. (2001). **Prática do Processo Legislativo**: jogo parlamentar: fluxos de poder e ideias no congresso: exemplos e momentos comentados. São Paulo: Atlas.
- CHEIBUB, José A.; PZREWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian (2002). Governos de coalizão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45: 187-218.
- ESCOSSIA, Matheus H.S. (2015). O diálogo constitucional numa perspectiva brasileira: um colóquio contínuo entre os três poderes. *RDU*, 63: 65-83.
- FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando (1999). **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV.
- FISHER, Louis (1988). **Constitutional Dialogues**: Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press.
- LIMONGI, Fernando (2006). A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos CEBRAP* 76: 17-41. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 Sept. 2017.
- MACHADO, Regina H. (1977). **Medida provisória ou a medida do poder**. Rio de Janeiro: Liber Juris.
- MARTUSCELLI, Danilo E. (2010). A ideologia do "presidencialismo de coalizão". *Lutas Sociais*, 24: 60-69. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18835>>. Acesso em: 04 set. 2017.

- MENDES, Conrado H. (2011). **Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva.
- MENDES, Marco A. S. (2016). Anatomia do presidencialismo de coalizão: uma perspectiva histórico-econômica financiada pelo processo orçamentário federal. *Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF* 6(11): 240-267.
- MENDES, Maurício M. (2009). Breves anotações sobre o presidencialismo de coalizão no Brasil". *E-Legis* 2(3): 62-72. Disponível em: <<http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/21/17>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.
- MENEGUELLO, Rachel (1998). **Partidos e governo no Brasil contemporâneo (1985-1997)**. São Paulo: Paz e Terra.
- MONTESQUIEU (1951). *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.
- PEREIRA, Carlos / MUELLER, Bernardo. "Uma teoria da preponderância do Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 15 (2000): 45-67.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- POLÍBIO (1996). **História**. 2. ed. Brasília: Ed. UnB.
- RENNÓ, Lúcio. R. (2006). Críticas ao presidencialismo de coalizão no Brasil: processos institucionalmente constrictos ou individualmente dirigidos? In: Avritzer, L.; Anastasia, F. (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, p. 259-271.
- SAMPAIO, Marco A. (2007). **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros.
- SAMPAR, Rene (2012). O papel das medidas provisórias no presidencialismo de coalizão brasileiro. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. 4(6): 32-49.
- SANTOS, Fabiano (2003). **O poder Legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte: Ed. UFMG.
- SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir (2011). **Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão**. Curitiba: Appris.
- SCHIER, Paulo R. (2017). **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá.
- SOUSA, Leomar B.A. (1999). **A produção normativa do poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos**. Brasília: Brasília Jurídica.
- TARELLO, Giovanni (1976). **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino.
- TSEBELLIS, George (1995). Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism. *British Journal of Political Science* 25: 289-325.

TSEBELLIS, George (2002). **Veto Players: How Political Institutions Work**. New York: Russel Sage Foundation.

VICTOR, Sérgio A.F. (2015). **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva.

Marco Aurélio Sampaio

Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Doutor em Direito pela USP.

PROCESSO LEGISLATIVO E MOTIVAÇÃO:
A ANÁLISE DA (IN)VIABILIDADE DE
CONTROLE JURISDICIONAL DE
CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COM
FUNDAMENTO NA JUSTIFICATIVA OU NA
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJETO DE
LEI.

*LEGISLATIVE PROCESS AND MOTIVATION. THE ANALYSIS
OF THE (UN)FEASIBILITY OF THE JUDICIAL
CONSTITUTIONAL REVIEW OF THE LAW BASED ON THE
JUSTIFICATION OR ON THE STATEMENT OF THE REASONS
OF THE LEGISLATIVE BILL*

Carlos Roberto de Alckmin Dutra

Resumo

O presente artigo tem por objeto abordar a necessidade de motivação nas proposições legislativas (projetos de lei) e a possibilidade, ou não, de realização de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário em relação aos motivos apresentados nos projetos de lei. Para tanto, o princípio da motivação será analisado nas diversas áreas da atividade estatal, a partir da motivação das decisões judiciais, seguida da motivação das decisões administrativas e, afinal, da motivação no processo legislativo. A conclusão indica que, salvo nos casos em que a motivação das proposições legislativas é exigida constitucionalmente, não se mostra possível o controle de constitucionalidade, pelo Poder Judiciário, da motivação dos projetos de lei.

Palavras-chave: Processo Legislativo. Motivação. Princípio da Motivação. Controle de Constitucionalidade. Separação de Poderes.

Abstract

This article aims to address the need for motivation in legislative proposals (bills) and the possibility, or not, of carrying out judicial control of constitutionality in relation to the reasons presented in the bills. Therefore, the principle of motivation will be analyzed in the various areas of state activity, from the motivation of the judicial decisions, followed by the reasoning of the administrative decisions and, finally, the reasoning in the legislative process. The conclusion indicates that, except in cases in which the reasoning of the legislative proposals is constitutionally required, it is not shown possible for the Judiciary branch to make judiciary review of the reasoning of the bills.

Keywords: *Legislative Process. Motivation. “Reasoning Principle”. Judicial Review. Separation of Powers.*

Sumário: **1.** Introdução. **2.** Do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. **3.** A Motivação Administrativa. **4.** A Motivação no Processo Legislativo. **5.** Conclusão. **6.** Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Tem havido, recentemente, tanto na doutrina, como na prática judiciária do processo constitucional, uma iniciativa de procurar realizar o controle de constitucionalidade do processo de produção de leis (processo legislativo) com fundamento em princípios constitucionais que informam o processo jurisdicional, em particular nos princípios da fundamentação e da motivação das decisões judiciais, previstos nos incisos IX e X, do artigo 93 da Constituição Federal, que se aplicam também às decisões administrativas (art. 93, X).

Doutrinariamente, pode-se citar, a título de exemplo, o entendimento de André Cyrino (2016, p.88):

Há boas razões para sustentar que argumentos de *public choice* poderiam justificar um controle mais reforçado da constitucionalidade de leis. Um controle para além da garantia de direitos (no caso, direitos da livre iniciativa). Um controle

voltado ao funcionamento da democracia, cuja promoção é critério legitimador da própria jurisdição constitucional.

Perante nossos tribunais, tem havido, igualmente, a utilização do princípio da motivação como fundamento para a alegação de vícios no processo legislativo, que ocasionariam a inconstitucionalidade da lei aprovada²⁵².

O presente artigo volta-se a analisar a natureza do processo legislativo, suas peculiaridades e verificar a possibilidade, ou não, de realização de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei (aqui vista em sentido lato) aprovada, com fundamento no princípio da motivação.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a análise do dever de fundamentação nas diversas áreas de atuação estatal, partindo da motivação judicial, para em seguida analisar a fundamentação no campo administrativo e, então, a fundamentação no processo legislativo para, afinal, analisar a possibilidade, ou não, de submeter esta última ao crivo jurisdicional.

2. Do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais tem sua origem em tempos não muito remotos.

Como ensina José Carlos Barbosa Moreira (1980), embora haja registros históricos de precedentes de decisões judiciais exigindo motivação, apenas a partir da segunda metade do século XVIII, teve início a prática generalizada, nas legislações ocidentais:

Consagrou-a a Revolução Francesa, primeiro no artigo 15, título V, da lei de organização judiciária de 1790, e depois no artigo 208 da Constituição do ano III. Na mesma época, adotou-se na

²⁵² Veja-se, nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2155205-56.2021.8.26.0000, em curso perante o Tribunal de justiça do Estado de São Paulo, na qual o Requerente alegou que o Projeto de Lei nº 529/2020 teria sido encaminhado ao Poder Legislativo “sem qualquer estudo técnico ou econômico que fundamentasse a decisão do administrador público, ao contrário, todos os estudos prévios à aprovação da Lei sinalizaram no sentido do fortalecimento das instituições de pesquisa, alertando dos danos e prejuízos ao erário que essa causaria e não da sua extinção.” (petição inicial, fls. 9-10), o que, segundo o alegado, vulneraria o princípio da motivação, previsto no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo.

Prússia, a *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793, ao passo que na península itálica a inovação se vira introduzida por anteriores reformas, em Nápoles (1774) e no Principado de Trento (1788). (p.83)

Acrescenta o autor citado que, a partir daí, a motivação se constituiu como um traço comum a quase todas as codificações processuais do século XIX.

Esclarece ainda Barbosa Moreira (1980, p.85) que, embora o dever de motivar as decisões judiciais tenha se firmado nos diversos ordenamentos jurídicos sob circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais bastante diferentes, numa linha tradicional de pensamento, elas se relacionam, sobretudo, com certa preocupação de racionalizar a atividade jurisdicional, possuindo uma significação técnica. Sob esse ponto de vista técnico, a obrigatoriedade da fundamentação decorreria da necessidade de aferição da imparcialidade do juiz, da legalidade da decisão e do direito de as partes serem ouvidas e verem examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado (p.85-87).

Além desse enfoque técnico, pode-se citar uma segunda dimensão do dever de motivar as decisões judiciais, que se funda nas premissas do Estado Democrático de Direito. De fato, nas democracias, o poder é exercido com fundamento na lei e não na vontade do julgador, sendo necessário que a decisão judicial demonstre, com argumentos racionais, que foi efetivamente prolatada com base na lei.

Em abordagem anterior, invocando o ensinamento de Michele Tarufo, tivemos a oportunidade de esclarecer essas duas dimensões:

Michele Tarufo demonstra que o dever de motivar as decisões se funda em duas razões distintas, a primeira estritamente ligada à exigência de funcionamento do processo e da organização centralizada da magistratura; vem do racionalismo funcional e burocrático e se volta a facilitar a conexão entre a sentença e a impugnação; serve às partes que conhecendo os motivos da decisão, podem decidir se devem impugná-la e individualizar melhor os motivos da impugnação e serve, também, ao órgão superior, que poderá melhor analisar a sentença recorrida, conhecendo as razões adotadas pelo juízo que as proferiu. A segunda razão do dever de motivar a decisão, que não exclui a função de racionalidade do sistema, mas a supera, funda-se na visão de motivação como garantia. Sua inspiração vem da ideologia democrática da justiça, que aflora no iluminismo

francês e se manifesta, sobretudo, após a Revolução: a função da motivação volta-se a assegurar o controle externo por parte do povo acerca do modo pelo qual os juízes exercem o poder que a eles é delegado. (DUTRA 2010, p.248)²⁵³

Cintra *et al.* (1993, p.63-64) esclarecem que na linha de pensamento tradicional, a motivação era vista como garantia das partes, com a finalidade de propiciar a impugnação das decisões, para efeitos de reforma. Ressalvam, contudo, que, modernamente, tem sido acentuada a função política da fundamentação:

Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e a justiça das decisões. (p.64)

Percebe-se, portanto, que o princípio da motivação, no campo jurisdicional, volta-se a preencher uma necessidade de racionalidade do processo, no sentido de garantir o direito de as partes serem ouvidas e terem seus argumentos analisados pelo órgão julgador, assim como demonstrar a imparcialidade deste e aferir legalidade da decisão.

Sob outro ponto de vista, extraprocessual, a motivação tem o condão de permitir o controle popular das decisões judiciais, ligando-se à própria legitimidade do exercício da função jurisdicional. De fato, ao contrário dos demais Poderes, nos quais os seus integrantes são eleitos e exercem mandato representativo e temporário, no Poder Judiciário, a forma de acesso é meritocrática e os juízes gozam dos predicamentos da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Portanto, a fundamentação das decisões judiciais é um importante fator de legitimação do exercício da função jurisdicional, por meio da qual os cidadãos podem aferir se a jurisdição é exercida de forma imparcial, com fundamento na lei e em consonância com os argumentos das partes.

²⁵³ A citação refere-se a Tarufo (1988, p. 38).

3. A Motivação Administrativa

A Administração Pública é, igualmente, obrigada a justificar seus atos, indicando os fundamentos de fato e de direito para a sua prática.

Acerca do princípio da motivação, esclarece Bandeira de Mello (2005, p.102):

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

Nesse caso, a motivação tem o condão de propiciar o controle, inclusive judicial, da prática do ato administrativo, verificando se foi devidamente implementado, segundo a lei e a Constituição.

A motivação administrativa permite, ainda, que o administrado tenha elementos para se insurgir contra o ato e o Poder Judiciário meios para aferir a sua adequação e legalidade:

Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. (Bandeira de Mello 2005, p.103)

Vistas, com a necessária brevidade, essas duas vertentes da motivação, vejamos como atua a motivação no processo legislativo.

4. A Motivação no Processo Legislativo.

No tocante ao processo legislativo, a exposição de motivos do projeto de lei é ato que antecede o seu início. De fato, o processo legislativo apenas se inicia com a apresentação do projeto ou

propositura ao Poder Legislativo, na forma prevista regimentalmente.²⁵⁴ Nesse ponto, o projeto de lei deve estar devidamente redigido com todos os seus elementos, segundo as regras regimentais e aquelas previstas na Lei Complementar nº 95/1998²⁵⁵ ou em normas congêneres no âmbito estadual²⁵⁶ e municipal.

Cabe ao Poder Legislativo o controle da validade da iniciativa legislativa. Ao tratar do tema, José Afonso da Silva (2017, p.171) esclarece que:

Para que a iniciativa possa ser válida, mister sejam atendidas algumas exigências, tais como: (a) legitimidade do titular; (b) competência do destinatário; (c) possibilidade constitucional; (d) projeto redigido segundo as formalidades exigidas no Regimento Interno competente; (e) motivação da iniciativa.

A motivação da iniciativa legislativa é imposta, na Câmara dos Deputados, pelo artigo 103 de seu Regimento Interno, que possui o seguinte teor:

Art. 103. A proposição poderá ser fundamentada por escrito ou verbalmente pelo Autor e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia inscrição junto à Mesa.

