Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

QUESTÕES FUNDAMENTAIS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Gilmar Mendes
Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), Doutor em Direito pela Universidade de Münster

1. INTRODUÇÃO

A moderna doutrina constitucional ressalta que a utilização de fórmulas obscuras ou criptográficas, motivadas por razões políticas ou de outra ordem, contraria princípios básicos do próprio Estado de Direito, como os princípios da segurança jurídica, clareza e de precisão da norma jurídica[1].

O Estado de Direito busca submeter todas as relações ao regime da lei. É da essência do sistema democrático, por outro lado, que as decisões fundamentais para a vida da sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo, instituição fundamental do regime democrático representativo.

Assim, vê-se o legislador confrontado com ampla e variada demanda por novas normas. A competência legislativa implica responsabilidade e impõe ao legislador a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas. Compete a ele não só a concretização genérica da vontade constitucional. Cumpre-lhe, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O *poder de legislar* converte-se, pois, num *dever de legislar*.

A instituição de mecanismos especiais destinados ao controle judicial da omissão legislativa, tais como o mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI) e a ação direta de controle da omissão (CF, art. 103, § 2º), revela que o próprio

[1]. Cf. sobre o assunto, dentre outros, Degenhart, Christoph. *Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1987. p. 102.

sistema constitucional passou a reconhecer a existência de pretensão à edição de um ato normativo[2].

Assinale-se, por outro lado, que as exigências da vida moderna não só impõem ao legislador um *dever de agir*, mas também lhe cobram uma resposta rápida e eficaz aos problemas que se colocam (*dever de agir com a possível presteza* e *eficácia*). É exatamente a formulação apressada (e, não raras vezes, irrefletida) de atos normativos que acaba ocasionando as suas maiores deficiências: a incompletude, a incompatibilidade com a sistemática vigente, incongruência, inconstitucionalidade, etc.

Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a grandeza, mas também a problemática que marcam a atividade legislativa. A despeito dos cuidados tomados na feitura da lei (os estudos minudentes, os prognósticos realizados com base em levantamentos cuidadosos, etc.), não há como deixar de caracterizar o seu afazer como uma *experiência*. Trata-se, porém, da mais difícil das experiências, a "*experiência com o destino humano*".[3]

Essas peculiaridades do processo de elaboração legislativa foram percebidas por Victor Nunes Leal, que anotou, a propósito:

> *"Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis".*[4]

Os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. Eles estão obrigados a colher variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, pesquisa esta que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos. É certo que se faz mister realizar minuciosa investigação no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial. Imprescindível revela-se, igualmente, a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo.

Somente a realização dessa complexa pesquisa, que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares, poderá fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados.

---

[2]. Mandado de Injunção nº 107. Relator: Ministro Moreira Alves, in: *Diário da Justiça* de 29 de setembro de 1990.

[3] Jahrreiss. *Groesse und Not der Gesetzgebung*. 1953. p. 5.

[4] Cf. Hill, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg, 1982. p. 22.

1.1. FUNÇÕES DAS NORMAS JURÍDICAS

As normas jurídicas cumprem, no Estado de Direito, a nobre tarefa de *concretizar* a Constituição. Elas devem criar os fundamentos de justiça e segurança que assegurem um desenvolvimento social harmônico dentro de um contexto de paz e de liberdade.

Esses complexos objetivos da norma jurídica são expressos nas funções:

> *-- de integração: A lei cumpre uma função de integração ao compensar as diferenças jurídico-políticas no quadro da formação da vontade do Estado (desigualdades sociais, desigualdades regionais, etc.);*
>
> *-- de planificação A lei é o instrumento básico de organização, definição e distribuição de competências;*
>
> *-- de proteção: A lei cumpre uma função de proteção contra o arbítrio, ao vincular os próprios órgãos do Estado;*
>
> *-- de regulação: A lei cumpre uma função reguladora ao direcionar condutas mediante modelos;*
>
> *-- de inovação: A lei cumpre uma função de inovação na ordem jurídica e no plano social.*

1.2. O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

É certo que a lei exerce um papel deveras relevante na ordem jurídica do Estado de Direito. Assinale-se, porém, que os espaços não ocupados pelo legislador não são dominados pelo caos ou pelo arbítrio.

Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (*universalidade da atividade legislativa*), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao *princípio da necessidade*, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar.[5] É que a *presunção de liberdade*, que lastreia o Estado de Direito democrático, pressupõe um *regime legal mínimo*, que não reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis hão de ter, pois, um *fundamento objetivo*,[6] devendo mesmo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis.[7]

---

[5] Sobre o assunto, cf. Christian Pestalozza, "Gesetzgebung in Rechtsstaat, Neue Juristiche Wochenschrift, 1981, p. 2082 (2083).

[6] Id. Ibid. p. 2082 (2083).

[7] Sobre o assunto, cf. as decisões da Corte Constitucional Alemã (BVerfGE,17, 306 (313); 55, 159 (165)).

1.3. VINCULAÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A atividade legislativa há de ser exercida em conformidade com as normas constitucionais (CF, art. 1º, parágrafo único e art. 5º). Da mesma forma, o poder regulamentar (CF, art. 84,IV) deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela lei. Isso significa que a ordem jurídica não tolera contradições entre normas jurídicas ainda que situadas em planos diversos.

