



# LEGÍSTICA OU A ARTE DE BEM FAZER LEIS

Assunção Cristas

## RESUMO

Trata da legística, ciência que estuda a concepção e a redação dos atos normativos. Aponta a um mesmo tempo regras conhecidas da boa feitura das leis e limitações que, com frequência, obrigam à descon sideração dessas regras. Enfatiza, no entanto, ser necessário conhecê-las e procurar observá-las, de maneira a enraizar uma cultura de responsabilidade e de excelên cia na elaboração das leis.

Chama a atenção para a necessidade de se privilegiarem abordagens multidisciplinares, nomeadamente aquelas relativas à econo mia e às metodologias da análise econômi ca do Direito, bem como da sociologia. Frisa a importância de uma correta avalia ção legislativa, que considera início e fim de toda a produção normativa.

## PALAVRAS-CHAVE

Legística; avaliação legislativa; avaliação – *ex ante*, *ex post*; monitoração legislativa.

## 1 INTRODUÇÃO

Longe vai o tempo em que a feitura da lei se encomendava a um acadêmico, jurista especializado na matéria em causa, que, usando do seu saber científico, da sua investigação e experiência, apresentava aos órgãos legislativos projetos de diplomas normativos que viriam a ser acolhidos como leis. Com a complexidade das relações sociais e, conseqüentemente, do próprio processo legislativo, a ciência do Direito foi ganhando interesse crescente na problemática da elaboração, da feitura das leis. Não só os juristas se sentiram chamados a escrever sobre o assunto, mas também especialistas de outras formações, *maxime* em Economia. Metodologias como a análise custo/benefício de uma medida legislativa são o campo por excelência de uma visão interdisciplinar que cruza o Direito com a Economia no palco da preparação das leis.

Hoje não é difícil, pois, encontrar uma considerável produção literária sobre o tema da legística em geral ou sobre avaliação legislativa em particular. Em Portugal existe uma obra relativamente recente – *Legística. Perspectivas sobre a concepção e a redacção de actos normativos*<sup>1</sup> –, editada pelo gabinete de política legislativa e planeamento do Ministério da Justiça, que constitui a um mesmo tempo, referência sobre a matéria e roteiro para quem tem um papel ativo na produção normativa.

## 2 LEGÍSTICA

O que é legística? Ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos. Coloquialmente, a legística é a arte de bem fazer leis, no sentido em que ela consubstancia um conjunto de normas – normas de legística – cujo objetivo é contribuir para a boa feitura das leis. A legística material visa à concepção do ato normativo – o planeamento, a necessidade, a utilidade, a efetividade e a harmonização com o restante do ordenamento – e a legística formal debruça-se sobre sua redação.

Essas normas têm proveniência bastante diversa, algumas correspondem a verdadeiras normas jurídicas vigentes nos

diferentes ordenamentos. No caso de Portugal, existem leis (num sentido lato, material) que obrigam a determinados procedimentos, seja a lei-formulário, seja o regimento do conselho de ministros. Tais diplomas contêm regras estritas sobre a elaboração dos atos normativos que são normas de legística. Mas para além dessas regras jurídicas, há um repositório de regras, fruto de reflexão dos autores, a ser definidas como regras de legística e correspondem, no fundo, a um conjunto de enunciados que visam reter aquilo que pode ser visto como boa prática a seguir na feitura da lei. O objetivo dessas regras é, pois, garantir que uma lei será bem feita, pelo que reúne as condições necessárias para se revelar uma boa lei. Se procurássemos definir, sucintamente, uma boa lei, diríamos ser aquela que cumpre os objetivos que determinaram a sua feitura, integrando-se harmoniosamente no ordenamento jurídico.

Sobre essas regras irei debruçar-me, porquanto diria serem quase universais. Seguramente, não estão dependentes de qualquer ordenamento jurídico em concreto, constituindo, outrossim, um repositório de orientações válidas sem limitações de espaço – e, porventura, também de tempo. Correspondem, muitas vezes, a quase simples asserções de bom senso. No entanto, não é demais lembrá-las, pois a maior dificuldade reside na sua aplicação.