²⁵⁴ Na Câmara dos Deputados, hoje isso ocorre de forma digital, conforme previsto pelo “caput” do artigo 101 de seu Regimento Interno:

Art. 101. Os atos do processo legislativo previstos neste Regimento, entre eles a apresentação e a subscrição de proposições, serão praticados por meio digital, na forma de Ato da Mesa. (“Caput” do artigo com redação dada pela Resolução nº 12, de 2019, publicada no Suplemento ao DCD de 1º/11/2019, em vigor no início da próxima sessão legislativa ordinária); no Senado Federal, a iniciativa legislativa deve observar as regras inscritas no artigo 235 de seu regimento interno; e na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, as normas inseridas no artigo 148 de seu Regimento Interno.

²⁵⁵ “Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm, acesso em 02/09/2022.

²⁵⁶ No caso do Estado de São Paulo, trata-se da Lei Complementar nº 863/1999, que “Dispõe sobre a elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis, conforme determina o item 16 do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Estadual, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.” Disponível em? <https://www.al.sp.gov.br/norma/8716>, acesso em 02/09/2022.

Parágrafo único. O relator de proposição, de ofício ou a requerimento do Autor, fará juntar ao respectivo processo a justificação oral, extraída do *Diário da Câmara dos Deputados*.

No Senado Federal, a exigência de motivação decorre do artigo 238 de seu Regimento Interno:

Art. 238. As proposições, salvo os requerimentos, devem ser acompanhadas de justificação oral ou escrita, observado o disposto no parágrafo único do art. 233.

Parágrafo único. Havendo várias emendas do mesmo autor, dependentes de justificação oral, é lícito justificá-las em conjunto.

A regra se impõe igualmente às emendas:

Art. 233. Nenhuma emenda será aceita sem que o autor a tenha justificado por escrito ou oralmente.

Parágrafo único. A justificação oral de emenda em plenário deverá ser feita no prazo que seu autor dispuser para falar no Período do Expediente da sessão.

Na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, há regra similar, prevista no artigo 134 de seu Regimento Interno:

Artigo 134 - As proposições deverão ser redigidas em termos claros e sintéticos e conter a devida justificativa.

O sítio na Rede Mundial de Computadores da Câmara dos Deputados explica o que é a *justificativa* de um projeto de lei:

O que é Justificativa ou Justificação de uma proposição?
É um texto que acompanha os projetos de lei e, em geral, as demais proposições com origem no Poder Legislativo, que visa a explicar a proposta e/ou expor as razões de se editar a norma.²⁵⁷

Já a Exposição de Motivos de uma proposição é definida da seguinte forma:

²⁵⁷ Disponível em: https://www2.camara.leg.br/transparencia/acesso-a-informacao/copy_of_perguntas-frequentes/processo-legislativo##5, acesso em 02/09/2022.

O que é Exposição de Motivos de uma proposição?

É um texto que acompanha os projetos de lei e outras proposições de autoria do Poder Executivo com a mesma função de uma justificativa: explicar a proposta e/ou expor as razões de se editar a norma. Em geral, encontra-se no corpo da Mensagem (MSC) encaminhada pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo e é identificada pela sigla EM.²⁵⁸

O Decreto Federal nº 9.191/2017, que regulamenta a Lei Complementar nº 95/1998, para o fim de estabelecer “as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”, dispõe, em seu artigo 27, acerca dos elementos da exposição de motivos da seguinte forma:

Art. 27. A exposição de motivos deverá:

I - justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva, a edição do ato normativo, com: (Redação dada pelo Decreto nº 10.420, de 2020)

a) a síntese do problema cuja proposição do ato normativo visa a solucionar;

b) a justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta; e

c) a identificação dos atingidos pela norma;

II - na hipótese de a proposta de ato normativo gerar despesas, diretas ou indiretas, ou gerar diminuição de receita para o ente público, demonstrar o atendimento ao disposto nos art. 14, art. 16 e art. 17 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e no art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ;

III - no caso de proposta de medida provisória, demonstrar, objetivamente, a relevância e a urgência; e

IV - ser assinada pelo Ministro de Estado proponente.

Primeiramente, é necessário esclarecer que nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 27 do Decreto Federal nº 9.191/2017, quais sejam, a proposta de ato normativo gerar despesas, diretas ou indiretas, ou gerar diminuição de receita para o ente público (inc. II) ou, ainda, no

²⁵⁸ *Idem.*

caso de medida provisória, há necessidade de a propositura demonstrar o atendimento das condições específicas ali exigidas, de cunho constitucional, quais sejam, aquelas previstas no artigo 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (hipótese do inc. II); sendo imprescindível a demonstração, de forma objetiva, da relevância e da urgência da matéria, tal qual demanda o artigo 62 da Constituição Federal, para as medidas provisórias (inc. III).

Nesses casos, não há dúvida, cabe controle jurisdicional da lei ou ato normativo ao final aprovados para aferir o cumprimento, durante o processo legislativo, dos requisitos constitucionais.²⁵⁹

Questão mais complexa diz respeito a saber se, nas demais hipóteses em que não houver requisitos constitucionais específicos, as razões constantes na justificativa ou exposição de motivos do projeto de lei poderia servir como parâmetro para a verificação de

²⁵⁹ Nesse sentido, a título de exemplo: Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA AÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. 1. Este Supremo Tribunal manifestou-se pela possibilidade e análise dos requisitos constitucionais para a edição de medida provisória após a sua conversão em lei. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória quando se comprove abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência. Na espécie, na exposição de motivos da medida provisória não se demonstrou, de forma suficiente, os requisitos constitucionais de urgência do caso. 3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República. 4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade. (ADI 4717, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 14-02-2019 PUBLIC 15-02-2019)

inconstitucionalidade dela, em caso de não verificação das prognoses realizadas.

Como mencionado acima, as justificativas e exposições de motivos têm por finalidade explicar a proposta ou expor as razões de se editar a norma.

Voltam-se, portanto, a convencer o próprio legislador (membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais), acerca da importância da matéria tratada na propositura e da necessidade de sua aprovação. Também têm o condão de mostrar ao cidadão as razões da proposição legislativa e as escolhas ali realizadas.

No processo judicial a motivação, como visto, tem uma dupla finalidade: (1) primeiramente endoprocessual, de forma a permitir que a parte possa recorrer da decisão e que o juízo de grau superior afira a sua correção; e outra (2) extraprocessual, no sentido de servir como elemento de convencimento ao auditório aberto constituído por toda a sociedade, acerca da justiça da decisão e, dessa forma, funcionando como fator de legitimidade da decisão judicial e da própria atuação do Poder Judiciário – que não é eleito e, assim, extrai sua legitimidade da escorreita transparente e justificada aplicação da lei e da Constituição.

No processo administrativo, a motivação tem a finalidade de revelar se o ato administrativo foi praticado em consonância com as previsões legais e constitucionais, propiciando que o administrado possa se insurgir contra ele, em caso de desvios, e permitir o controle pelo Poder Judiciário.

Verifica-se, assim, que o princípio da motivação no processo legislativo assume um colorido bastante diverso daquele que possui no processo judicial e administrativo.

De fato, no processo legislativo, a motivação não é voltada a permitir a impugnação do projeto de lei pelos interessados, mas, mais propriamente, a sua avaliação e o debate acerca da matéria:

De notar que a iniciativa constitui uma escolha, e esta precisa ser justificada; a escolha pode conter uma inovação na ordem jurídica preexistente ou mera modificação na regulamentação de matéria já regulamentada legalmente. Neste último caso é necessário que o proponente faça acompanhar sua iniciativa de transcrição das normas a serem modificadas ou em que se

fundamente (RICD, art. 112; RISP, art. 239). (SILVA 2017, p.173)

Aliás, a propositura apresentada e as suas próprias razões poderão ser alteradas, por meio de emendas ao projeto e, até mesmo, substitutivos, nas hipóteses permitidas.

Em trabalho monográfico sobre o tema, Fábio de Almeida Lopes (2009, p.34-37) esclarece que, embora o processo legislativo guarde vínculos com o processo jurisdicional, pelo próprio fato de ambos serem processos, bem como por serem regidos por uma legislação, há diversos princípios do processo jurisdicional não aplicáveis ao legislativo, como o do contraditório e da ampla defesa; da imparcialidade; da inafastabilidade da jurisdição; do duplo grau de jurisdição; da proibição de provas ilícitas; da lealdade; e, por fim, da motivação.

No tocante ao princípio da motivação, informa as seguintes razões para a sua inaplicabilidade ao processo legislativo:

Um último princípio dissonante entre os dois processos é o da *motivação*. No plano jurídico, uma sentença só pode se configurar se motivada, ou seja, sustentada a partir das leis, provas, depoimentos e julgamento envolvidos. No legislativo, a proposta é motivada, acompanhada por uma justificativa, mas esta pode ser simples, voluntariosa e é parcial. Mais afeto à questão seria o veto, que exige uma fundamentação para sua existência, mas também é parcial e não resultado da audiência das partes. Motivações existem em cada caso, mas a da sentença jurídica é a justiça e a da legislativa é a política.²⁶⁰

De fato, como bem pontuou Pedro Estevam Serrano (1997, p.97), a “tripartição funcional do Poder Estatal (...) não comporta investigação judicial no âmbito subjetivo das decisões políticas da legislatura”. E acrescenta, demonstrando a inviabilidade de o Poder Judiciário valer-se da motivação do legislador para escrutinar inconstitucionalidades:

Se o juiz ingressasse na apreciação das razões subjetivas para verificar os fins do legislador, acabaria substituindo-o indevidamente, passando de aplicador da lei a produtor-

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 37.

aplicador da lei e caracterizando conduta imperial que o Estado de Direito não comporta. O que não significa dizer que os fins da lei são arbitrários. Os fins da lei são plausíveis de verificação objetiva pela *mens legis* e – se destoantes dos fins constitucionais – é dever do Judiciário fulminar seus efeitos. Só não lhe compete servir-se da motivação do legislador para descoberta de fins legais supostamente inconstitucionais. (SERRANO, 1997, p.97)

Destaca o autor citado o teor não vinculativo da motivação das leis:

O legislador tem grande força criadora no sistema, mas nenhuma concretização de sua criação. Nem que tente “controlar” a interpretação das normas que produzir, consagrando suas intenções e seu entendimento nas motivações da lei, estas últimas não terão condão vinculativo. Só o texto hipotético-condicional obriga o aplicador da lei; o resto é pura declaração irrelevante. (SERRANO 1997, p.98)

Expõe, ainda, a falta de sentido de o Judiciário ingressar na análise das motivações do legislador:

Por isso é que é um “sem sentido”, uma agressão ao Estado do Direito, o ingresso do Judiciário nas motivações e intenções do legislador. Ou a lei oferece em sua mensagem prescritiva razões para sua invalidação, objetivamente verificáveis, ou deve ser tida como válida. (SERRANO, 1997, p.98)

E conclui:

Ao nosso ver, o regime constitucional brasileiro não possibilita o controle judicial da motivação do legislador nas leis gerais e abstratas. (SERRANO 1997, p.98)

Dessa forma, o controle da constitucionalidade da lei ou ato normativo aprovado, com fundamento nas razões expostas na justificativa ou na exposição dos motivos da propositura, não se mostra viável – a não ser nas hipóteses, acima mencionadas, em que há previsão constitucional específica -, pois a finalidade desses atos não é a de permitir o controle da lei aprovada por outro Poder, mas sim

propiciar a análise do projeto pelos membros do próprio Poder Legislativo e pelos cidadãos, com a finalidade de convencê-los da importância do projeto e permitir que possam apresentar sugestões e críticas, que propiciem a realização de suas escolhas democráticas.

Não se olvide que os cidadãos exercem controle sobre seus representantes por meio do voto.

Não há dúvida que as leis que violem os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade²⁶¹ são passíveis de controle perante o Poder Judiciário.²⁶² Sustentamos, igualmente, que deficiências estruturais internas de natureza grave, como a obscuridade, contradição, ilogicidade e a vagueza, podem levar à inconstitucionalidade da lei, pois as graves deficiências estruturais ou redacionais, que a impedem de alcançar os fins por ela própria previstos, são passíveis de acarretar a inconstitucionalidade finalística da norma.²⁶³

Mas há que se lembrar a absoluta excepcionalidade dessas hipóteses, sendo certo, ao que tudo indica, que, nesses casos, avaliam-se a irrazoabilidade, a desproporcionalidade e as deficiências estruturais e redacionais da própria lei em face de princípios constitucionais (ou em relação aos fins constitucionais que sobre eles incidem) e não se houve vícios na motivação dada para a aprovação do projeto de lei, se foi ela deficiente ou se não se realizou no plano concreto a contento.

²⁶¹ Acerca da razoabilidade e da proporcionalidade no controle abstrato de normas, veja-se Ramos (2010).

²⁶² Nesse sentido:

A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS

– A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO

– A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. (ADI 2667, Relator: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 16-10-2020 PUBLIC 19-10-2020).

²⁶³ Sobre o tema, veja-se: Dutra (2020, p. 157-183).

Ademais, não seria despidendo lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem entendido, como regra, a não intervenção do Poder Judiciário nos atos do Poder Legislativo, de modo a resguardar o princípio da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal e no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo. Apenas em caso de violação de regras de processo legislativo expressamente previstas na Constituição, segundo o entendimento da Corte Constitucional, entreabre-se a possibilidade de controle jurisdicional.²⁶⁴

²⁶⁴ Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-o do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Relator: Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014, grifos nossos).

5. Conclusão

Em seu trabalho sobre a dignidade da legislação, Jeremy Waldron (2003, p.5) esclarece que, hoje, parece haver uma dúvida sobre a adequação de o Poder Legislativo dizer a última palavra sobre questões de direito e princípio, havendo o pensamento no sentido de que o Judiciário se apresenta como uma instância mais adequada a essa tarefa:

As pessoas convenceram-se de que há algo de *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

Ao longo de sua obra, procura o autor demonstrar o inverso, ou seja, a “dignidade da legislação” (do Poder Legislativo), de forma a “recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislação na filosofia jurídica e política que a apresentem como um modo de governança importante e dignificado”. (WALDRON 2003, p.5).

Nesta singela abordagem acerca da motivação das proposituras legislativas, sua natureza e finalidade, verificamos que, ao contrário do que ocorre no processo judicial e no processo administrativo, nos quais a motivação tem a finalidade de permitir a impugnação, pelos interessados, do ato praticado e o seu controle pelo Poder Judiciário, no Poder Legislativo, embora a motivação seja um requisito necessário à validade da propositura legislativa, ela tem a função, interna ao processo legislativo e de natureza política, de convencer os parlamentares da validade e importância das escolhas apresentadas no projeto e, a final, em sua faceta externa, demonstrar aos cidadãos o acerto das escolhas realizadas, materializadas na lei aprovada.