Nem sempre se logra observar esses limites normativos com o necessário rigor. Fatores políticos ou razões econômico-financeiras ou de outra índole acabam prevalecendo no processo legislativo, dando azo à aprovação de leis manifestamente inconstitucionais ou de regulamentos flagrantemente ilegais. Assinale-se, porém, que a aprovação da lei não garante sequer a sua aplicação, pois é muito provável -- sobretudo quando se tratar de matéria concernente a direitos individuais -- que as questões controvertidas sejam submetidas ao Judiciário.

A Constituição de 1988 ampliou as possibilidades de questionar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público. O constituinte preservou íntegro o sistema de controle incidental de normas, permitindo que qualquer Juiz ou Tribunal afaste a aplicação da lei inconstitucional no caso concreto.

A par desse amplo sistema de controle de constitucionalidade *difuso*, houve por bem o constituinte ampliar, de forma significativa, o chamado controle abstrato de normas (Ação Direta de Inconstitucionalidade), que, no modelo anteriormente consagrado, somente podia ser instaurado pelo Procurador-Geral da República. Nos termos da Constituição de 1988, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade os seguintes órgãos ou autoridades:

a) Presidente da República;

b) Mesa do Senado Federal;

c) Mesa da Câmara dos Deputados;

d) Mesa de Assembléia Legislativa;

e) Governador de Estado;

f) Procurador-Geral da República;

g) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

h) Partido político com representação no Congresso Nacional;

i) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A amplitude outorgada ao controle abstrato de normas acabou por conferir-lhe quase o significado de uma *ação popular de inconstitucionalidade*, pois permite que qualquer um do povo logre induzir um dos entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade pretendida.

Assinale-se, ainda, que, tal como a Constituição de 1967/69 (art. 119, I, "p"), a Constituição de 1988 (art. 102, I, "p") outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para conceder medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, o Tribunal poderá suspender, liminarmente, a execução do ato normativo, se considerar presentes os pressupostos relativos à plausibilidade jurídica da argüição (*fumus boni juris*) e à possibilidade de que a aplicação da lei venha acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Todo esse complexo *instrumentarium* de controle de constitucionalidade está a recomendar a todos os partícipes do processo de elaboração de leis especial cautela no exame da constitucionalidade das proposições normativas. Mesmo aqueles que se orientam por parâmetros de índole marcadamente pragmática devem estar advertidos de que, já do prisma estritamente prático, eventual ofensa à Constituição não deverá trazer qualquer utilidade, pois é muito provável que se suspenda a eficácia do dispositivo questionado antes mesmo de sua aplicação.

2. SISTEMÁTICA DA LEI

As leis destinam-se a disciplinar uma variedade imensa de situações. Daí parecer recomendável que o legislador redija as leis dentro de um espírito de sistema, tendo em vista não só a coerência e harmonia interna de suas disposições, mas também a sua adequada inserção no sistema jurídico como um todo.[8]

Essa classificação e sistematização expressam não só uma característica da cientificidade do Direito, mas correspondem também às exigências mínimas de segurança jurídica, na medida em que impedem uma ruptura arbitrária com a sistemática consagrada na aplicação do direito[9].

Costuma-se distinguir a sistemática da lei em *sistemática interna* (compatibilidade teleológica e ausência de contradição lógica) e *sistemática externa* (estrutura da lei).

[8] Cf. Leal, Victor Nunes. "Técnica Legislativa", in: *Estudos de direito público*, Rio de Janeiro, 1960. p. 7 (19).

[9] Hill, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg, 1982. p. 98.

2.1. SISTEMÁTICA INTERNA

Como mencionado, a existência de um sistema interno deve, sempre que possível, evitar a configuração de contradições lógicas, teleológicas, ou valorativas. Tem-se uma contradição lógica se, v.g., a conduta autorizada pela norma "A" é proibida pela norma "B". Verifica--se uma contradição valorativa se se identificam incongruências de conteúdo axiológico dentro do sistema. É o que resulta, v.g., da consagração de normas discriminatórias dentro de um sistema que estabelece a igualdade como princípio basilar. Constata-se uma contradição teleológica se há uma contradição entre os objetivos perseguidos por disposições diversas, de modo que a observância de um preceito importa na nulificação dos objetivos visados pela outra.[10]

2.2. SISTEMÁTICA EXTERNA

O exame da estrutura básica de uma lei talvez constitua a forma mais adequada de apreender aspectos relevantes de sua sistemática externa. Tomemos como exemplo a estrutura da Constituição de 1988:

Constituição Federal de 1988

PREÂMBULO

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais (arts. 1º a 4º)

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º)

CAPÍTULO II

Dos Direitos Sociais (arts. 6º a 11)

CAPÍTULO III

Da Nacionalidade (arts. 12 e 13)

CAPÍTULO IV

[10] Hill, Herrmann. Id.ibid. p.98. Noll, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Reimbek bei Hamburg, 1973. p. 207 s.