As regras de legística desse tipo não vinculam quem tem de elaborar atos normativos. Correspondem a boas práticas, a ser seguidas, mas não obrigam. A segunda é que se trata de normas de aplicação meramente tendencial, sempre sujeita à consciência última do redator normativo, *apurar a consistência da norma na solução do problema específico com o qual se depara*<sup>2</sup>. Um terceiro ponto prende-se à consciência das restrições que sofre qualquer produção normativa. Não é possível, muitas vezes, para quem tem de fazer uma lei – seja um técnico de um órgão da administração pública, um acadêmico, ou um deputado – seguir as regras conhecidas da legística material. Há limitações de ordem diversa – temporal, política, orçamentária – que impedem a feitura

de lei de acordo com as regras conhecidas e apreendidas de legística material. Muitas vezes, quer em virtude de fatores internos (*v.g.* a exigüidade do orçamento não permite fazer um aconselhável trabalho de campo de coleta de dados estatísticos mais minuciosos), quer externos (*v.g.* a decisão política já superiormente assumida torna inútil estudo mais aprofundado com vista à procura de outras soluções), não é possível para quem faz a lei observar as melhores práticas nesta sede. No entanto, conhecido o rumo certo, mais fácil será mantê-lo e, em qualquer caso, esse conhecimento é essencial para se desenhar um processo de feitura de lei que observe as regras de legística. Embora, posteriormente, não seja possível seguir esse desenho à risca, terá valido a pena o esforço de sua concepção, porquanto constitui um exercício válido para o enraizamento de uma cultura de responsabilidade e de cuidado no preparo da legislação. A implantação dessa metodologia dará, seguramente, frutos.

## 3 UM RUMO NA DIVERSIDADE

A suspeita da necessidade de intervenção normativa nasce, normalmente, de um problema qualquer apontado por alguém e que urge resolver. Muitas vezes é a administração pública que percebe a dificuldade, outras vezes são grupos profissionais que chamam a atenção (por exemplo, juízes, advogados ou procuradores do Ministério Público, quer isoladamente, quer por meio dos seus órgãos representativos), ou a própria faculdade mediante os inúmeros eventos que organiza e que passam, freqüentemente, por uma análise da legislação vigente. Em certos casos, a pressão para a alteração de uma lei ou a produção de uma nova é marcada pela própria comunicação social.

Antes de se decidir legislar é necessário fazer uma correta análise do problema e uma definição clara dos objetivos a alcançar. Só depois dessa reflexão será possível equacionar diferentes soluções, e só então, optar pela mais correta.

Diferentes problemas podem requerer e requerem normalmente diferentes soluções, quer ao nível da decisão de legis-

lar ou não, quer ao nível do próprio desenho do processo que conduzirá à feita – ou não – da legislação. Tais decisões estão, decerto, intimamente ligadas à questão que se pretende regular e à motivação que lhe subjaz.

Por exemplo, no caso português, há muita legislação determinada por imposições comunitárias. Quando se põe, então, o problema de transpor uma diretiva ou uma decisão-quadro comunitárias ou adequar a legislação interna a um regulamento comunitário, a questão ao legislador nacional não é procurar uma solução material para resolver dado problema (isso, em princípio, já está feito nos instrumentos comunitários), mas encontrar a melhor maneira de acolher no ordenamento tal solução ou adaptá-lo a esta.

*Se procurássemos definir, sucintamente, uma boa lei, diríamos ser aquela que cumpre os objetivos que determinaram a sua feita, integrando-se harmoniosamente no ordenamento jurídico.*

Assim, o legislador nacional terá de averiguar, desde logo, se é necessário alterar a legislação para dar cumprimento às exigências dos instrumentos comunitários. Em caso afirmativo, terá de decidir como fazê-lo: mediante alteração de um diploma existente ou aprovação de leis avulsas (por exemplo, alteração do Código Penal, no caso dos instrumentos relativos à responsabilidade penal das pessoas coletivas, ou do Código Civil, no caso da chamada “diretiva do comércio eletrónico”, ou feita de leis avulsas). Ao mesmo tempo deverá decidir como fazer do ponto de vista do envolvimento de meios humanos e materiais – quem irá preparar a legislação (um órgão da administração? um especialista externo? os dois, num trabalho de equipe?) – e como planejar o trabalho no que respeita, por exemplo, a audiências públicas (são necessárias ou convenientes? fará sentido promover um ou mais colóquios envolvendo ou não as universidades, ou bastará a divulgação de um anteprojecto e a disponibilidade para recepção de sugestões?).

Exemplo oposto será o de determinado processo judicial fortemente mediado questionar a adequação da legislação existente à resolução de certos problemas e desencadear um processo para sua alteração (é o caso de certos processos que motivaram uma análise cuidadosa da legislação processual penal e uma reflexão aprofundada sobre determinados problemas, suscitando o aparecimento de anteprojetos legislativos sobre a matéria da responsabilidade dos dois últimos governos de Portugal e a criação de uma unidade de missão para o estudo dessas – e de outras – matérias pelo atual governo, que apresentou recentemente um novo anteprojecto). Neste caso, estão em aberto quer a decisão de legislar, quer as concretas soluções materiais.