Não nos parece adequado, acima de tudo, que o Poder Judiciário possa avaliar se a motivação apresentada pelo legislador foi ou não conveniente, se foi deficiente, ou não correspondente aos efeitos

concretos da lei. Se ocorresse tal hipótese – e tudo indica que a Constituição não a admite ao prever Poderes independentes e autônomos – haveria uma inaceitável invasão de um Poder na esfera de atuação interna de outro. Colocar-se-ia em xeque, por outro lado, a própria noção de democracia, na medida em que se permitisse que os motivos apresentados pelos representantes eleitos pudessem ser tidos por inadequados e invalidados ou substituídos por outro órgão que não ostenta tal função e representatividade.

6. Referências Bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso A. (2005). **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros.
- BARBOSA MOREIRA, José C. (1980) A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva.
- CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. (1993). **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros.
- CYRINO, André (2016). Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 113: 51-99. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/419>, acesso em 02/09/2022.
- DUTRA, Carlos R.A. (2010). **Controle abstrato de constitucionalidade. Análise dos princípios processuais aplicáveis**. São Paulo: Saraiva.
- DUTRA, Carlos R.A. (2020). **Processo legislativo, controle de constitucionalidade e legística**: a exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade. Curitiba/Porto: Juruá.
- LOPES, Fábio A. (2009). **Princípios do processo legislativo**: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica. Brasília, 95f (Monografia de Especialização, CEFOR, Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/3638>, acesso em 28/06/2022.
- RAMOS, Elival S. (2010). A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista Mestrado em Direito: Direitos Humanos e Fundamentais* 10(1): completar páginas. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367071/mod_resource/content/1/Exigência%20da%20Proporcionalidade%20-%20Prof%20Elival%20da%20Silva%20Ramos.pdf, acesso em 27/06/2022.
- SILVA, José A. (2017). **Processo constitucional de formação das leis**. 3 ed. São Paulo, Malheiros.

- SERRANO, Pedro E. A. P. (1997). **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD.
- SILVA, José A. (2017). **Processo constitucional de formação das leis**. 3.ed. São Paulo: Malheiros.
- TARUFO, Michele (1988). Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In*: Grinover, A.P.; Dinamarco, C.; Watanabe, K. (orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Saraiva.
- WALDRON, Jeremy (2003). **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes.
-

Carlos Roberto de Alckmin Dutra

Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1993). Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Ocupou o cargo em comissão de chefia da carreira (Procurador-Chefe), de 2002 a 2005 e de 2013 a 2015. Professor Universitário. Membro efetivo da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP. Membro do IBEDAFT (Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário). Diretor de Assuntos Institucionais da ANPAL (Associação Nacional dos Advogados e Procuradores do Poder Legislativo - 2022-2024). Procurador do Município de Campinas (1996-1997).

ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO
COMO INSTRUMENTO DE
RESPONSABILIDADE POLÍTICA E
LEGITIMIDADE DO PROCESSO
LEGISLATIVO

*ANALYSIS OF LEGISLATIVE IMPACT AS A POLITICAL AND
LEGITIMACY INSTRUMENT OF THE LEGISLATIVE
PROCESS*

Telma Rocha Lisowski

Resumo

O artigo examina a Análise de Impacto Legislativo (AIL) enquanto instrumento capaz de colaborar com a legitimidade de processo legislativo e fortalecer a responsabilidade política de representantes eleitos. No eixo da legitimidade, aborda-se a transformação do papel da AIL de uma simples técnica de decisão econômica para uma fonte de legitimidade, o que pressupõe a utilização desse instrumento com abertura e transparência, de modo a viabilizar efetiva participação dos sujeitos interessados. No eixo da responsabilidade, discute-se como a AIL pode representar um incremento de responsividade e *accountability* dos legisladores, na medida em que possibilita a canalização dos interesses dos representados ao debate legislativo formal e confere a estes mais subsídios para a escolha informada de seus representantes. Com isso, espera-se demonstrar que a AIL é um importante instrumento de aproximação entre eleitores e eleitos no curso dos mandatos e de consequente fortalecimento da democracia.

Palavras-chave: Análise de Impacto Legislativo; Responsabilidade Política; Legitimidade Política; Democracia; Democracia Deliberativa.

Abstract

This essay examines the Legislative Impact Assessment (LIA) as an instrument of contribution to the legitimacy of the legislative process and of strengthening responsibility of elected political representatives. Regarding legitimacy, the essay addresses the transformation of the role of LIA from a simple technique of economic decision to a source of legitimacy, which presupposes the use of this instrument with openness and transparency, in order to enable effective participation of interested parties. Regarding responsibility, the essay discusses how LIA can represent an increase in legislators' responsiveness and accountability, insofar as it allows the channeling of interests of the constituents to the formal legislative debate and gives them more subsidies for the informed choice of their representatives. The essay thus aims to demonstrate that LIA is an important instrument of approximation between constituents and representatives during the term of office and of the consequent strengthening of democracy.

Keywords: Legislative Impact Assessment; Political Responsibility; Political Legitimacy; Democracy; Deliberative Democracy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise de Impacto Legislativo e Legitimidade do Processo Político. 2.1. Estado Neoliberal e AIL como Técnica de Decisão Econômica. 2.2. Busca pelo Desenvolvimento Sustentável e AIL como Fonte de Legitimidade. 3. Análise de Impacto Legislativo e Responsabilidade Política. 3.1. Responsabilidade como Responsividade. 3.2. Responsabilidade como *Accountability*. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Falar-se em crise da democracia tem se tornado um lugar-comum. Já não é novidade a constatação de que, ao redor do globo, esse sistema de “governo do povo, pelo povo e para o povo” (LINCOLN 2001) sofre ameaças constantes e parece escorrer das mãos daqueles que o tentam defender. Uma das características mais alarmantes do atual estado de degradação democrática é o fato de que

essas ameaças surgem e se fortalecem dentro do próprio sistema. Como alertam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), “o paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo é que os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la”.

As causas dessa crise são inúmeras e tratar de todas elas parece ser uma empreitada inviável e demasiadamente pretensiosa. Há um ponto, porém, que chama muito a atenção e que merece ser considerado por todo aquele que se preocupe com a sobrevivência e, mais, com a qualidade da democracia: a enorme distância entre representantes e representados e a insuficiência dos instrumentos destinados a (1) canalizar a vontade e os interesses dos constituintes no curso dos mandatos eletivos e (2) sancionar os representantes que não respondam adequadamente aos anseios dos cidadãos. Se é verdade que existem muitas causas para o declínio da democracia, é também verdade que uma das principais é a dificuldade de os eleitores se enxergarem como efetivamente participantes do governo e sentirem que os seus interesses estão acima de interesses particulares e corporativos daqueles que ocupam cargos de poder.

Tratei desses temas em minha obra “Mandato Parlamentar e Crise de Representatividade” (LISOWSKI 2018), oportunidade em que discorri sobre como os instrumentos de perda de mandato parlamentar hoje existentes no Brasil poderiam ser aprimorados para viabilizar uma maior aproximação entre representantes e representados no curso dos mandatos. Naquele trabalho, o pano de fundo era exatamente essa constatação do afastamento crônico entre esses dois polos logo após o término do período eleitoral e a consequente necessidade de criação de caminhos institucionais para lidar com esse problema em prol do fortalecimento da democracia.

Neste breve ensaio, partindo do mesmo pano de fundo, proponho analisar outro instrumento que também pode ser muito útil para o restabelecimento da força e consistência dos sistemas democráticos, que têm no processo legislativo – enquanto processo responsável pela produção das normas jurídicas que serão a todos aplicáveis – um de seus pontos centrais: a Análise de Impacto Legislativo (AIL). Assumo como pressuposto o conceito de AIL exposto por Fernando Meneguín (2010, p.7-8), para quem a avaliação legislativa é um mecanismo que

deve examinar se a legislação será: efetiva, ou seja, se o comportamento adotado pelos destinatários da norma estará de acordo com o esperado; eficaz, no sentido de que o texto legal deve estar formulado para que os objetivos sejam alcançados; e eficiente, isto é, se os benefícios oriundos da lei compensarão os custos impostos por ela, além de serem os menores possíveis.

O argumento a ser aqui desenvolvido é o de que a AIL, ao trabalhar com dados da realidade e buscar soluções normativas eficazes para problemas concretos da população, tem o potencial de tornar o processo legislativo menos formalista e mais participativo, o que representa um adicional de legitimidade que pode fazer a diferença no sentimento dos representados de inclusão no processo político. Bem assim, a AIL também pode ser um interessante instrumento de responsabilidade política, na medida em que possibilita aos representados inserirem os seus anseios no debate parlamentar, acompanharem a formulação das proposições legislativas e escolherem seus candidatos de maneira mais informada.

Para tratar dessas questões, de início farei a correlação entre AIL e legitimidade do processo político, procurando demonstrar que essa é uma relação virtualmente poderosa, mas cuja potência depende de determinadas condições de transparência e participação para se concretizar. Em seguida, abordarei as formas como a responsabilidade política, em suas diferentes acepções, pode se aproveitar dos elementos da AIL para se fortalecer. Ao final, espero conseguir apresentar a AIL como um mecanismo que vai muito além de um meio para favorecer a qualidade da legislação, para ser também um meio de favorecer a qualidade da própria democracia.

2. Análise de Impacto Legislativo e legitimidade do processo político

A relação entre AIL e legitimidade do processo político não é óbvia. Em verdade, o surgimento da ideia de se promover uma análise, baseada em dados, da efetividade, eficácia e eficiência de uma propositura legislativa (no caso da AIL prévia) ou de uma legislação já aprovada (no caso da AIL retrospectiva) não veio de uma preocupação com a legitimidade dos governantes ou com o fortalecimento da democracia. Antes disso, o impulso original decorreu de uma necessidade de conferir mais efetividade para a ação estatal,

especialmente sob o ponto de vista de uma economia neoliberal, em que o próprio agir do Estado é visto com desconfiança.

Como se verá, porém, o cenário muda a partir do momento em que se passa a entender que a legitimidade das políticas públicas depende da participação, no processo de sua elaboração, daqueles que serão por elas diretamente afetados. A AIL ganha então novos contornos e significados, ligando-se a um conceito de democracia mais inclusivo e qualitativo, em detrimento de uma ideia meramente formal de democracia como o governo da maioria.

2.1. Estado Neoliberal e AIL como Técnica de Decisão Econômica

A partir de uma análise da evolução do processo legislativo em alguns países europeus (Reino Unido, Irlanda, França, Portugal, Espanha e Suíça) e no Canadá, Pierre Issalys (2013), da Universidade de Laval (Québec), associa o surgimento da AIL com a queda do Estado provedor na década de 1980, quando os ditames da eficiência na gestão dos recursos econômicos passam a ser a tônica da administração pública e a ação do Estado apenas se justifica se for defensável de forma técnico-burocrática.

Nesse Estado neoliberal, as políticas públicas precisam ser eficientes e pouco custosas. Em se constatando que os resultados de determinada política possivelmente não compensarão os seus custos sob um ponto de vista estritamente econômico, a melhor decisão é o não agir. A inação estatal, portanto, é uma opção tão ou mais legítima que qualquer ação quando o problema a ser resolvido está fora do núcleo duro das funções do Estado – que, nessa visão neoliberal, resume-se essencialmente ao monopólio da violência legítima, ao exercício do poder de polícia e à garantia do estrato jurídico para que o mercado possa se desenvolver de forma livre e sem distorções²⁶⁵.

Realizar AIL sob essa perspectiva não tem relação com inclusão democrática, com aumento dos níveis de participação dos cidadãos ou mesmo com melhoria de níveis de igualdade e bem-estar social. Trata-se muito mais de uma técnica destinada a gerir a alocação

²⁶⁵ “Minhas conclusões principais sobre o Estado são que um Estado mínimo, limitado às estreitas funções de proteção contra a violência, o roubo e a fraude, ao cumprimento de contratos, etc., se justifica; que qualquer Estado mais abrangente violaria o direito das pessoas de não serem obrigadas a fazer certas coisas e, portanto, não se justifica; que o Estado mínimo é inspirador, assim como correto.” (NOZICK 1990, p.7).

de recursos públicos, que recomendaria aos agentes políticos do parlamento tomar suas decisões com base em análises econômicas feitas por burocratas. A AIL, assim, de certa forma viabilizaria a “despolitização” do processo político, que seria mais centrado na técnica econômica e menos preocupado com o atendimento de interesses da população.

Essa visão formalista da AIL conversa com um conceito também formalista, ou procedimental, de democracia. Refiro-me aqui a uma ideia de democracia como simples agregação de vontades, em que o objetivo do processo político em geral e do processo legislativo em particular seria decidir cada questão posta com base na regra da maioria, levando em conta as opiniões dos representantes eleitos, que não necessariamente se alinham com as opiniões dos eleitores. O critério para distinção entre esse e outros regimes de governo seria, portanto, essencialmente quantitativo.

Essa democracia liberal, nos moldes já desenhados por John Stuart Mill (1988), tem nas eleições periódicas fonte suficiente de legitimação do poder político. A AIL, para ela, pode funcionar como critério técnico para auxiliar o trabalho dos parlamentares – que após as eleições se desvinculam de seus constituintes e não têm obrigação de ouvi-los durante o mandato –, mas não muito mais que isso. Esse instrumento não teria, nesse cenário, uma função de legitimação do poder político no curso dos mandatos, pois esse sequer seria um tema com o qual os representantes deveriam se ocupar.

Na visão mais estreita de democracia aqui exposta, somente ao final do termo para o qual os representantes foram eleitos é que os cidadãos seriam novamente chamados a expressar sua opinião política. Daí a constatação de Giovanni Sartori (1962, p.108) de que “[a] política de governo e a legislação dos parlamentos satisfaz – ou não satisfaz – o eleitorado depois. O consentimento não é dado em função do que vem e sim em função do que se passou, não preexiste mas sobrevém”. A AIL não teria, portanto, qualquer relevância para a aproximação entre representantes e representados no íterim dos períodos eleitorais, pois toda a legitimação do sistema teria origem nas eleições.