Dos Direitos Políticos (arts. 14 a 16)

CAPÍTULO V

Dos Partidos Políticos (art. 17)

TÍTULO III

Da Organização do Estado

CAPÍTULO I

Da Organização Político-Administrativa (arts. 18 e 19)

CAPÍTULO II

Da União (arts. 20 a 24)

CAPÍTULO III

Dos Estados Federados (arts. 25 a 28)

CAPÍTULO IV

Dos Municípios (arts. 29 a 31)

CAPÍTULO V

Do Distrito Federal e dos Territórios

SEÇÃO I

Do Distrito Federal (art. 32)

SEÇÃO II

Dos Territórios (art. 33)

CAPÍTULO VI

Da Intervenção (arts. 34 a 36)

CAPÍTULO VII

Da Administração Pública

SEÇÃO I

Disposições Gerais (arts. 37 e 38)

SEÇÃO II

Dos Servidores Públicos Civis (arts. 39 a 41)

SEÇÃO III

Dos Servidores Públicos Militares (art. 42)

SEÇÃO IV

Das Regiões (art. 43)

(...)

A sistematização das leis mais complexas observa, entre nós, o seguinte esquema básico: Livros, Títulos, Capítulos, Seções, Subseções e Artigos.

2.2.1. ARTIGO

Artigo é a unidade básica para apresentação, divisão ou agrupamento de assuntos num texto normativo. No tocante à numeração, consagrou-se a práxis de até o artigo nono (Art. 9º) adotar a numeração ordinal. A partir do de número 10, emprega-se o algarismo arábico correspondente, seguido de ponto-final (Art. 10.). Os artigos serão designados pela abreviatura "Art." sem traço antes do início do texto. Os textos dos artigos serão iniciados com letra maiúscula e encerrados com ponto-final, exceto quando tiverem incisos, caso em que serão encerrados por dois-pontos (v. Apêndice "O Padrão Imprensa Nacional").

Os artigos podem desdobrar-se, por sua vez, em *parágrafos* e *incisos*; e estes, em *alíneas*.

2.2.2. PARÁGRAFOS (§§)

Os parágrafos constituem, na técnica legislativa, a imediata divisão de um artigo, ou, como anotado por Arthur Marinho, "(...) *parágrafo* sempre foi, numa lei, disposição secundária de um artigo em que se explica ou modifica a disposição principal"[11].

O parágrafo é representado pelo sinal gráfico §.

[11] Marinho, Arthur de Sousa. Sentença de 29 de setembro de 1944, in *Revista de direito administrativo*. vol. I, p. 227 (229). Cf. também Pinheiro, Hesio Fernandes. *Técnica legislativa*. 1962. p. 100.

Também em relação ao parágrafo, consagra-se a prática da numeração ordinal até o nono (§ 9º) e cardinal a partir do parágrafo dez (§ 10). No caso de haver apenas um parágrafo, adota-se a grafia *Parágrafo único* (e não § único). Os textos dos parágrafos serão iniciados com letra maiúscula e encerrados com ponto-final.

2.2.3. INCISOS E ALÍNEAS

Os incisos são utilizados como elementos discriminativos de artigo se o assunto nele tratado não puder ser condensado no próprio artigo ou não se mostrar adequado a constituir parágrafo[12]. Os incisos são indicados por algarismos romanos e as alíneas por letras[13].

As alíneas ou letras constituem desdobramentos dos incisos e dos parágrafos. A alínea ou letra será grafada em minúsculo e seguida de parêntese: a); b); c); etc. O desdobramento das alíneas faz-se com números cardinais, seguidos de ponto (v.g. 1. ; 2. ; etc.).

Por exemplo, art. 5º da Constituição:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á habeas-data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[12] Pinheiro, Hesio Fernandes. *Técnica legislativa*, 1962. p. 104.

[13] Id. ibid. p. 104-105.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Na elaboração dos artigos devem ser observadas algumas regras básicas, tal como recomendado por Hesio Fernandes Pinheiro:[14]

a) cada artigo deve tratar de um único assunto;

b) o artigo conterá, exclusivamente, a norma geral, o princípio. As medidas complementares e as exceções deverão ser expressas em parágrafos;

c) quando o assunto requerer discriminações, o enunciado comporá o artigo, e os elementos de discriminação serão apresentados sob a forma de incisos;

d) as expressões devem ser usadas em seu sentido vulgar, salvo se se tratar de assunto técnico, quando então será preferida a nomenclatura técnica, peculiar ao setor de atividades sobre o qual se pretende legislar;

e) as frases devem ser concisas;

f) nos atos extensos, os primeiros artigos devem ser reservados à definição dos objetivos perseguidos pelo legislador e à limitação de seu campo de aplicação.

2.2.4. AGRUPAMENTO DE ARTIGOS

a) Das Seções

A Seção é o conjunto de artigos que versam sobre o mesmo tema. As seções são indicadas por algarismos romanos (v.g.: Seção I; Seção II; etc.). Eventualmente, as Seções subdividem-se em Subseções.

b) Dos Capítulos

O Capítulo é formado por um agrupamento de Seções.

c) Título

O Título engloba um conjunto de Capítulos.

d) Livro

Nas leis mais extensas -- normalmente, na legislação codificada --, os conjuntos de Títulos são reunidos em *Livros*.