Neste primeiro momento, o legislador deve ter o cuidado de fazer uma séria avaliação legislativa. Essa avaliação pode ser mais ou menos complexa e seguramente está sujeita a muitas restrições, todavia não deve ser rejeitada.

#### 4 BONS PRINCÍPIOS DA LEGÍSTICA

Independentemente do problema em causa e das possíveis soluções, que irão determinar certa atuação por parte do legislador,

há alguns princípios que podem – e devem – ser seguidos com vista à criação de uma legislação melhor. Esses princípios vão encontrar, depois, no caso específico, a necessária concretização. Parece-me particularmente feliz a sistematização feita pelo chamado “grupo *Mandelkern*”, que deu origem ao relatório *Mandelkern*<sup>3</sup>. Tratava-se de um grupo de peritos comunitários que visavam, precisamente, encontrar linhas de força para guiar a produção normativa comunitária, procurando disciplinar a União Europeia nessa sua atividade, mas também fazendo apelo a um envolvimento forte dos Estados-membros. Excluindo o princípio da subsidiariedade, que só faz sentido aplicar ao legislador comunitário, este relatório enuncia um conjunto de princípios que podem ser seguidos com proveito pelos legisladores nacionais na sua produção interna, mesmo sem origem comunitária<sup>4</sup>. São eles: necessidade, proporcionalidade, participação e transparência, responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade.

O princípio da necessidade determina que um ato normativo só deve ser adotado se for absolutamente essencial para a aplicação de uma nova política. Isso significa que, se possível, outras soluções, não-normativas, serão preferíveis.

Segundo o princípio da proporcionalidade, qualquer ato normativo deve basear-se num equilíbrio entre as vantagens que oferece e os condicionamentos que impõe. Neste campo, e em certas matérias, a análise económica do Direito, mediante a metodologia da análise custo/benefício, pode dar um contributo inestimável.

O princípio da transparência determina que todo o processo conducente à adoção de certa legislação deve poder ser de conhecimento público. A participação e a consulta a todas as partes interessadas ou envolvidas antes da fase de redação constituem a primeira exigência do princípio da transparência. Essa participação deve, ela própria, satisfazer os critérios da transparência: organizada de forma a facilitar um acesso alargado e equitativo às consultas, cujos elementos devem ser tornados públicos.

O princípio da responsabilidade diz respeito à preocupação que deve existir com a aplicabilidade dos atos normativos. As partes envolvidas devem estar aptas a identificar as autoridades de que emanam as políticas e os atos normativos a que elas se aplicam, de maneira a poderem informar das dificuldades de adoção das políticas ou dos atos normativos, com vista à sua alteração.

O princípio da inteligibilidade determina que a legislação deve ser coerente, compreensível e acessível àqueles a quem se destina. Esse princípio pode exigir um esforço particular de comunicação por parte dos poderes públicos envolvidos, por exemplo, em relação a pessoas que, devido à sua situação, encontrem dificuldades em fazer valer os seus direitos.

Por fim, o princípio da simplicidade determina que os atos normativos devem ser tão pormenorizados quanto necessário, e tão simples quanto possível. Simplificar a utilização e a compreensão de qualquer ato normativo é um requisito indispensável para que os cidadãos façam uso eficaz dos direitos que lhes são conferidos. A simplicidade é indiscutivelmente fonte importante de economia, quer para as empresas, quer para outros organismos, quer para a própria administração.

Essas idéias podem ser sistematizadas num entendimento lato do princípio da responsabilidade: a legislação existe para resolver certo problema e por isso o legislador deve ser responsável por criar legislação que o resolva. Assim, só deve legislar se tal for necessário e criar condições para que a legislação seja facilmente percebida.



tível e bem aplicada, com vista a ultrapassar a dificuldade que determinou a sua feitura. Tal preocupação deve nortear todo o processo de elaboração da lei.

## 5 AVALIAÇÃO LEGISLATIVA COMO INÍCIO E FIM

A avaliação legislativa é um elemento essencial da legística material<sup>5</sup>. Do ponto de vista funcional, a avaliação legislativa pretende encontrar elementos da prática social que permitam perceber se certo ato normativo é necessário e que efeito esperado terá ou se cumpriu os objetivos a que se propunha. Do ponto de vista metodológico, visa fundar as suas conclusões em elementos objetivos, fiáveis e controláveis.