2.2. Busca pelo Desenvolvimento Sustentável e AIL como Fonte de Legitimidade

Retornando ao interessante argumento de Pierre Issalys (2013), o ponto de inflexão do papel da AIL, quando ela deixa de ser somente

uma técnica voltada a trazer maior eficiência econômica às ações do Estado para se tornar também uma fonte de legitimação material da legislação, dá-se na virada para o século XXI, coincidindo com a eclosão do tema do desenvolvimento sustentável nas agendas política e jurídica dos países estudados. O reconhecimento de que o Estado tem o dever de promover o desenvolvimento sustentável, em suas dimensões social, ambiental e econômica, não mais se coaduna com uma ideia de Estado mínimo e com um racional estritamente técnico-econômico do processo legislativo. Agora, há objetivos qualitativos a serem buscados, que simples mensurações quantitativas não são capazes de apreender.

Para Issalys, a AIL pode ser uma importante aliada na busca por esses objetivos qualitativos do desenvolvimento sustentável, na medida em que passa a ser compreendida de forma mais alargada do que na visão estrita do Estado neoliberal e passa a estar ligada com o tema da governança. “Ora”, diz o autor, “a noção de governança implica uma preocupação em associar à elaboração e à implementação da ação pública os atores sociais mais diretamente afetados pelos efeitos dessa ação”. Ao trazer as partes interessadas para dentro do processo de avaliação legislativa, essa nova AIL pode favorecer não apenas que os poderes públicos promovam uma boa administração, mas também que essa boa administração seja subjetivamente percebida como tal pelos cidadãos, trazendo assim um importante acréscimo de legitimidade do processo político.

Para que esse aumento de legitimidade ocorra, no entanto, é essencial que a AIL seja realizada com abertura e transparência, de modo a viabilizar efetiva participação:

O que vale mesmo é o reconhecimento, por parte da autoridade governamental, de que a avaliação de impacto constitui uma função inerente ao Estado, a quem cabe assegurar a efetiva execução pela administração. No entanto, esse reconhecimento ainda não é suficiente para garantir que a avaliação de impacto realmente contribua para a legitimação das normas gerais aos olhos de todos os atores sociais. Ainda é necessário que o dispositivo de avaliação de impacto inclua a abertura de um espaço público dentro do qual os atores sociais tenham a possibilidade de conhecer, apreciar e discutir os resultados da avaliação prospectiva que acompanha os projetos de lei ou regulamento. (ISSALYS 2013, p. 269; tradução livre)

Observados esses requisitos de abertura e transparência, a AIL tem potencial para funcionar como um relevante mecanismo de aproximação dos cidadãos do processo legislativo, de modo a que suas opiniões não sejam ouvidas somente quando das eleições, como preconiza o modelo mais procedimental de democracia referido anteriormente, típico dos ideais do Estado (neo)liberal. Afinal, uma democracia verdadeiramente preocupada com o desenvolvimento sustentável não se pode contentar com a participação pontual e isolada dos representados, apenas para selecionar seus mandatários e nada mais, mas deve buscar atender aos seus anseios durante todo o processo de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas.

A democracia que pode se aproveitar da AIL como fonte de legitimação, desse modo, é a chamada democracia deliberativa, assim entendida a forma de governo em que “a justificação dos termos e condições da associação se dá por meio da argumentação e raciocínio públicos entre cidadãos iguais (...) [que] consideram suas instituições básicas como legítimas na medida em que elas estabelecem a estrutura para a deliberação pública e livre” (COHEN 1977, p.72; tradução livre). A inserção de uma etapa de avaliação de impactos no âmbito do processo legislativo, realizada para que se busque entender se determinada medida será efetiva, eficaz e eficiente na solução de um problema concreto, possibilita o fortalecimento do diálogo entre a classe política e a sociedade civil, sem o qual não se pode admitir que exista verdadeira democracia.

3. Análise de impacto legislativo e responsabilidade política

Conectados à questão da legitimidade também estão os temas da responsabilidade e responsabilização políticas. Se a legitimidade funciona como o elemento que atribui validade jurídica e política para a existência de cargos de poder e para a ocupação desses cargos por determinadas pessoas (seja pela forma de sua instituição, seja pela aceitação, por parte dos representados, das ações tomadas pelos representantes como suas²⁶⁶), a responsabilidade é o garante de que a

²⁶⁶ Para uma melhor compreensão do conceito de legitimidade, são sempre úteis as clássicas lições de Max Weber, que ensina que a legitimidade é uma relação capaz de transformar o exercício do poder puro – entendido como “a probabilidade de impor a

representação não será um fim em si mesma e de que os representados serão sempre a fonte última do poder.

Conforme coloca Pedro Lomba (2008, p.12-13), a responsabilidade é o “fundamento e o limite da atuação do poder”, o que significa que a responsabilidade é um elemento intrínseco da representação política, de tal forma que esta não existe verdadeiramente sem aquela. Daí a importância de fortalecimento da responsabilidade política, um passo essencial para o aumento de qualidade da democracia representativa.

Para o tema da responsabilidade e responsabilização políticas, a AIL tem certamente muito a acrescentar. Para construir esse argumento, falarei a seguir das duas facetas da responsabilidade política (quais sejam, responsividade e *accountability*) e de como cada uma delas se relaciona com a análise de impactos de medidas legislativas.

3.1. Responsabilidade como responsividade

Para que se tenha uma visão holística da responsabilidade política, enxergá-la como uma moeda de duas faces é uma metáfora bastante proveitosa. Uma dessas faces é a responsividade; a outra é a *accountability*, que será comentada no tópico a seguir. Responsividade é a qualidade daquilo que é responsivo, daquilo que responde bem a um determinado estímulo. É a capacidade de apreender uma pergunta, uma situação complexa ou problemática, e a ela dar uma resposta imediata, adequada para a situação e capaz de satisfazer àqueles atingidos pelo problema.

Em oportunidade anterior, assim me manifestei sobre esse ponto:

[N]o contexto da representação política, a responsividade significa a capacidade dos representantes de apreenderem as

própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade” – em dominação – que, em Weber, consiste na “probabilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo entre pessoas dadas” (WEBER, 1969, p. 43 e p. 170 e ss.). Ou seja, enquanto o poder se pode exercer inclusive mediante o uso de violência, a dominação, qualificada pela legitimidade, tem na obediência voluntária sua pedra de toque.

necessidades, interesses e aspirações dos representados (ou seja, suas perguntas e exigências) e de darem respostas efetivas e adequadas a essa apreensão. Não é trivial o destaque dado à capacidade de percepção das exigências do eleitorado, pois (...) há grande subjetividade envolvida nessa tarefa. Menos trivial ainda é a capacidade de responder a essas exigências, pois a tomada de decisão sobre qualquer matéria política sempre envolve um plexo de considerações a serem feitas e interesses a serem observados. (LISOWSKI 2018, p.76)

Como retratado brevemente nesse trecho, uma das maiores dificuldades da boa representação política é a captação dos interesses e necessidades do eleitorado, de forma que os representantes possam ser responsáveis a esses interesses. Especificamente tratando da função legislativa, esse ponto é de suma importância, pois a legislação não pode (*rectius*: não deve) ser construída em um ambiente alheio à realidade do eleitorado, desconectado dos problemas concretos enfrentados pela população – ao menos não em um regime verdadeiramente preocupado com o desenvolvimento sustentável, sob os pontos de vista social, econômico e ambiental, como exposto anteriormente.

Aí é que a AIL pode entrar como um importante mecanismo de apreensão ou captação dos interesses do eleitorado, de forma a trazer uma realidade por vezes distante daquela dos representantes para dentro do Parlamento. Isso é possível por meio da primeira etapa da AIL, que é exatamente a definição do problema a ser enfrentado. Essa é a etapa em que o legislador precisa entender qual é o dilema ou a situação social que ele é chamado a regular, o que precisa ser feito levando em conta os estímulos externos advindos da opinião pública, dos organismos da sociedade civil, da imprensa livre, enfim, dos mais diversos agentes econômicos e sociais, sem olvidar das fontes internas, decorrentes da atuação das próprias instituições governamentais – inclusive mediante mecanismos institucionalizados como as audiências e consultas públicas.

Uma boa – e democrática – formulação do problema depende da captação e reunião de grande quantidade de informações, advindas de diferentes fontes, seguida do tratamento adequado dessas informações. Afinal, “a reunião de informações exatas sobre uma situação considerada inaceitável ou problemática é imprescindível para evitar a construção de falsos problemas (...) e para afastar o perigo de uma avaliação errônea” (BRASIL 2018, p.110).

Em seguida, para que o ciclo da responsividade se complete, não somente a captação dos interesses do eleitorado pode se beneficiar das técnicas da AIL, mas também a entrega de uma resposta adequada por parte dos representantes. Estamos agora na segunda etapa da AIL, consistente na formulação de objetivos e alternativas possíveis. É essa análise das alternativas, com sopesamento dos resultados esperados de cada uma delas em face dos custos de implementação e possíveis consequências adversas, que viabiliza a escolha de uma opção capaz de satisfazer aos anseios apreendidos, sem descuidar de aspectos de eficiência econômica e responsabilidade fiscal.

Como se vê, uma representação política preocupada com a responsividade tem muito a se aproveitar da análise de impactos de medidas legislativas, dado o potencial desse instrumento de melhor informar o processo legislativo acerca das questões da vida real dos eleitores que precisam de tratamento e enfrentamento pelas normas jurídicas.

3.2. Responsabilidade como accountability

A segunda face da moeda da responsabilidade política é a *accountability*, termo em inglês que não encontra uma tradução perfeita para o português e que representa a qualidade daquele que assume, sofre ou arca com as consequências de seus atos. Estamos aqui no momento em que a responsabilidade política atinge seu ponto máximo de realização, assumindo a forma de responsabilização ativa dos detentores do poder.

A relação com a responsividade é clara: aquele representante que não tem sucesso em ser responsivo aos seus eleitores, seja porque não consegue (ou sequer tenta) apreender seus interesses, seja porque não consegue dar respostas adequadas aos problemas capturados, pode e deve ser responsabilizado (“*hold accountable*”) por seus atos ou omissões, o que é essencial para a garantia de que os representados manter-se-ão sendo a fonte de todo poder político.

Ao tratar da *accountability* como um elemento da responsabilidade política, tomo de empréstimo a ideia de Andreas Schedler (1999, p.14), para quem o conceito abrange “três formas diferentes de prevenir e reparar o abuso de poder político. Ele implica submeter o poder à ameaça de sanções; obrigar que o poder seja exercido de forma transparente; e forçá-lo a justificar seus atos”. Um regime que promove

accountability, assim, é aquele que possui mecanismos para compelir os representantes a informarem os cidadãos acerca de seus atos (aspecto informacional), justificarem esses atos em termos racionais (aspecto justificador) e sofrerem as consequências decorrentes do descompasso entre sua atuação e os interesses dos eleitores (aspecto sancionador).

A AIL, quando incorporada de forma séria e comprometida ao processo legislativo, apresenta-se como um desses mecanismos dirigidos a promover os aspectos informacional e justificador da *accountability*. De fato, uma discussão ampla e bem feita (tanto sob o ponto de vista técnico, quanto sob o ponto de vista da participação democrática) acerca da efetividade, eficácia e eficiência de medidas legislativas favorece a transparência do processo legislativo e a aceitação racional de seus resultados, na medida em que aos cidadãos é dado conhecer as razões pelas quais uma determinada decisão foi tomada em detrimento de outras alternativas possíveis. Essa aceitação racional é um elemento de grande importância na democracia deliberativa, em que a simples escolha de uma alternativa pela maioria parlamentar não é suficiente para que os representados acatem essa decisão como sua.

Por fim, também para o aspecto sancionador da *accountability*, a AIL exerce um papel relevante. Caso seja realizada uma análise consistente de uma proposição legislativa, a não observância de suas recomendações pode colocar o representante em uma posição difícil perante o eleitorado. Sem ter como apoiar suas ações no resultado dessas análises, o representante terá que justificá-las por outros meios e, caso venha a falhar, poderá perder a confiança daqueles que o elegeram.

Mesmo em sistemas presidencialistas que, como o nosso, não conhecem mecanismos básicos de responsabilização política existentes em sistemas parlamentaristas (tais como a moção de desconfiança e a dissolução do Parlamento), essa desconsideração da AIL pode levar a uma grave sanção política, qual seja, a não reeleição. Para que o voto seja informado, porém, é necessário que os representados também tenham uma conduta ativa durante o curso dos mandatos, exigindo prestação de contas e apresentação de justificativas de seus representantes, pois somente existe democracia deliberativa se a deliberação não for realizada exclusivamente no âmbito do parlamento, mas sim for difundida nos mais diversos canais da sociedade civil.

4. Conclusão

O objetivo dessas breves linhas foi apresentar a AIL como um instrumento de aproximação entre eleitores e eleitos no curso dos mandatos, o que é algo essencial para o fortalecimento da democracia. Sem um cuidado e atenção constantes, esse regime que muitas vezes damos por certo – como se fosse um dado da natureza, e não um produto cultural falível, construído por mulheres e homens de carne e osso – corre sérios riscos de perecimento, dadas as ameaças que lhe chegam constantemente de todos os lados. Daí a importância de que cada elemento dos sistemas políticos formalmente democráticos seja complementado com mecanismos que lhe permitam melhoras sob o ponto de vista material ou qualitativo, fazendo com que os cidadãos não apenas tolerem a democracia, mas a escolham todos os dias. Como muito bem colocam Fernando Meneguim e Rafael Silveira Silva (2018, p.483):

Para uma parceria mais estreita entre a atividade parlamentar e o exercício da cidadania nos interstícios eleitorais, é fundamental que o funcionamento do processo legislativo não se restrinja ao cumprimento formal das regras, mas que ele tenha serventia para dotar as decisões de maior qualidade e efetividade.