[14] Id. ibid. pp. 84 s.

2.2.5.CRITÉRIOS DE SISTEMATIZAÇÃO

Embora o legislador disponha de uma margem relativamente ampla de discricionariedade para eleger os critérios de sistematização da lei, não pode subsistir dúvida de que esses critérios devem guardar adequação com a matéria regulada. Não é concebível, por exemplo, que o legislador sistematize a Parte Especial do Código Penal segundo as penas previstas.[1]

Algumas regras básicas podem ser enunciadas, a propósito:;

a) as matérias que guardem afinidade objetiva devem ser tratadas em um mesmo contexto;

b) procedimentos devem ser disciplinados segundo uma ordem cronológica;

c) a sistemática da lei deve ser concebida de modo a permitir que ela forneça resposta à questão jurídica a ser disciplinada e não a qualquer outra indagação;

d) deve-se guardar fidelidade básica com o sistema escolhido, evitando a constante mistura de critérios;

e) institutos diversos devem ser tratados separadamente.

A natureza e as peculiaridades de cada disciplina jurídica têm influência decisiva sobre o modelo de sistematização a ser adotado, como se pode depreender de alguns exemplos:

(1) Classificação segundo os bens tutelados - Parte Especial do Código Penal

Parte Especial

Título I - Dos crimes contra a pessoa

Título II - Dos crimes contra o patrimônio

Título III - Dos crimes contra a propriedade imaterial

Título IV - Dos crimes contra a organização do trabalho

Título V - Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos

Título VI - Dos crimes contra os costumes

Título VII - Dos crimes contra a família

[15] Noll, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Reimbeck bei Hamburg, 1973. p. 223.

Título VIII - Dos crimes contra a incolumidade pública

Título IX - Dos crimes contra a paz pública

Título X - Dos crimes contra a fé pública

Título XI - Dos crimes contra a administração pública

(2) Classificação segundo os institutos jurídicos e as relações jurídicas - - Código Civil

Parte Especial

(a) Livro I

Do Direito de Família

Título I

Do casamento

Título II

Dos efeitos jurídicos do casamento

Título III

Do regime dos bens entre os cônjuges

Título IV

Da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos

Título V

Das relações de parentesco

(3) Classificação segundo a ordem cronológica dos procedimentos - Código de Processo Civil

Título VIII

Capítulo I - Da petição inicial

Capítulo II - Da resposta do réu (...)

Capítulo VI - Das provas (...)

Capítulo VIII - Da sentença e da coisa julgada (...)

Título X - Dos recursos

3. REQUISITOS ESSENCIAIS QUE DEVEM SER OBSERVADOS NA FORMULAÇÃO DE DISPOSIÇÕES LEGAIS OU REGULAMENTARES

Alguns princípios constitucionais balizam a formulação das disposições legais. Do princípio do Estado de Direito e de alguns postulados dele derivados podem-se inferir alguns requisitos que devem nortear a elaboração de atos normativos.

O princípio do Estado de Direito exige que as normas jurídicas sejam dotadas de alguns atributos, tais como *precisão* ou *determinabilidade*, *clareza*, *densidade suficiente*[16] para permitir a definição das posições juridicamente protegidas e o controle de legalidade da ação administrativa.

3.1. CLAREZA E DETERMINAÇÃO DAS NORMAS

O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas sejam pautadas pela precisão e clareza, permitindo que o destinatário das disposições possa identificar a nova situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem. Devem ser evitadas, assim, as formulações obscuras, imprecisas, confusas ou contraditórias.

3.2. O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

A Constituição consagra, no art. 37, a idéia de que a administração pública está submetida, entre outros princípios, ao da legalidade, que abrange postulados de supremacia da lei e o princípio da reserva legal.

Supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido. O princípio da reserva legal exige que qualquer intervenção na esfera individual (restrições ao direito de liberdade ou ao direito de propriedade) seja autorizada por lei.

Esse princípio está sintetizado, na Constituição (art. 5º, II), pela seguinte fórmula:

> *"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".*

Os postulados do Estado de Direito, da Democracia (art. 1º) e o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, II) impõem que as *decisões normativas fundamentais* sejam tomadas diretamente pelo legislador.

Assinale-se, a propósito, que a utilização de fórmulas legais exageradamente genéricas e a outorga de competência para sua concretização a órgãos administrativos, mediante expedição de atos regulamentares

[16] Cf. sobre o assunto Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, 1986. p. 310.

(regulamentos, instruções, portarias), podem configurar ofensa ao princípio estrito da legalidade, caracterizando, ademais, ilegítima *delegação legislativa*.

A doutrina assinala, majoritariamente, que há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-se-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição. Explicitando esse entendimento, sustenta Celso Antonio Bandeira de Mello que "*inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada*". Verifica-se a inovação proibida toda vez que não seja possível "*afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação incidentes sobre alguém não estavam instituídos e identificados na lei regulamentada*".[17]

É verdade que a identificação de uma delegação legislativa indevida, em virtude da adoção de cláusulas de *conteúdo abdicatório ou demissório*, há de ser feita em cada caso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fornece, todavia, elementos para que se estabeleça uma orientação mais ou menos segura sobre o assunto.

Embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de *caráter demissório*, a doutrina dominante sempre entendeu legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os "*standards*", isto é, "*os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa*.[18] Esforçando-se por sistematizar esse entendimento, afirma Carlos Maximiliano que seriam inconstitucionais as leis cujo conteúdo se cingisse ao seguinte enunciado:

> "O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas".

Aceitam-se, porém, como legítimas fórmulas que enunciem, v.g.:

> *"Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) (...)".*[19]

Na elaboração da lei devem ser evitadas as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível caráter renunciativo. Elas representam inequívoca deserção da obrigação de deliberar politicamente e podem caracterizar afronta ao *princípio da reserva legal*.

---

[17] Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981. p. 98.

[18] "Mandado de Segurança nº 17.145". Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. in: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 50. p. 472. "Recurso Extraordinário nº 76.729". Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. in: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 71. p. 477.

[19] Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro, 1954, vol I. p. 411.

Assim, os órgãos incumbidos de elaborar projetos de lei, bem como aqueles competentes para exercer o controle de juridicidade dessas disposições, devem verificar se as proposições formuladas contêm os elementos essenciais que permitam identificar não só a sua finalidade, mas também o próprio conteúdo da decisão para o caso concreto.

3.2.1. RESERVA LEGAL *QUALIFICADA*

Além do princípio genérico da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição, exige o Texto Constitucional, de forma expressa, que algumas providências sejam precedidas de específica autorização legislativa, vinculada a determinada situação ou destinada a atingir determinado objetivo (reserva legal qualificada).

Assim, estabelece-se, no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, ser "*livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*". Da mesma forma, consagra-se no art. 5º, XXIII, que *"a propriedade atenderá a sua função social*". Eventuais restrições à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. As restrições ao direito de propriedade somente se legitimam, igualmente, se tiverem por escopo assegurar a sua função social.

3.2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE NO ÂMBITO PENAL E TRIBUTÁRIO

A Constituição consagra, no art. 5º, XXXIX, expressa exigência de previsão legal para a definição de crime e a cominação de pena, e proíbe a retroatividade da lei penal (art. 5º, XL). Exige, pois, que o crime seja previsto em lei escrita, sendo vedada a utilização de analogia em relação às normas incriminadoras, e defeso o emprego de fórmulas vagas ou indeterminadas. Como acentua Soler, "*a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitória de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida*"[20] (Cf. também infra: 3.2.4., "Densidade da Norma").

Da mesma forma, a instituição ou elevação de tributos somente pode ser levada a efeito mediante lei formal (CF, art. 150, I - *princípio da legalidade*). É vedada, ademais, a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os houver instituído ou aumentado (CF, art. 150, III, "b" - *princípio da anterioridade*). Finalmente, proíbe a Constituição a cobrança de tributos em relação a fato gerador ocorrido antes do início da vigência das leis que os houverem instituído ou aumentado (CF, art. 150, III, "a" - princípio da irretroatividade).[21]

---

[20] ap. Fragoso, Heleno. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro, 1985. p. 96.

[21] Cf. Coêlho, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1990. p. 279 s.

3.2.3. A RESERVA LEGAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. Faz-se mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam "adequadas e justificadas pelo interesse público" e atendam "ao critério de razoabilidade".[22] Em outros termos, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* dos meios empregados, a *necessidade* de sua utilização, bem como a *razoabilidade*, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.[23]

Exame da Constitucionalidade da Lei Restritiva de Direito (Quadro adaptado com base no modelo desenvolvido por Pieroth e Schlink (Grundrechte - Staatsrecht II, 1988, p. 85).

I - A conduta regulada pela lei está contemplada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental?

II - A disciplina contida na lei configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?

III - Essa intervenção justifica-se do prisma constitucional?

1. Observaram-se, na elaboração da lei, as normas básicas sobre a competência legislativa e sobre o processo legislativo?

2.

a) nos direitos individuais submetidos à restrição legal qualificada: a lei satisfaz os requisitos especiais previstos na Constituição?

b) nos direitos submetidos à restrição legal simples: a lei afeta outros direitos individuais ou valores constitucionais?

c) nos direito individuais não submetidos à restrição legal expressa: identifica-se conflito ou colisão de direitos ou entre direito e valor constitucional que possa legitimar o estabelecimento de restrição?

3. A restrição atende ao princípio da proporcionalidade?

---

[22] "Representação nº 930". Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. in: *Diário da Justiça* de 2 de setembro de 1977.

[23] Cf. sobre o assunto, Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, 1990. p. 48 s. V. também Castro, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, 1989. p. 153 s.

4. O núcleo essencial do direito fundamental foi preservado?

5. A lei é suficientemente genérica ou é aplicável apenas a determinado caso (lei casuística)?

6. A lei restritiva é suficientemente clara e determinada, permitindo que o eventual atingido identifique a situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem?