A avaliação legislativa corresponde, assim, ao registro e cálculo de efeitos potenciais ou reais que não são simplesmente impressivos ou intuitivos, antes observam certos padrões de exigência, que passam por se basear: em declarações e juízos cujos fundamentos são acessíveis e verificáveis; num processo sistemático destinado a registrar todos os fatos relevantes e numa preocupação pelo estabelecimento objetivo de nexos causais entre a legislação e os fatos observados (ou observáveis), de maneira a afastar visões fragmentadas ou influenciadas por interesses particulares<sup>6</sup>.

Se considerarmos todas as fases que desejavelmente qualquer instrumento normativo percorre desde quando é pensado até o momento de seu pleno funcionamento<sup>7</sup>, verificaremos que a avaliação legislativa aparece com relevância em dois momentos cruciais – no início e no fim – e por isso se fala em avaliação *ex ante* ou prospectiva e avaliação *ex post* ou retrospectiva. Na verdade, não existirá um verdadeiro início e um fim, porque o movimento tende a ser circular: a avaliação retrospectiva poderá ser, a um só tempo, prospectiva, quando determina a introdução de melhoramentos na legislação em vigor<sup>8</sup>.

Se quisermos sintetizar, poderemos dizer que a avaliação retrospectiva visa a uma análise dos 3 “e”s: efetividade (ou validade), eficácia e eficiência. Ou seja, visa, respectivamente, testar os reais efeitos da legislação em relação à observância e implementação (efetividade ou validade), ao grau de realização dos objetivos (eficácia) e ao custo/benefício envolvido (eficiência).

Esse tipo de análise não objetiva – nem poderia – substituir a decisão política<sup>9</sup>. Ela é uma coadjuvante dessa decisão: quer com o

teste do que *a priori* já foi decidido politicamente, quer na oferta de dados e de alternativas de soluções ao poder político, isto é, a definição concreta dos objetivos a alcançar é algo que está fora deste tipo de processo, eminentemente teórico e, tanto quanto possível, “científico”. Os juízos técnicos não podem – nem devem – substituir, no limite, os juízos políticos. Até porque nem sempre apontam para uma única solução, oferecendo, em vez disso, um conjunto de soluções alternativas.

Na avaliação legislativa, releva-se particularmente uma área conhecida da economia como análise econômica do Direito<sup>10</sup>, embora a avaliação legislativa não se resuma à feitura de exercícios próprios da análise econômica do Direito. São disso exemplo a utilização de instrumentos como os questionários ou os inquéritos que visam colher a sensibilidade de pessoas muito próximas à matéria em causa, procurando antecipar o impacto das medidas em estudo ou verificar sua efetividade.

Se é, pois, verdade que a avaliação legislativa é mais do que feitura de exercícios conhecidos da análise econômica do Direito, também eles têm cabimento num quadro de avaliação legislativa e podem ser muito úteis. Trato de análises do tipo custo/benefício ou custo/efetividade, como seja o conhecido e já referido nas minhas intervenções anteriores<sup>11</sup>, *Regulatory Impact Assessment (RIA)*<sup>12</sup> ou as *Cost-benefit Analysis (CBA)*<sup>13</sup>. Visam testar o equilíbrio entre os custos conhecidos ou previstos da adoção de uma certa medida e os benefícios que dela se podem retirar. Visam ainda antever a efetividade que essa medida terá.

Numa ótica de avaliação contínua, *ex post*, das alterações normativas, importa atentar-se para a necessidade e conveniência de monitorar a vigência das novas leis. Trata-se de um acompanhamento que visa detectar, de maneira precoce, se a lei está sendo bem recebida, se está cumprindo os objetivos a que se propôs ou se, ao invés, não está correspondendo ao esperado. Naturalmente não será possível aos Estados (a menos que tenham muitos recursos) monitorar todas as leis. É necessário, assim, fazer uma escolha criteriosa. Certamente, as grandes reformas serão as que carecem de uma atenção mais minuciosa. Esse acompanhamento deve ser feito de modo permanente, mas não deve servir à tentação de fazer alterações fáceis à nova lei. Se é certo que interessa detectar falhas e resolver desajustes com alguma rapidez, as leis

precisam respirar, crescer, amadurecer, e intervenções excessivamente precoces ou precipitadas podem gerar mais problemas do que aqueles que visam solucionar.

Na verdade, o tempo das leis ainda é diferente do tempo das pessoas. No mundo atual, conhecido pela extrema rapidez de comunicação e por uma certa cultura do descartável, também as leis tendem a acompanhar essa tendência. A lei tende a ser algo dinâmico, em constante evolução. Convém, no entanto, não esquecer que alguma estabilidade da lei é fonte de segurança e de igualdade. Esses princípios devem, pois, nortear a preocupação do legislador na sua atuação constante de avaliação, feitura, monitoração e nova avaliação das leis que vai produzindo.