A AIL, ao criar meios para que o processo legislativo tenha maior qualidade e efetividade, viabiliza essa parceria mais estreita conclamada pelos autores. Como visto neste ensaio, a AIL realizada de forma participativa, trazendo para o debate aqueles que serão afetados pela medida discutida, garante maior legitimação política ao processo e aumenta as chances de que os resultados alcançados pelos representantes sejam percebidos pelos representados como a melhor decisão possível dadas as circunstâncias existentes.

Ademais, a realização de análise de impacto de medidas legislativas, seja de forma prévia (quanto se analisam proposições ainda não implementadas), seja de forma posterior (quando se analisam medidas já vigentes cuja manutenção é questionada), aumenta os níveis de responsabilidade política dos representantes, que devem captar os interesses e desejos de seu eleitorado de forma contínua e devem prestar contas a esses representados, dado que são eles a fonte primeira e última de todo poder político.

Considerado todo esse potencial da AIL, espera-se ter demonstrado que esse mecanismo é muito mais do que uma forma de racionalização do processo legislativo e de viabilização de decisões mais acertadas sob o ponto de vista da eficiência técnica e econômica. Se levada a sério e bem implementada, a AIL é uma importante aliada na luta pelo ressurgimento da força da hoje frágil e ameaçada democracia.

5. Referências Bibliográficas

- BRASIL (2018). **Manual de Redação da Presidência da República**. 3.ed. Brasília: Presidência da República.
- COHEN, Joshua (1977). Deliberation and Democratic Legitimacy. In: Bohman, J. e Rehg, W. (eds.) *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, p. 67-91.
- ISSALYS, Pierre (2013). Analyse d'impact et production normative: de l'efficacité à la légitimité. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 2013: 245-274.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel (2018). **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar.
- LINCOLN, Abraham (2001). **Complete Project Gutenberg Abraham Lincoln Writings**. Arthur Brooks Lapsley (ed.).
- LISOWSKI, Telma R (2018). **Mandato parlamentar e crise de representatividade: instrumentos de perda e reforma do sistema**. Curitiba: Juruá.
- LOMBA, Pedro (2008). **Teoria da Responsabilidade Política**. Coimbra: Coimbra Editora.
- MENEGUIN, Fernando B. (2010). **Avaliação de Impacto Legislativo no Brasil**. Brasília: Centro de Estudos de Consultoria do Senado.
- MENEGUIN, Fernando; Silva, Rafael S (2018). Análise de impacto legislativo: balizas conceituais e desafios de implementação no Brasil. In: Sachsida, A. (org.). *Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*. Brasília: Ipea, p.437-464.
- MILL, John S. (1988). **Considerações sobre o Governo Representativo**. São Paulo: Nerman.
- NOZICK, Robert (1990). **Anarquia, Estado y Utopia**. México, Fondo de Cultura Económica.
- SARTORI, Giovanni (1962). A teoria da representação no estado representativo moderno. Tradução de Ernesta Gaetani e Rosa Gaetani. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos.

SCHEDLER, Andreas (1999). **Conceptualizing accountability**. In: Schedler, A.; Diamond, M.; Plattner, M.F. (eds.). *The self-restraining state: Power and Accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

WEBER, Max (1969). **Economia y Sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

Telma Rocha Lisowski

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola de Direito do Brasil. Professora da Escola Brasileira de Direito. Advogada em São Paulo.

JUDICIALIZAÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE: UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE OS PODERES ²⁶⁷

JUDICIALIZATION AND DUE LEGISLATIVE PROCESS FROM THE PERSPECTIVE OF THE INTEGRITY PRINCIPLE: A POSSIBLE DIALOGUE BETWEEN THE POWERS

Regina Vera Villas Bôas
Gabrielle Valeri Soares
Ivan Martins Motta

Resumo

Este estudo analisa o devido processo legislativo e o fenômeno da judicialização à luz do princípio legislativo da integridade, com supedâneo na obra “*O Império do Direito*” de Ronald Myles Dworkin, e na possibilidade de construção de um verdadeiro diálogo entre os Poderes constituídos. O seu principal objetivo é o de perscrutar a respeito de concepções dos vocábulos judicialização e devido processo legislativo, vigentes em cenário de desatualização da clássica teoria da “separação dos Poderes” do Barão de Montesquieu e de choque entre os valores da Modernidade e da Pós-modernidade. O principal referencial teórico utilizado na construção das reflexões é da lavra de Ronald Myles Dworkin - *O Império do Direito* -, todavia, vale-se, também, das doutrinas do Barão de Montesquieu, de Karl Lowenstein, Eduardo Bittar, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Thomas Kuhn, entre outros. A metodologia utilizada adota abordagem qualitativa, de natureza

²⁶⁷ O presente artigo é produzido no contexto do Projeto de Pesquisa “Diálogo de Fontes: Efetividade dos Direitos, Sustentabilidade, Vulnerabilidades e Responsabilidade”, coordenado por Regina Vera Villas Bôas, e integra a área de concentração “A efetividade dos Direitos de Terceira Dimensão e a Tutela da Coletividade, dos Povos e da Humanidade”, agregado aos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC-SP.

básica, apresentando procedimento bibliográfico, documental, histórico e observacional, bem como objetivo explicativo. Da pesquisa resulta que o devido processo legislativo, atento ao princípio da integridade e à construção de um diálogo entre os Poderes, pode contribuir à mitigação do fenômeno da judicialização e à edificação de um Estado com Poderes regidos pelo mesmo conjunto de valores.

Palavras-chave: Judicialização. Devido processo legislativo. Integridade. Teoria da Separação de Poderes. Diálogos da Modernidade e Pós-Modernidade.

Abstract

This study analyzes the due process of legislation and the phenomenon of judicialization from the perspective of the legislative principle of integrity, based on Ronald Myles Dworkin's work "The Empire of Law", and on the possibility of building a dialogue between the constituted Powers. Its main objective is to scrutinize about the concepts of the words judicialization and the due legislative process, active in a scenario of outdated Montesquieu's classic theory of "Separation of Powers" and conflict between the values of Modernity and Postmodernity. The main theoretical references used in the construction of the reflections are from Dworkin, Montesquieu, Lowenstein, Bittar, and others. The methodology used adopts a qualitative approach, of a basic nature, presenting a bibliographic, documentary, historical and observational procedure, as well as an explanatory objective.

Keywords: Judicialization. Due legislative process. Integrity. Theory of Separation of Powers. Dialogues of Modernity and Post-Modernity

Sumário. 1. Notas introdutórias. 2. Reflexões acerca da Pós-modernidade e de um possível diálogo entre os poderes constituídos. 3. O princípio legislativo da Integridade: ponderações de Ronald Myles Dworkin. 4. Notas finais. 5. Referências Bibliográficas.

A existência de um órgão jurisdicional especialmente encarregado da defesa jurídica da constituição, e para isso especialmente constituído e vocacionado, representa sem dúvida um elemento institucional do maior significado e importância, em ordem a garantir o ‘funcionamento constitucional do Estado’ que é como quem diz, o correto e regular desenvolvimento do processo político
José Manuel M. Cardoso da Costa (2007, p.98)

1. Notas introdutórias

O presente texto, “Judicialização e Devido Processo Legislativo à luz do princípio da integridade: um possível diálogo entre os Poderes” compõe a obra coletiva “Análise de Impacto Legislativo: a nova fronteira no processo para a produção de leis”, organizada pelos ilustres juristas doutores Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Carmen Silvia Lima de Arruda e Renata Villela, aos quais honrados, agradecemos os convites que nos foram feitos para dela participarmos, o que fazemos em nome do querido Professor-Doutor Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho.

O texto produzido pode inserir-se no eixo temático “Devido processo legislativo, dever de motivação e judicialização”, e sua relevância é justificada pela contribuição ofertada aos estudos sobre a necessidade de se buscar a estabilidade institucional do país, nesse atual momento de tamanha turbulência econômico-política. A pesquisa advoga em prol da cooperação e do diálogo entre os Poderes.

Na secção “Reflexões acerca da Pós-modernidade e de um possível diálogo entre os Poderes constituídos”, a pesquisa busca refletir sobre o cenário da Pós-modernidade, em que é evidente a ocorrência de impetuosos embates entre valores tradicionais e contemporâneos, os quais eram considerados, até então, como mudanças paradigmáticas normais na trajetória dos tempos. Oferta debates sobre a desatualização da teoria clássica da “separação dos Poderes”, concebida por Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de Montesquieu - importante filósofo iluminista, o qual, juntamente com intelectuais da época, encorajou e sustentou a Revolução Francesa (1789), com essa sua célebre teoria. Nessa secção,

a pesquisa analisa a questão da judicialização e do devido processo legislativo, a partir da introdução do cenário pós-moderno, e discorre acerca de uma possível mitigação da judicialização, por meio da construção de diálogos, notadamente, entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Na seção “O princípio legislativo da Integridade: ponderações de Ronald Myles Dworkin”, o texto apresenta estudos sobre o princípio legislativo da Integridade, com fulcro na obra *O Império do Direito*, do referido doutrinador (DWORKIN 1999), objetivando traçar correspondências entre o referido princípio e o devido processo legislativo. Além de Dworkin, a pesquisa traz às reflexões as doutrinas de Eduardo Bittar, Gilmar Mendes e de Luís Roberto Barroso, entre outros.

A metodologia utilizada se vale de abordagem qualitativa, de natureza básica, apresentando procedimento bibliográfico, documental, histórico e observacional, bem como objetivo explicativo, caminhando ao encontro do horizonte estabelecido pela pesquisa, qual seja: a reflexão sobre a judicialização e o devido processo legislativo, realizando uma análise do princípio da integridade e possíveis diálogos entre os poderes Legislativo e Judiciário, de maneira a ofertar contribuições reflexivas à estabilidade institucional nacional.

2. Reflexões acerca da Pós-Modernidade e de um possível diálogo entre os poderes constituídos

A segunda metade do século XX inaugura um período histórico rotulado de “Pós-modernidade” por grande parte da doutrina, a exemplo do título ofertado por Zygmunt Bauman (1998) para importante obra de sua lavra. A Pós-modernidade refere-se a um cenário amplo, que abraça variados âmbitos, entre outros, o econômico, o jurídico, o social, o antropológico, o sociológico, dos quais sobressai uma desconstrução de paradigmas, próprios da Modernidade, que são substituídos por outros, anunciando a Pós-Modernidade. No contexto, recorda-se de inúmeras expressões cunhadas por estudiosos com o propósito de explicar o palco desconexo e complexo revelado durante a passagem da Modernidade para a Pós-modernidade, encontrando-se, entre outras, as expressões: “Super Modernidade” (Georges Balandier), “Modernidade Tardia” (Anthony Giddens), “Modernidade Reflexiva” (Ulrich Beck) e “Modernidade Líquida” (Zygmunt Bauman).

De início, pondera-se a respeito das inúmeras características que consubstanciam a Modernidade, as quais se repetem na Pós-modernidade, entre outras: a impossibilidade de produção de consensos nos variados espaços e planos da sociedade; o anunciar de riscos e perigos à vida ecologicamente equilibrada produzidos pelos descuidados com o meio ambiente; o crescimento cada vez mais acelerado do consumo que aponta o perigo de esgotamento dos recursos ambientais, necessários à manutenção da vida no Planeta; a modificação de usos e costumes sociais que transformam radicalmente as esferas normativas, entre outras, a jurídica, a política, a econômica, a das crenças; a transformação da sociedade pelas novas redes de informações e de tecnologias.

Todavia, muitos paradigmas erigidos na Modernidade são superados, substituídos, ampliados e/ou desenvolvidos, a partir dos paradigmas introduzidos pela Pós-modernidade, destacando-se os provenientes da sociedade da informação, da tecnologia e da inteligência artificial, que trazem consigo movimentos como: a celeridade, a conectividade, a globalidade, a transversalidade e a complexidade. Nesse sentido, questionar realidades da Modernidade e da Pós-modernidade impõe, antes, a compreensão da existência de valores presentes em ambas as épocas. Assim, certo é que a Modernidade “per se” não acabou. Ao contrário, inúmeras de suas tradições, culturas e valores permanecem vivos, presentes e em destaque na Pós-modernidade, revelando, inclusive, que a reprodução desses valores pode se dar de maneira gradativa e com pequenas modificações, na Pós-modernidade.

Nesse sentido, Thomas Kuhn (1998, pp.116-117) afirma que as grandes transmutações implicam a passagem de um paradigma em crise para um novo modelo de enfrentamento de situações, entre outras, a social, a econômica, a ambiental, a política e a jurídica. O período de mudanças de modelos requer todos os cuidados das esferas normativas. A esfera jurídica deve ficar atenta à elaboração, interpretação e aplicação das novas legislações, procurando compará-las cuidadosamente com as clássicas, valendo-se de pensamentos e olhares múltiplos (éticos), direcionados à salvaguarda de valores que importam à manutenção das garantias e direitos humanos e ecológicos, já conquistados. Referido processo de transição exige a sabedoria dos intérpretes e aplicadores das normas e dos princípios – novos e clássicos -, todos eles contextualizados com os valores constitucionais, observando-se sempre a centralidade da dignidade da

condição humana e o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Eduardo Bittar (2008, pp. 131-134) se refere a um período de transitividade, em que um “viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores - enfim, entre passado erodido e presente multifário”, e que abarca uma nova ordem, capaz de impor novos modos e concepções que trazem, consigo, resistências e repentinos rompimentos, relacionados a movimento em que a “linha histórica da Pós-modernidade ainda é muito tenuamente percebida e muito sutilmente afeita a fortes descrições teóricas”. Leciona que a Pós-modernidade impacta o universo cultural, afetando a esfera jurídica, “tendo em vista que todo cerne das questões jurídicas está implantado no cerne das questões culturais”, de maneira a não ser possível abstrair o direito das suas circunstâncias históricas e culturais, ocorrendo um embate dos valores desses dois momentos da história, além de um pretenso fim das “grandes narrativas”, promotor de crise do Direito pela ausência de consenso. Diante da realidade fragmentada de diferentes “universos”- a política, a ciência, os meios de comunicação em massa, a economia - a organização do Poder se torna difícil, surgindo daí indagações sobre o pressuposto de estabilização do Direito, que envolve valores de consensos e majoritários do poder de escolha de conteúdos normativos, nos períodos de transformações, dos quais brotam situações conflitantes (p.135).