3.2.4. DENSIDADE DA NORMA

A generalidade e a abstração constituem apanágio da lei. Esses atributos concorrem para uma maior inteligibilidade da lei, facilitando a sua aplicação a uma universalidade de situações ou de pessoas. O princípio da reserva legal exige não só expressa autorização legislativa para intervenção no âmbito dos direitos individuais, mas pressupõe também que a previsão legal contenha uma disciplina suficientemente concreta (*densa*, *determinada*).[24] É essa *densidade suficiente* que, de um lado, há de definir as posições juridicamente protegidas e, de outro, pautar a ação do Estado.

A exigência relativa a uma adequada densidade da norma assume peculiar relevo no âmbito do Direito Penal, porquanto eventual incriminação vaga ou imprecisa de certos fatos poderia reduzir a segurança jurídica, nulificando a garantia que se pretende alcançar com o princípio da reserva legal.

3.2.5. A LEI E O RESPEITO AO DIREITO ADQUIRIDO, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À COISA JULGADA

A Constituição Federal de 1988 reproduz no art. 5º, XXXVI, fórmula já tradicional do Direito Constitucional brasileiro, segundo a qual "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*". Trata-se de postulado fundamental de segurança jurídica, pedra angular do Estado de Direito.

Com a consagração dessa fórmula, impõe o constituinte que o legislador não só respeite as situações jurídicas individuais consolidadas, mas que também preserve os efeitos que hão de se protrair. Da mesma forma, exige-se que lei respeite a coisa julgada, abrangida tanto a coisa julgada formal, que impede a discussão da questão decidida no mesmo processo, quanto a coisa julgada material, que obsta à discussão da questão decidida em outro processo.[25]

---

[24] Cf., sobre o assunto, Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra, 1986. p. 310.

[25] Cf. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro, 1987. tomo V, p. 101 s. Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. 1990. p. 199 s.

3.3. AS REMISSÕES LEGISLATIVAS

A remissão constitui técnica legislativa conhecida. Enquanto a remissão à norma de um mesmo texto legislativo não se afigura problemática (*remissão interna*), as remissões a outros textos legislativos (*remissão externa*) são passíveis de sofrer objeções de índole constitucional, pois podem afetar a clareza e precisão da norma jurídica.[26] Particularmente problemáticas afiguram-se as *remissões encadeadas*, isto é, a remissão a dispositivos que, por sua vez, remetem a outras proposições.

A remissão pura e simples a disposições constantes de outra lei pode preparar dificuldades adicionais, uma vez que, em caso de revogação ou alteração do texto a que se fez referência, subsistirá, quase inevitavelmente, a dúvida sobre o efetivo conteúdo da norma.[27]

Recomenda-se, por isso, que, se as remissões forem inevitáveis, sejam elas formuladas de tal modo que permitam ao intérprete apreender o seu sentido sem ter de compulsar o texto referido.

Acentue-se, ademais, que a remissão a atos secundários, como regulamentos ou portarias, pode configurar afronta aos princípios da reserva legal e da independência entre os poderes.

4. DESENVOLVIMENTO DE UMA LEI[28]

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A atividade legislativa não constitui um sistema linear e unidimensional no qual os atores procedem de forma previsível ou planejada. Ao revés, a atividade legislativa é formada por um conjunto de interesses diferenciados e relações de força no complexo campo político.[29] Embora os procedimentos atinentes à formação da lei estejam previstos de modo mais ou menos detalhado na Constituição, não subsiste dúvida de que a metodologia empregada na elaboração das leis não observa, necessariamente, um programa previamente definido. É possível, todavia, fixar planos para a

---

[26] Cf., sobre o assunto, Hill, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg, 1982. p. 115. Bielsa, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos aires, 1987. p. 223.

[27] Bielsa, Rafael. Id. ibid. p. 223.

[28] Veja sobre o assunto também o apêndice em anexo.

[29] Cf. sobre o assunto, Hill, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg, 1982. p. 53.

elaboração legislativa, como ocorre, normalmente, nos Planos de Governo, nos quais se estabelecem as diretrizes para a legislatura vindoura.

Não obstante, muitas iniciativas, no plano legislativo, são determinadas por circunstâncias ou eventos imprevistos ou imprevisíveis, que exigem uma pronta ação do legislador. Assim, a despeito de toda a boa vontade e organização, não se afigura possível planejar, de forma absolutamente satisfatória, a ação legislativa.

Deve-se concluir, pois, que a impossibilidade de um planejamento rigoroso da atividade legislativa acaba por fazer com que o desenvolvimento da lei dependa, não raras vezes, de *impulsos* isolados.

Cumpre diferençar os *impulsos* de índole jurídica daqueles de caráter marcadamente político. Os primeiros decorrem, normalmente, de uma exigência expressamente estabelecida na Constituição, isto é, de um *dever constitucional de legislar*. Alguns exemplos de inequívocos deveres impostos ao legislador podem ser mencionados:

a) CF, art. 5º, XXIX:

> *"a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País";*

b) CF, art. 5º, XXXII:

"o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor";

c) CF, art. 7º:

"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

(...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

Às vezes, pode-se derivar um dever constitucional de legislar de princípios gerais consagrados na Constituição, como os postulados da Democracia, do Estado de Direito e Social e da dignidade da pessoa humana. Outras vezes esse dever torna-se manifesto em virtude de uma decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos processos de mandado de injunção ou na ação direta de controle da omissão (CF, artigos 5º, LXXI, e 103, § 2º).