## REFERÊNCIAS

- 1 DUARTE, David; PINHEIRO, Alexandre Sousa et al. *Legística: perspectivas sobre a concepção e redação de actos normativos*. Almedina: Coimbra, 2002.
- 2 DUARTE, *op.cit.*, p. 8.
- 3 PORTUGAL. Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública. *Para uma melhor legislação: Relatório Final do Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkern)*. Lisboa: Janeiro, 2002.
- 4 *Idem*, p.10, 29 e 30.
- 5 Ou da “legisprudência”, como prefere Mader, por colocar em relevo os dois aspectos importantes do processo de feitura de boas leis: a consideração de elementos de ordem acadêmica, teórica, mas também preocupações e elementos de ordem prática. (Mader, Luzius. *Prospective evaluation and regulatory impact analysis: do they make laws better?* Lisboa, 2005, p.1-2, que atribui o termo a um texto de Luc Wittgens, de 1992).
- 6 *Idem*, p. 5.
- 7 Por exemplo, MADER, *op.cit.*, p. 5-8, distingue dez fases: análise da situação existente; determinação e clarificação dos objetivos a serem alcançados pela ação legislativa; definição do problema suposto à ação legislativa resolver; a procura de possíveis meios ou instrumentos que podem ser usados para resolver o problema; a análise de possíveis alternativas e a escolha de uma solução; a redação da legislação; a aprovação formal e a entrada em vigor da legislação, a implementação da legislação, o que pode implicar feitura de legislação secundária de desenvolvimento; a avaliação retrospectiva dos efeitos e, finalmente, se necessário ou apropriado, a adaptação da legislação.
- 8 Por isso dizia, em S. Tomé, que a avaliação legislativa é a tarefa primeira e última da produção legislativa, a avaliação *ex post* não se deverá cingir a um momento, mas deverá ser, tendencialmente, permanente. MADER, *op. cit.*, p. 8, enfatiza que o processo legislativo deve ser visto como um processo de aprendizagem reiterado (*reiterative learning process*).

- 9 Veja-se GAROUPA, Nuno. *Some reflections on ideological and moral limitations to legal evaluation*. Lisboa, 2005, em especial op. 1 e 10; MADER, *op. cit.*, p. 14; OGUS, *Regulatory Impact Analysis: The Political Dimension*. Inédito, Lisboa: 2005. p. 3.
- 10 A obra clássica, neste domínio geral, é a de POSNER, Richard. *Economic analysis of Law*. Boston, London, Toronto: Little Brown and Company, 1992. De fácil leitura, COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Reading, Menlo Park, New York: Addison-Wesley, 1997. Em português, veja-se FIEDMAN, David. Direito e Ciência Económica. *Sub Judice: Caderno Idéias*, n. 2, 1992, p. 31-38, e FRANCO, António Sousa. Análise económica do Direito: exercício intelectual ou fonte de ensinamento. *Sub Judice: Caderno Idéias*, n. 2, 1992, p. 63-70.
- 11 CRISTAS, Assunção. *Legística: Código Comercial: o problema da decisão de legislar*. Disponível em: <[http://www.legis\\_palop.org](http://www.legis_palop.org)>.
- 12 Também conhecido por *regulatory impact analysis* ou *regulatory impact appraisal*.
- 13 Instrumento que começou a ser utilizado nos Estados Unidos, nos anos 1930, para testar a bondade de projetos públicos. Veja-se OGUS, *Regulatory Impact...*, *op. cit.*, p. 3.

Artigo recebido em 20/4/06.

#### ABSTRACT

*The authoress focus on legisprudence, the science that studies the creation and writing of normative acts. She points out, at a time, well known rules of good law making as well as limitations that often lead to overlooking those rules. Nevertheless, she stresses the necessity of being aware and observant of such norms so that a culture of responsibility and excellency may be rooted in the law making activity.*

*She draws attention to the need to prioritizing multidisciplinary studies, namely those related with economics and economic law analysis methodologies, as well as sociological methodologies. She emphasizes the importance of a correct legislative evaluation, which she considers to be the beginning and the end of every legislative production.*

#### KEYWORDS

*Legisprudence; legislative evaluation; ex ante, ex post - evaluation; legislative monitoring.*

---

**Assunção Cristas** é professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e ex-diretora do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça de Portugal.