Na transição cultural entre a Modernidade e a Pós-modernidade, notadamente, a partir da década de 1970, ocorre “um crescimento abrupto nas taxas de criminalidade, pobreza, diferenças sociais, crises e movimentos de trabalhadores, mobilizações, greves e guerrilhas civis (...)”. Nessa realidade, os conflitos jurídicos deixam de obter soluções jurídicas efetivas, em razão da ineficiência dos paradigmas jurídicos (utilizados até então), os quais passam a ser insuficientes ao atendimento das novas demandas. O princípio da legalidade - norte da efetividade do Estado Democrático de Direito -, transforma-se em instrumento ideário de contenção de estigmas formais do sistema jurídico. As promessas não mais se realizam, as normas programáticas se tornam abusivas e os conceitos vagos se apresentam distantes da realidade social, dos tradicionais paradigmas do Estado de Direito, do século XIX (BITTAR 2008, p.145).

É nesse cenário da Pós-modernidade que a tradicional concepção de tripartição dos Poderes inicia a sua crise. A “tripartição

clara das competências das esferas e das instâncias do Poder como maneira de manter o equilíbrio do Estado”, na prática resulta na “dissintonia entre as políticas legislativas, as políticas judiciárias e as políticas administrativas e governamentais, criando Estados simultâneos orientados por valores desconexos”. A concretização dos direitos fundamentais, dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil é, ainda, uma realidade distante a ser desfrutada pela sociedade e advogada com pleno êxito pelos operadores jurídicos. A mera previsão jurídica de direitos não implica a sua efetiva proteção e/ou eficácia, notadamente, nesse momento, em que a necessidade de sua concretização ocupa espaço de destaque em uma sociedade na qual “*detentos são espancados sob a custódia carcerária do Estado, pessoas violentadas em número crescente nas ruas dos grandes centros urbanos, mulheres estupradas em ruas ausentes de fiscalização (...)*” (BITTAR 2008, p.146).

A Pós-modernidade traz mudanças nos planos nacional e internacional, atingindo as esferas econômica, social, política e jurídica. Na esfera internacional, desvelam-se enfraquecimentos das soberanias nacionais, seguidos de fortalecimento de blocos políticos e econômicos, enquanto os âmbitos econômico e social são tomados por grave situação de desemprego, a qual abraça, também, o subemprego e o emprego informal, já que o Estado tradicional deixa de ser o agente do progresso e da justiça, passando a ser, tão somente, o guardião do lucro e da competitividade. Nesse estágio, a “segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico”, de tal sorte que as “fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas” (BARROSO 2001, p.12).

A dogmática jurídica tradicional, própria do século XIX - época de preponderância das regras jurídicas oriundas de correntes positivistas -, objetivava alçar o Direito à categoria de ciência, e apresentava como principais atributos: a racionalidade da lei, a neutralidade do intérprete, a cientificidade, a utilização da lógica extremamente formal e a aspiração de completude do ordenamento jurídico, “tudo regido por ritual solene, que abandona a peruca, mas conserva a tradição e o formalismo”. Importante, também, o despertar da teoria crítica que abarca a visão de um Direito que não é neutro, objetivo ou mesmo completo, mas que é, na verdade, um instrumento de “institucionalização dos interesses dominantes, o acessório

normativo da hegemonia de classes”. Essa teoria apresenta, entre as suas teses fundamentais, uma que estabelece não estar o Direito somente e integralmente contido na lei, porquanto o “intérprete dev[a] buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei”. O Direito não poderia “insular-se da realidade (Sociologia do Direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (Filosofia do Direito)” (BARROSO 2001, p.19).

Nessa seara, desenvolve-se raciocínio pautado nos seguintes pressupostos: o Direito está inserido no mundo cultural, de sorte que o “choque” entre valores não pode ser ignorado, além de haver uma presente desatualização da clássica teoria da tripartição dos Poderes. E, nesse cenário, importa conhecer contemporâneas concepções dos vocábulos “devido processo legislativo” e “judicialização”, este último implicando decisões proferidas pelo Poder Judiciário – e não pelas tradicionais instâncias políticas, Congresso Nacional e Poder Executivo (Presidente da República, seus Ministérios e administração pública em geral) -, a respeito de situações de grande repercussão social e política. De maneira intuitiva, a judicialização “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2009, p.12), além de apresentar como causas: (a) a redemocratização, a partir da promulgação da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, que fortalece o Poder Judiciário; (b) a constitucionalização abrangente: previsto constitucionalmente um direito, ele se transforma em pretensão jurídica, que pode tomar a forma de uma ação judicial; (c) o sistema brasileiro de constitucionalidade, que apresenta entre os seus atributos o fato de ser eclético, de maneira a facilitar a congregação das características dos sistemas americano e europeu.

Quanto aos possíveis diálogo/colaboração entre os Poderes, pode-se apontar maneiras de mitigar a complexidade trazida pelas exações supramencionadas e, também, de lidar com o fenômeno da judicialização. Por mais que um magistrado ou Tribunal adotem postura contrária ao decisionismo, não se afasta a existência de limites cognitivos inerentes à função jurisdicional, não se podendo exigir dos juízes pleno conhecimento das dificuldades e dos entraves que o Legislativo e o Executivo enfrentam cotidianamente.

As reflexões sobre a presente temática invocam, no cenário contemporâneo, uma clássica advertência de Karl Lowenstein (1979,

p.55) a respeito da “separação dos poderes”, ao se referir somente ao distanciamento das funções estatais, momento em que leciona “lo que correntemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es em realidade la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado”.

O Barão de Montesquieu (1996, p.169) não concebia a separação dos poderes como uma mera divisão funcional, tanto que afirma “[...] em Veneza, o grande conselho tem a legislação; o pregado, a execução; os quarenta, o poder de julgar. Mas o mal está em que estes diferentes tribunais são formados por magistrados do mesmo corpo, o que constitui um mesmo poder”. Nesse sentido, pode-se considerar que a separação dos Poderes nunca designou um problema meramente administrativo de separação funcional, mas sim um problema político de correlação de forças.

Karl Lowenstein (1979, p.139) também se atenta à interpretação e busca do alcance da expressão “funcionamento dos poderes”, debruçando-se nos estudos sobre o presidencialismo norte-americano, dos quais infere que não “es ninguna exageración cuando se designa al tipo americano de gobierno como el de más difícil funcionamiento, particularmente si se le equipa con las complejidades del federalismo (...).E, continua lecionando que “(...) por su parte supone también el difícil intento de establecer, en base territorial, un equilibrio entre contrapuestos intereses del poder. Que el sistema sea capaz de funcionar es casi un milagro...”.

Interpreta-se, do contexto, que para além de uma mera separação funcional necessita-se de uma efetiva separação entre os Poderes, mantendo-se, entre os mesmos, uma harmoniosa relação, a qual exige a materialização de imperiosos e constantes diálogos entre os referidos poderes.

Considerada, no presente estudo, a imprescindível relação existente entre os poderes Legislativo e o Judiciário, algumas medidas, como a incorporação da jurisprudência à lei, podem corroborar o encadeamento de relevantes diálogos entre ambos, trazendo maior efetividade e justiça às soluções de conflitos concretos. Nessa circunstância é evidente a responsabilidade do Poder Legislativo de observar a adequação, a plausibilidade, o comedimento e a atualidade das decisões do Poder Judiciário, materializando referida incorporação e mantendo postura atenta às situações de mora legislativa e da participação no controle de constitucionalidade (“apelo ao legislador”), notadamente.

Exemplo concreto de incorporação da jurisprudência à lei, ora trazido às reflexões, se refere à Súmula nº 341 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”. *In casu*, referida Súmula passa a compor a redação do artigo 126 da Lei de Execuções Penais, que assim dispõe: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

A mora legislativa, a seu turno, surge no contexto de inércia do Legislativo e, conforme o artigo 2º da Lei do Mandado de Injunção, este será concedido “sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ainda, nos termos do artigo 8º da referida lei, uma vez constatado o estado de mora legislativa, deve ser deferida a injunção para “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora” e, também, para regular condições de como se deve realizar “o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria objetivando exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”. Recordar-se, nesse cenário, do caso paradigmático em que o Supremo Tribunal Federal reconhece a mora legislativa no caso de greve de funcionários públicos, determinando a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e nº 7.783/1989 à categoria. (STF, 2007).

O fenômeno do “apelo ao legislador” é invocado por Gilmar Mendes (1995, p.33-34) quando exalta a atuação da Corte Constitucional alemã e, assim, anota “[...] Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional e exorta o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa ‘situação ainda constitucional’ (*Appellentscheidung*)”.

Pois bem, o Poder Legislativo não pode deixar escapar de sua memória a enorme responsabilidade que lhe é atribuída pelo desencadeamento dos diálogos a serem mantidos com os outros poderes, notadamente, no caso, com o Poder Judiciário, quando diante das realidades expostas. Entre outros, o fenômeno da eficácia prévia, a prontidão nos casos de reconhecida mora legislativa, e a participação

nos casos de controle de constitucionalidade são imperativos ao reforço do papel democrático assumido pelo Poder Legislativo e do qual ele não pode se esquivar.

A realidade exposta a respeito do encadeamento de diálogos entre os Poderes, notadamente entre o Legislativo e Judiciário - na presente pesquisa - invoca lições de Ronald Myles Dworkin para tratar do princípio legislativo da Integridade, buscando fortalecer a compreensão do devido processo legislativo que deve ser esquadrihado não somente pela perspectiva formal (procedimental), mas, também, pela ótica material (substancial), situações estas que apontam a imprescindibilidade dos diálogos harmoniosos.

3. O princípio legislativo da Integridade: ponderações de Ronald Myles Dworkin

Por meio da obra *O Império do Direito*, Ronald Myles Dworkin (1999) analisa e desenvolve o princípio legislativo da integridade, entendido como “aquele capaz de exigir dos legisladores a tentativa de tornar o conjunto de leis moralmente coerente”. Defende a integridade como um ideal político distinto, em que a maioria das pessoas aceita a equidade política, de sorte que “cada pessoa ou grupo da comunidade” deveria ter “um direito de controle mais ou menos igual sobre as decisões tomadas pelo Parlamento ou Congresso, ou pelo legislativo estadual” (p.216a). Todavia, não seria razoável que o Congresso adotasse as chamadas “soluções conciliatórias”, a partir da noção simplista de que as leis deveriam espelhar uma espécie de representação proporcional de cada opinião. A simplificação exagerada tende a promover certa ingenuidade que pode conduzir às distorcidas e incoerentes realidades.

Dworkin (pp.216-217) apresenta, no contexto, um exemplo que se refere ao aborto, propondo que se imagine um caso em que o Congresso decida garantir o direito ao aborto somente para mulheres nascidas em anos pares. Essa decisão traria desconfortos para todos. Todavia, por outro foco, observa-se ser plenamente aceitável uma lei que permita a circulação somente de veículos de determinadas placas, na segunda-feira. Na visão do autor, as pessoas se inclinam a rechaçar “uma decisão entre as correntes de opinião quando o que está em jogo envolve questões de princípio”, de maneira que uma decisão coletiva deve “tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade”. Ou

seja: a lei editada pelo Congresso sobre o aborto designaria uma espécie de “solução conciliatória”, na mesma linha da lei sobre o rodízio de veículos. Essa reflexão importa a não aceitação de soluções conciliatórias oriundas de decisões que envolvem questões de princípios. Isso porque todas as pessoas desejam ser ouvidas, confiantes em que as decisões levem em conta as opiniões de todos, com fundamento em um princípio coerente, que leve em consideração todas as visões e opiniões. E, sendo assim, os “limites naturais de sua autoridade” designam a legitimidade da própria comunidade de princípios, a qual apresenta argumentação mais favorável à sua legitimidade em face dos demais modelos de comunidade.

Reconhecer a integridade como um ideal político distinto - em que pese a ressalva de Dworkin de que a integridade não precisaria ser uma virtude política diferente, em um Estado utópico - implica a consequência de que, por vezes, “a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade”. Mas, fica a indagação sobre qual seria o motivo pelo qual a estratégia conciliatória deveria ser rejeitada, mesmo havendo razões de equidade para mantê-la. E a explicação reside na própria integridade a qual, segundo Dworkin (1999, pp. 215 e 223-224), se refere àquilo que ela própria condena como sendo “a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado”. A integridade, nesse sentido, é violada quando “uma comunidade estabelece e aplica direitos diferentes, cada um dos quais coerente em si mesmo, mas que, em conjunto, não podem ser defendidos como expressão de uma série coerente de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal”.

É marcante a indagação sobre se as conciliações internas teriam o condão de negar a “igualdade formal” ou, ainda, a “igualdade perante a lei”, indagação essa respondida por Dworkin ao invocar a ambiência dos Estados Unidos da América para afirmar que a integridade é, também, uma questão de Direito Constitucional, com fundamento na Décima Quarta Emenda que não permite conciliações internas acerca de princípios importantes. A Suprema Corte dos Estados Unidos, sob o fundamento da igual proteção, não autoriza uma legislação estadual a conferir direitos fundamentais para somente uma parte da população.

Portanto, em um sistema federal, a “integridade impõe exigências às decisões de ordem superior, tomadas no nível constitucional, sobre a divisão do poder entre o nível nacional e os níveis locais”. Outrossim – e, ainda, em defesa da integridade -

Dworkin afirma a necessidade de se advogar em prol do argumento segundo o qual a comunidade é entendida como um agente moral. Adotar a integridade implica a possibilidade de proteger “contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial”, bem como de conferir à comunidade “autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva” (DWORKIN 1999, pp. 225-226 e 228).

Extraí-se das lições de Dworkin (p.229) que a integridade pode corroborar a eficiência do direito, na medida em que as pessoas aceitem (ou não) serem governadas por quaisquer regras, decorrentes de princípios pressupostos por decisões, além das regras explícitas, decretadas por decisões políticas pretéritas. Nesse sentido, considera-se que a reunião das identificadas normas públicas pode estender-se ou reduzir-se, organicamente, conforme as pessoas se tornem mais ou menos sofisticadas ao reconhecimento e/ou exploração “daquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito”.