A decisão política de deflagrar o processo legislativo decorre, muitas vezes, de iniciativas de órgãos da sociedade civil, tais como:

-- as resoluções aprovadas nas convenções partidárias;

-- as propostas formuladas por associações, órgãos de classe, sindicatos, igrejas, etc.

-- a discussão nos órgãos de opinião pública.

4.2. O PROCESSO LEGISLATIVO INTERNO

Além do processo legislativo disciplinado na Constituição (processo legislativo "externo"), identifica a doutrina o chamado processo legislativo "*interno*", que se refere ao *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa

Não se pode negar que, a despeito de sua relativa informalidade, o processo legislativo "interno" traduz um esforço de racionalização dos procedimentos de decisão, que configura uma exigência do próprio Estado de Direito. A doutrina esforça-se por identificar o roteiro básico observado na definição de uma decisão legislativa.

4.2.1. IDENTIFICAÇÃO E DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

Antes de decidir sobre as providências a serem empreendidas, cumpre identificar o problema a ser enfrentado. Realizada a identificação do problema, em virtude de impulsos externos (manifestações de órgãos de opinião pública, críticas de segmentos especializados) ou graças à atuação dos mecanismos próprios de controle, cumpre delimitá-lo, de forma precisa. A reunião de informações exatas sobre uma situação considerada inaceitável ou problemática é imprescindível tanto para evitar a *construção* de *falsos problemas*,[30] quanto para afastar o perigo de uma avaliação errônea (superestimação ou subestimação).

[30] Hill, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg, 1982. p. 62 s.

4.2.2. ANÁLISE DA SITUAÇÃO QUESTIONADA E DE SUAS CAUSAS

A complexidade do processo de elaboração de lei e as sérias conseqüências que podem advir do ato legislativo exigem que a instauração do processo de elaboração legislativa seja precedido de rigorosa análise dos *fatos relevantes* (apontar as distorções existentes, suas eventuais causas), do exame de todo o complexo normativo em questão (análise de julgados, pareceres, críticas doutrinárias, etc.), bem como de acurado levantamento de dados sobre a questão (audiência de entidades representativas e dos atingidos ou afetados pelo problema, etc.).[31]

A análise da situação questionada deve contemplar as causas ou complexo de causas que eventualmente determinaram ou contribuíram para o seu desenvolvimento. Essas causas podem originar--se de influências diversas, tais como condutas humanas, desenvolvimentos sociais ou econômicos, influências da política nacional ou internacional, conseqüências de novos problemas técnicos, efeitos de leis antigas, mudanças de concepção, etc.[32]

4.2.3. DEFINIÇÃO DOS OBJETIVOS PRETENDIDOS

Para verificar a adequação dos meios a serem utilizados deve-se proceder a uma análise dos objetivos que devem ser atingidos com a aprovação da proposta. A ação do legislador, nesse âmbito, não difere, fundamentalmente, da atuação do homem comum, caracterizando-se mais por saber exatamente o que não quer, sem precisar o que efetivamente pretende.[33]

A avaliação emocional dos problemas, a crítica generalizada e, às vezes, irrefletida sobre o estado de coisas dominante acabam por permitir que predominem as *soluções negativistas*, que têm, fundamentalmente, por escopo suprimir a situação questionada sem contemplar, de forma detida e racional, outras possíveis alternativas ou as causas determinantes desse estado de coisas negativo. Outras vezes deixa-se orientar por sentimento inverso, buscando, pura e simplesmente, a preservação do *status quo*.

Essas duas posições podem levar, nos seus extremos, a uma imprecisa definição dos objetivos a serem alcançados. A definição da decisão legislativa deve ser precedida de uma rigorosa avaliação das alternativas existentes, seus prós e contras. A existência de alternativas diversas para a solução do problema não só amplia a liberdade do legislador, como também permite a melhoria da qualidade da decisão legislativa.[34]

---

[31] Noll, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Reimbeck bei Hamburg, 1971. p. 83.

[32] Hill, Hermann. Id. ibid. p. 69.

[33] Noll, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Reimbeck bei Hamburg, 1971. p. 83.

[34] Noll, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Reimbeck bei Hamburg, 1971. p. 107.

4.2.4. CRÍTICA DAS PROPOSTAS

Antes de decidir sobre a alternativa a ser positivada, devem--se avaliar e contrapor as alternativas existentes sob dois pontos de vista:

a) de uma perspectiva puramente objetiva, cumpre verificar se a análise sobre os dados fáticos e prognósticos se mostra consistente;

b) de uma perspectiva axiológica, impõe-se aferir, com a utilização de critérios de probabilidade (prognósticos), se os meios a serem empregados se mostram adequados a produzir as conseqüências desejadas. Devem-se contemplar, igualmente, as suas deficiências e eventuais efeitos colaterais negativos.[35]

A crítica das proposições formuladas deve indagar se as medidas a implementar são compatíveis com o *princípio da proporcionalidade*, que exige que a intervenção no âmbito do direito individual seja não só *indispensável*, mas também *adequada* e *razoável*.[36] É exatamente a observância do princípio da proporcionalidade que recomenda que, no conjunto de alternativas existentes, seja eleita aquela que, embora tenha a mesma efetividade, afete de forma menos intensa a situação individual.