A integridade poderia, também, promover a “união da vida moral e política dos cidadãos”, conferindo às “circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as em benefício de ambas”. O princípio pede que as pessoas se tratem, reciprocamente, enquanto membros de uma comunidade regida pela integridade e observem que “todos tentam fazer o mesmo, mesmo quando divergem sobre o que, exatamente, a integridade exige em circunstâncias particulares” (DWORKIN 1999, pp. 230-231).

Em relação à resposta à concepção do Direito que justifica o exercício do poder coercitivo, por parte do Estado, e à existência de obrigações morais dos cidadãos, em face das decisões do Estado, os filósofos argumentam, investigando institutos jurídicos como o acordo tácito, os deveres de justiça e as obrigações do “jogo limpo”. Nesse contexto, Dworkin apresenta soluções no âmbito das comunidades, trazendo o “acordo tácito” como aquele oriundo da ideia de contrato social, segundo o qual “concordamos tacitamente com um contrato social desse tipo pelo simples fato de não emigrarmos ao atingirmos a maioria”, tendo o consentimento, contudo, reduzido grau de liberdade; o “dever de ser justo” como o “não estabelecer uma ligação suficientemente estreita entre obrigação política e comunidade específica, a qual pertence aqueles que têm a obrigação”, o que não fornece uma boa explicação à legitimidade política; o “jogo limpo”

como o defensor da hipótese em que uma pessoa que recebe benefícios de uma comunidade política organizada, de um lado possui deveres para com ela e, de outro lado: (a) o fato de alguém receber benefícios, não solicitados, de uma comunidade, não implica a impossibilidade de rejeitá-los, se fosse possível fazê-lo; (b) não são esclarecidas as razões pelas quais as pessoas se beneficiam dessa comunidade, fato este que pode implicar outro contexto distinto do referencial adotado. Outro argumento, ainda, se refere à consideração de que “cada pessoa recebe o benefício da organização política e não por causa dela”, implicando o não dever de aceitação do direito imposto pela comunidade política, e o poder dela de obrigá-los (DWORKIN 1999, pp.233-235).

Sugere Dworkin, também, que as obrigações políticas podem compor o rol das responsabilidades associativas, afirmando que o fato de um grande número de pessoas entender que possui obrigações associativas decorrentes do seu pertencimento aos agrupamentos pela prática social, não importa a sua escolha ou consentimento “mas, que, também, pode perder essas obrigações se um dos membros do grupo não lhe estender os benefícios decorrentes do fato de pertencer ao grupo” (1999, pp.236-237). Os componentes do grupo devem adotar atitudes “com relação as suas responsabilidades mútuas quando se pretender que essas responsabilidades sejam entendidas como verdadeiras obrigações fraternais”, ocasião em que as obrigações do grupo devem ser consideradas, concomitantemente, especiais, pessoais, decorrentes de uma responsabilidade mais geral e representativa de igual interesse por todos os componentes do grupo: “as responsabilidades que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, revelando um abrangente interesse mútuo que se ajusta à concepção plausível de igual interesse”. E a especialidade pressupõe obrigações do grupo, como atributos distintos dele, e não como deveres gerais dos seus membros, em face dos não participantes, referindo-se a pessoalidade à ideia de as responsabilidades se originarem “diretamente de um membro a outro, no lugar de percorrerem o grupo todo, num sentido coletivo” (pp. 242-243).

Afirma Dworkin que as obrigações decorrem de uma responsabilidade mais geral, na qual se encontra presente “o interesse de cada qual pelo bem-estar dos outros membros do grupo”, harmonizando-se, assim, com a exigência de uma “estrutura e hierarquia que reflete o pressuposto do grupo de ter seus papéis e regras

combinados com os interesses de todos, não sendo mais importante a vida de uma pessoa relativamente à outra”, ressalvado que as comunidades verdadeiras “podem ser injustas, ou promotoras de injustiça, produzindo conflitos” entre a integridade e a justiça. As obrigações da comunidade podem ser injustas com relação aos seus membros e os de outras comunidades; podem designar forte tradição de organização familiar na comunidade, como é o caso da preocupação de determinado filho de exigir dos pais o exercício do domínio sobre um filho e o enfraquecimento dele sobre o outro. Acresce, ainda, que a prática social pode definir como associação um grupo racial ou religioso, os quais podem exigir de seus membros a discriminação daqueles que não lhes pertencem (DWORKIN, 1999, p.245).

Relata, ainda, o autor (p.247) que a interpretação das responsabilidades associativas não deve ser dispensada, inclusive aquela realizada pela justiça, o que não afasta a possibilidade de tal prática interpretativa não excluir as injustas, observado o papel da identificação dos requisitos de uma comunidade genuína, qual seja: considerada a interpretação como uma questão de justiça, não compõem a prática as responsabilidades aparentemente injustas, sendo elas “condenadas por princípios necessários à justificativa de outras responsabilidades, também impostas pela prática”, apontando uma delas (interpretações) a compatibilidade das características injustas com o restante de sua estrutura. Assim, mesmo que as obrigações impostas sejam genuínas *prima facie*, é colocada a questão de uma injustiça grave e profunda poder anular essas obrigações, observado que a injustiça pode não se apresentar tão grave ao estar diante de práticas não totalmente extintas.

A obrigação política (e a obrigação de obediência ao direito) pode ser entendida como associativa, o que, certamente, não “ameaça os ideais mais saudáveis da comunidade nacional e as responsabilidades especiais que estes sustentam”, apesar da crítica relacionada ao nacionalismo e anotado que a legitimidade política poderia ser melhor defendida “no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes”. As “práticas políticas de uma comunidade poderiam objetivar a expressão de um dos modelos gerais de associação política”: por um deles, as comunidades tratam a sua “associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia [...]”, não sendo uma comunidade associativa genuína, já que não existe interesse de uns pelos outros, mas sim uma busca dos próprios interesses; outro modelo pressupõe “que os membros de uma

comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer regras, estabelecidas de modo específico pela comunidade”, aceitando, assim, serem governados por regras com as quais concordam, cujos conteúdos exauram as obrigações, apesar de o interesse revelado por esse modelo ser “por demais superficial e atenuado para ser universal, para ser considerado como um interesse genuíno”. O convencionalismo se amolda àqueles que promovem a própria concepção de justiça e equidade por negociações/acordos, sujeitos “à estipulação superior, geral e única”, os quais, quando concretizados, respeitam as regras formadoras dos conteúdos, até eventuais modificações, por novos acordos. Nesse sentido, “uma filosofia convencionalista, associada a modelo de comunidade, com base nas regras, assumiria acordos internos de leis conciliatórias, conforme acordos negociados, respeitadas como qualquer outro contrato”. (DWORKIN 1999, pp. 249 e 251-256)

Leciona o autor (pp. 254, 256-258 e 261-264) que o modelo de princípios “insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam [...] serem governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”. Na comunidade de princípios, quando a política é ressignificada, se transforma em “uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter a justiça, equidade e justo processo legal [...]”. Esse modelo é o único a satisfazer as condições de uma comunidade verdadeira porque “cada cidadão respeita os princípios da equidade e de justiça da organização política vigente em sua comunidade particular” (especialidade); a responsabilidade se revela como pessoal, confiando que ninguém pode ser excluído, e o “interesse expresso não é superficial, como o falso interesse encontrado no modelo de regras, mas verdadeiro e constante”; por esse modelo, o desejo da integridade pressupõe igual dignidade de todos. Referida comunidade aceita a integridade e condena a estratégia conciliatória; sendo leal à “promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de modo global, fundado em princípios”, podendo “reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, reivindicando a autoridade moral”. A integridade, pelo prisma legislativo, “restringe aquilo que os legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente, quando expandem ou alteram as normas públicas”. Ela (integridade), a equidade, a justiça e o devido processo

legal são ideais que se distinguem, considerada a não superioridade da integridade em relação aos demais ideais, de sorte que o Legislativo pode escolher aplicar a justiça e não a integridade, havendo divergência entre a integridade e a mera coerência, eis que a primeira requer a criação e publicidade das normas públicas da comunidade, as quais devem expressar um sistema de justiça e equidade coerente, proporcional e único. A instituição que aceita referido ideal pode se distanciar da linha das decisões anteriores, pretendendo ser fiel aos princípios concebidos como fundamentais ao sistema.

Nesse passo, ressalta-se que as reflexões ora desenvolvidas, e que se espelham no ideário de Dworkin, extraído da citada obra *O império do Direito*, conduzem o intérprete a valiosas considerações sobre a temática em tela, entre outras, a de que o devido processo legislativo pode ganhar um aspecto substancial e não apenas formal. Isso porque ele – o devido processo legislativo - passaria a guardar pertinência não somente com as normas constitucionais relativas ao seu procedimento (o quórum, por exemplo), mas também, acumularia a pretensão de observação da integridade, enquanto ideal político independente, de maneira a restar assegurada a legitimidade do Poder Legislativo e a consequente obrigação moral de os cidadãos observarem as leis criadas por esse Poder.

Igualmente, sob o manto da vigente da Constituição da República Federativa do Brasil, os estudos revelam que o devido processo legislativo deve permanecer bastante atento às decisões das cortes superiores (eficácia prévia), aos casos de mora legislativa e à necessidade de maior participação no controle de constitucionalidade. Importante a consideração de que a correta implementação do devido processo legislativo, embebida da integridade, é capaz de combater ou, ao menos, controlar o fenômeno da judicialização.

Os direitos dispostos no texto constitucional obrigam os três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No contexto apreciado, o Poder Legislativo é obrigado, constitucionalmente, tanto em um sentido material - uma vez que não pode editar leis, cujos conteúdos sejam contrários à Constituição da República Federativa do Brasil - quanto mandamental, uma vez que o Parlamento não pode restar inerte, em face dos direitos constitucionalmente protegidos, os quais demandam efetiva materialização. Determinante, também, a consideração da não prescindibilidade das reivindicações das minorias vulneráveis, distantes de grandes, inúmeras e incansáveis articulações, junto ao Congresso, principalmente quando o argumento central é o da

igualdade dos interesses dos componentes dos respectivos grupos vulneráveis. De fato, é imprescindível à harmonia dos Poderes constituídos que o Poder Legislativo se antecipe juridico-legislativamente, relativamente aos anseios da população, de maneira que tal antecipação seja mesmo anterior aos eventuais pleitos de direitos, promovidos pela população, junto ao Poder Judiciário. O processo democrático requer um verdadeiro debate acerca das pretensões de soluções de conflitos da população.

Assim, por exemplo, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal resolveu pelo reconhecimento do “estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os inc. XLI e XLII do art. 5º da C.F., para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT”, declarando, concomitantemente, o reconhecimento da “existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União”, conforme se extrai do texto, a seguir exposto:

[...] dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão [...].

De fato, o julgado exibido, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal reconhece que existe uma omissão normativa inconstitucional

do Poder Legislativo e, por essa razão, na hipótese apreciada, reconhece o “estado de mora inconstitucional” do Congresso Nacional relativamente à implementação da prestação legislativa que objetiva o cumprimento do mandado de incriminação, disposto nos incisos XLI e XLII, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, com a finalidade de proteger penalmente os integrantes do grupo LGBT.

Reforça-se, ainda, a importância de se considerar o devido processo legislativo como instrumento de controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade - maneira específica de controle que ocorre nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar da Casa Legislativa, local em que tramita o respectivo processo legislativo. O mandado de segurança é instrumento apto a proteger direito líquido e certo, observada a higidez do processo legislativo. Usualmente, o parlamentar legitimado formula o pedido de arquivamento do processo legislativo contaminado por inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito do mandado de segurança, varia conforme o objeto controlado, ou seja: no caso dos vícios formais de inconstitucionalidade, os projetos de leis podem ser questionados; no caso de proposta de emenda constitucional, os vícios impugnados podem ser de índole formal ou material, o que ocorre em razão de o texto constitucional do artigo 60, § 4º, dispor não ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais; não podendo haver proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétreia, conforme decretado pelo STF: “[...] O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo”²⁶⁸.

Por derradeiro, registra-se que o Poder Legislativo ganha destaque no controle preventivo de constitucionalidade por meio de

²⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança 24667/Distrito Federal**. Ementa. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 04.12.2003. DJ de 23.04.2004.

dois instrumentos: a atuação da Comissão de Constituição e Justiça, a qual, conforme texto constitucional do inciso I, § 2º, do artigo 58, tem o dever de “discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa”; e a própria votação em Plenário, uma vez que o Plenário da Casa Legislativa tem a competência de apreciar e votar projetos de lei e propostas de emendas constitucionais.

4. Notas finais

A presente pesquisa aprecia o devido processo legislativo e o fenômeno da judicialização à luz do princípio legislativo da Integridade e a partir, principalmente, das lições de Ronald Myles Dworkin extraídas da obra *O Império do Direito*, observando a possibilidade da construção de diálogos produtivos entre os poderes constituídos, objetivando perscrutar concepções da judicialização e do devido processo legislativo focadas em cenário de desatualização da clássica teoria da “separação dos poderes” do Barão de Montesquieu, e do possível impacto de valores produzidos pela Modernidade e pela Pós-modernidade.

A metodologia adotada na pesquisa utiliza abordagem qualitativa, de natureza básica, apresentando procedimento bibliográfico, documental, histórico e observacional. Ressalta o objetivo explicativo, a partir do qual procura compreender o devido processo legislativo atento à integridade e à construção de diálogos entre os Poderes constituídos. Dessa maneira, procura contribuir com a mitigação do fenômeno da judicialização e com à edificação de um Estado, cujos Poderes são regidos pelo mesmo conjunto de valores.

São trazidos à pesquisa estudos extraídos das doutrinas de: Ronald Myles Dworkin, Montesquieu, Karl Lowenstein, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Eduardo Bittar, Gilles Lipovetsky, Zygmunt Bauman, Hanna Arendt e Thomas Kuhn, entre outros, todos eles utilizados nas fundamentações e explicações de pontos relevantes enfrentados nos estudos. A doutrina de Ronald Myles Dworkin, extraída da obra *O império do Direito*, merece destaque pelo embasamento que propicia às reflexões centrais sobre o “princípio legislativo da integridade”, corroborando os debates sobre “judicialização e devido processo legislativo à luz do princípio da integridade”. São destacadas as doutrinas de Eduardo Bittar e de

Thomas Kuhn nas reflexões sobre os paradigmas e os valores da humanidade que são transferidos, preservados ou abandonados de uma geração para a outra, na contemporaneidade - Modernidade e Pós-modernidade.

As grandes e contemporâneas transformações reforçam a enorme preocupação que assola todas as dimensões dos direitos e as gerações humanas: a pretérita, a presente e, também, a futura. O hiperconsumo e o esgotamento dos recursos naturais, o desrespeito à dignidade da condição humana que não consegue ter seus direitos fundamentais concretizados, as violências enfrentadas em todas as esferas normativas - todos eles exigem os respectivos enfrentamentos pela sociedade, pelo Estado e pelo homem “per se”, a partir da adoção de condutas ativas, olhares e pensamentos amplos, abertos, recursivos, hologramáticos e dialógicos, reforçando a compreensão sobre a complexidade, a celeridade, a difusidade e a conectividade, que permeiam esse momento contemporâneo de grande transformação.

Nesse contexto, Gilles Lipovetsky (2007, p.11) afirma que a nova modernidade que nasce, coincidente com a “civilização do desejo”, foi edificada na segunda metade do século XX, designando uma enorme transformação, que não se separa do ideário do capitalismo, colocado no trajeto do apreço perene e constante da “demanda, da mercantilização e da multiplicação indefinida das necessidades: o capitalismo do consumo tomou o lugar das economias de produção”.

Zygmunt Bauman (2011, p.13) anota que o empenho para se enxergar o atual mundo, pleno de surpresas, nega, agora, aquilo que no dia anterior afirmava ser verdadeiro, ofertando “poucas garantias de que aquilo que consideramos verdadeiro ao entardecer de hoje, não será refutado amanhã, ao nascer do Sol”, sendo verdadeiramente uma batalha.

Alberto Silva Franco²⁶⁹ afirma, com base nas lições de Yuval Noah Harari, que a corrida na obtenção de dados das pessoas, já foi inaugurada, sendo liderada pelos gigantes. Assevera que, em tese, muitos deles “adotaram o modelo de negócios dos mercadores de

²⁶⁹ Alberto Silva Franco. Palestra proferida em aula inaugural do Instituto Eduardo Correia. Título: “**Direito e Tecnologia: o fim da era da privacidade**”, com base nos estudos feitos na obra de Yuval Noah Harari. “21 lições para o século 21” São Paulo: Companhia das Letras. 2018, p.107. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7koUptLVGzg> Acesso em 30/MAI/2022.

atenção”. Nesse sentido, para capturem as atenções das pessoas, os gigantes lhes fornecem, de maneira gratuita, serviços, informações, além de entretenimentos para, após, as revenderem aos anunciantes. Todavia, o verdadeiro negócio que lhes interessa, não é a venda de anúncios, mas sim, “ao captar atenção das pessoas, acumulam uma enorme quantidade de dados sobre elas. Isso vale mais do que qualquer receita de publicidade. As pessoas não são seus clientes, outrossim, são os seus produtos”.

Ao refletir (VILLAS BÔAS e VÉRAS, 2022) sobre a teoria da “separação dos poderes”, elaborada pelo Barão de Montesquieu, extrai-se que o conceito tradicional informador da importante teoria não basta, atualmente, à efetividade dos direitos perseguidos pela sociedade brasileira, fato este que pode enfraquecer a democracia nacional. Todavia, por outro lado, dessa deficiência pode prosperar uma chance de reflexão sobre a necessidade de adoção de novo e atualizado modelo de governança, que atenda aos interesses e às necessidades da nação, todos eles focados em valores e instrumentos consentâneos com o atual momento enfrentado pela sociedade brasileira, sem, contudo, desprezar o ideário do princípio da separação dos poderes. A materialização dessa teoria importa à salvaguarda e à manutenção do sistema de freios e contrapesos, distribuindo as funções estatais, e afasta a fragmentação da unidade harmoniosa do Estado. Ela outorga aos poderes autonomia para exercerem as suas funções estatais, além de não permitir a concentração dos poderes nas mãos de um único grupo, instituição ou pessoa e, também, o cometimento de abusos – na esfera dos poderes constituídos – pelos atores políticos, representantes da sociedade.

A pesquisa revela a presença de constantes conflitos entre os poderes, trazendo à baila questões relacionadas à instabilidade institucional, política, econômica, ambiental, social e jurídica, que envolvem os poderes Legislativo e Judiciário, principalmente. Reforça a desatualização da clássica teoria da “separação dos poderes” e a complexidade que é própria da Pós-modernidade, afirmando que demandam célere resposta e tomada de posição por parte dos poderes do Estado, na busca da harmonia social. A judicialização é exibida como uma contundente constitucionalização de direitos individuais e coletivos; civis e políticos; sociais e transindividuais, a ser mitigada com a utilização de instrumentos por parte do Legislativo, tais como a eficácia prévia, a participação no controle de constitucionalidade

efetuada pelo Poder Judiciário e a presteza esperada nos casos de mora legislativa.

Ressalta a necessidade de participação ativa, ética e prudente dos atores sociais, em prol da concretização de direitos e garantias constitucionais, reforçando a imprescindibilidade da utilização perene e continuada do texto da Constituição da República Federativa do Brasil, nos diálogos e cooperações entre os poderes. O texto constitucional deve orientar a regência desses diálogos, cooperações e demais práticas cotidianas, buscando a coesão, coerência, o equilíbrio e a dosagem ética dos valores guiados pelos novos e clássicos paradigmas, concretizando os projetos e os planos institucionais, que não podem abandonar a centralidade da pessoa humana, que deve continuar a ser digna na sua integridade.

Os estudos destacam a atuação do Poder Legislativo no controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade por meio do Mandado de Segurança e no controle preventivo de constitucionalidade efetivado pelo próprio Legislativo, seja por meio da Comissão de Constituição e Justiça, seja pelos debates em Plenário. Traz à baila reflexões sobre o Estado social que é explicado por Zygmunt Bauman (2011, p.146) como uma “incorporação moderna da ideia de comunidade, uma encarnação institucional do ideário de comunidade em sua moderna forma (...) uma totalidade abstrata, imaginada, tecida de dependência recíproca, compromisso e solidariedade”.

Constatam os estudos que, ao aprovar a integridade, a comunidade passa a condenar a estratégia conciliatória, tornando-se fiel à utilização do direito fundado em princípios, clamando pela autoridade de uma comunidade associativa e moral. Revela, ainda, que a integridade, a equidade, a justiça e o devido processo legal designam ideais que se diferenciam, mas não ocupam lugares privilegiados, de tal maneira que o Poder Legislativo pode selecionar o valor a ser utilizado como fundamento (justiça ou integridade); e recorda que a instituição que aceita esse ideal pode se afastar do trajeto das anteriores decisões, na busca da fidelidade aos princípios aceitos como fundamentais ao sistema.

Pois bem. A esperança de que a harmonia, a coerência, a ética e a realização de constantes diálogos se concretizem entre os poderes designa o horizonte sonhado por grande parte da atual sociedade e dos cidadãos. Espera-se do Poder Legislativo, notadamente, uma atuação proativa no tratamento das reivindicações não só das majorias, mas, também, das minorias (de maneira geral) e dos grupos vulneráveis.

Anota-se que, apesar de referidos atores não contarem com grande participação no Parlamento, a preocupação destinada à proteção dos seus direitos e garantias não pode ser inferior à preocupação dedicada aos outros cidadãos, em homenagem à democracia, à igualdade, à liberdade e à solidariedade. A concretização da democracia demanda do Legislativo atuação na materialização dos interesses e necessidades de todos - maiorias e minorias -, eis que a proteção constitucional respeita a todos, sem nenhuma distinção.

Nessa seara, o princípio da integridade requer que o devido processo legislativo seja considerado a partir de uma ótica substancial, observado que a demanda das normas deve respeitar a necessidade e a importância da adoção de sistema normativo-jurídico coerente e compatível com os valores da equidade e da justiça. Referido princípio - da integridade - possui o condão de promover melhores argumentos em prol da legitimidade do próprio Poder Legislativo. Não se trata somente de “cuidados de uns com os outros”, como se todos pertencessem a uma comunidade em razão, unicamente, de um acidente de fato - nem de se identificar com um modelo a partir do qual as obrigações se exaurem no conteúdo das regras negociadas. Trata-se, outrossim, de todos se assumirem como governados por princípios fundamentais comuns, mesmo que percebam, de maneiras distintas, as implicações de justiça, de equidade e do devido processo legal, na busca da materialização da dignidade da condição humana.

Por derradeiro, anota-se que os instrumentos e os valores que corroboram a concretude da sonhada dignidade humana passam pelas reflexões sobre o enfrentamento da judicialização, a (in)efetividade do devido processo legislativo, a aplicação (ou não) do princípio da integridade na disputa entre os Poderes constituídos, lecionando Hannah Arendt (2008, pp.4-5) que:

A esfera pública perdeu o poder de iluminação que originalmente fazia parte de sua natureza. Cada vez mais, as pessoas nos países do mundo ocidental, que, desde o declínio do mundo antigo, consideravam a liberdade política uma das liberdades básicas, fizeram uso dessa faculdade e se afastaram do mundo e de suas obrigações para com ele (...). Com essa retirada, também, ocorreu uma perda quase indemonstrável para o mundo: o que está sendo perdido é o intermediário específico e em geral insubstituível que deveria se formar entre o indivíduo e seus semelhantes.

E, finalizando, traz-se aos estudos – para serem ponderadas na temática dos Poderes e materialização de suas atividades - reflexões realizadas por Cunha e Arruda (2021, p.57) sobre “uma nova estratégia à implementação de um Direito Humano, a partir do Marco Regulatório de Saneamento Básico”. Afirmando os autores que o progresso em áreas sensíveis destinadas ao bem-estar das pessoas necessita sempre: da identificação dos problemas que serão enfrentados; de um exato e definido diagnóstico; da eleição de objetivos concretos a serem alcançados; da seleção correta dos instrumentos disponíveis, efetivos e adequados à execução das tarefas; além da imperiosa tarefa tanto da avaliação dos resultados apurados, como das novas deficiências e insuficiências produzidas pela atividade apreciada, as quais devem propiciar a elaboração de novos planos de ações.

5. Referências Bibliográficas

- ARENDDT, Hannah (2008). **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Cia. Das Letras.
- ARRUDA, Carmen S. L; CUNHA, Alexandre J.C. (Fº) (2021).. Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico: uma nova estratégia para implementação de um Direito Humano. *In*: Cunha, A.J.C. (Fº); Arruda, C.S.L.; Lima, G.C.R.; Bertocelli, R.P. (orgs.). *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil*: estudos sobre a nova Lei nº 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin.
- BITTAR, Eduardo C.B. (2008). O direito na pós-modernidade. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. 57, p. 131-152.
- BARROSO, Luís R. (2009). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará* 5(8): 1-177.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n.15, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt (1998). *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar.
- BAUMAN, Zygmunt (2011). **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar
- COSTA, José M.M.C. (2007) **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.ed. Coimbra: Almedina.
- DWORKIN, Ronald M. (1999). **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- HARARI, Yuval N. (2018). **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras.

- KUHN, Thomas (1998). **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva.
- LIPOVETSKY Gilles (2007). **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Cia. Das Letras.
- LOWENSTEIN, Karl (1979). **Teoría de la constitución**. Barcelona, México: Editorial Ariel.
- MENDES, Gilmar F. (1995). Apelo ao legislador na Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista Trimestral de Direito Público*, 10: 33 - 51.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de (1996). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes.
- VILLAS BÔAS, Regina V.; VÉRAS, Gustavo R. (2022). A desconstrução do princípio da separação dos poderes e a ascensão do ativismo judicial: a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no sistema constitucional. *Revista Argumenta - Journal Law* 36: 395-415.
- VILLAS BÔAS, Regina V.; FERNANDES, Francis T. (2015). O Direito Fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade: prática da ponderação de princípios, realizando a dignidade da condição humana. In: CLÉVE, C.M. (org.) *Direito Constitucional: direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 8), pp. 1029-1056.
-

Regina Vera Villas Bôas

Doutora em Direito das Rel. Sociais (Direito Privado) e em Direitos Difusos e Coletivos e mestre em Direito Rel. Sociais (PUC/SP). Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professora e pesquisadora (graduação e pós-graduação em Direito) da PUC/SP. Integrante do GP “Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais” (UFSE) e do PP “Diálogo de Fontes: Efetividade dos Direitos, Sustentabilidade, Vulnerabilidades e Responsabilidades (PUC/SP).

Gabrielle Valeri Soares

Mestranda em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil e Empresarial e em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Fundação Armando Álvares Penteado. Advogada.

Ivan Martins Motta

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor universitário aposentado da disciplina de Direito Penal em programas de graduação e pós-graduação. Advogado criminalista.



Instituto do
Legislativo Paulista

ILP

POLÍTICA EDITORIAL

A *Revista do ILP* é uma publicação institucional de caráter técnico-científico e cultural, de livre acesso e distribuição, cujo objetivo é contribuir para a consecução das atribuições de pesquisa e extensão do Instituto do Legislativo Paulista.

Com análise pelos pares ou revisão editorial do conteúdo submetido, divulga artigos originais e inéditos de pesquisa ou discussão teórica e revisão, nos campos da Ciência Política, Políticas Públicas, Governo, Gestão Pública e Atividade Legislativa, bem como em temas técnico-científicos de relevante interesse social contemporâneo. Publica, também, artigos convidados de especialistas colaboradores em temáticas de do Instituto do Legislativo Paulista.

O periódico recebe e analisa contribuições provenientes do amplo leque de pensamento que constitui a cultura, respeitados os princípios democráticos e disposições constitucionais da Federação e do Estado de São Paulo. Apresenta, ainda, informações relevantes acerca da produção técnico-acadêmica do ILP e de sua atuação.

Informações e normas para autores podem ser solicitadas pelo e-mail: amortega@al.sp.gov.br.