Na avaliação das alternativas, não se devem perder de vista aspectos relevantes relativos à aplicação e à execução da lei (análises das repercussões econômico-financeiras; exame da relação custo-benefício; testes e experimentos relacionados com as possíveis conseqüências que poderão advir da aplicação do novo modelo legal; etc.).

Na comparação das alternativas, deve-se dar preferência àquelas que se mostrem compatíveis com todo o sistema jurídico (*harmonia com o sistema jurídico*).[37]

Finalmente, compete avaliar o grau de aceitabilidade pelos cidadãos das medidas propostas e de sua factibilidade ou exeqüibilidade. Tanto a possibilidade de resistência séria contra a aplicação de determinada norma por parte dos eventuais atingidos, quanto a probabilidade de que ela venha a ser objeto de impugnações judiciais fundadas, hão de ser levadas em conta na formulação das proposições normativas.

---

[35] Peter Noll, ob. cit. p. 120. Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg, 1982, p. 74.

[36] Sobre o assunto v. "3.2.3.A Reserva Legal e o Pricípio da Proporcionalidade".

[37] Hill, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg, 1982. p. 77.

4.2.5. CONTROLE DE RESULTADOS

A metodologia empregada para obtenção da decisão legislativa estaria incompleta se entendêssemos que a tarefa do legislador se encerra com a edição do ato normativo. Uma planificação mais rigorosa do processo de elaboração legislativa exige um cuidadoso controle das diversas conseqüências produzidas pelo novo ato normativo.

Mencionem-se algumas formas de controle *a posteriori* dos resultados da lei:

a) afirma-se, ordinariamente, que o legislador está submetido não só ao dever de legislar, mas também a um *dever geral de aferição e de adequação* dos atos legislativos já em vigor. Esse dever de adequação manifesta-se, especialmente, naquelas decisões legislativas tomadas com base em prognósticos ou em juízos de probabilidade, tal como ocorre com os Planos Econômicos e com as leis que disciplinam realidades técnico-científicas;[38]

b) outra forma convencional de controle são os chamados "*relatórios de experiências*", elaborados com a finalidade de avaliar e sistematizar os resultados e experiências colhidos com a aplicação da lei. No tocante à execução orçamentária, houve por bem o próprio constituinte estabelecer exigência de elaboração e publicação de relatório circunstanciado (CF, art. 165, § 3º). A elaboração desses relatórios pode ser prevista, igualmente, em lei ou ser requerida por iniciativa parlamentar (CF, art. 58, III);

c) a análise das decisões judiciais, proferidas no âmbito do controle judicial da constitucionalidade das leis e da legitimidade dos atos administrativos, permite, igualmente, aferir os resultados obtidos na aplicação e execução da lei;

d) outras modalidades de controle devem ser contempladas, tais como as críticas científicas, as manifestações dos cidadãos, através de órgãos de representação ou isoladamente, críticas de órgãos de imprensa, etc.

A falta de um efetivo controle de resultados pode ensejar a configuração de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o legislador está obrigado a proceder a permanente atualização e adequação das normas.

4.3. QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALISADAS NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO;

Devem ser examinadas sobretudo as seguintes questões:

1. Deve ser tomada alguma providência?

2. Quais as alternativas disponíveis?

[38] Hill, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg, 1982. p. 80.

3. Deve a União tomar alguma providência? Dispõe ela de competência constitucional ou legal para fazê-lo?

4. Deve ser proposta uma lei?

5. Deve ser tomada alguma providência neste momento?

6. A densidade que se pretende conferir ao ato normativo é a apropriada?

7. Deve a lei ter prazo de vigência limitado?

8. O ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e é inteligível para todos?

9. O ato normativo é exeqüível?

10. Existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios?

Na análise de cada uma das questões que compõem o referido decálogo deve ser observado o seguinte roteiro:

1. Deve ser tomada alguma providência?

1.1. Qual o objetivo pretendido?

1.2. Quais as razões que determinaram a iniciativa?

1.3. Neste momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico?

1.4. Que falhas ou distorções foram identificadas?

1.5. Que repercussões tem o problema que se apresenta no âmbito da economia, ciência, técnica e jurisprudência?

1.6. Qual é o número de atingidos pelo problema, e qual o número de casos a resolver?

1.7. O que poderá acontecer se nada for feito? (e.g. O problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que conseqüências?)

2. Quais as alternativas disponíveis?

2.1. Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende?

2.2. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (e.g. Medidas

destinadas à aplicação e execução de dispositivos já existentes; trabalhos junto à opinião pública; amplo entendimento; acordos; investimentos; programas de incentivo; auxílio para que os próprios atingidos pelo problema envidem esforços que contribuam para sua resolução; instauração de processo judicial com vistas à resolução do problema).

2.3. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados considerando-se os seguintes aspectos:

a) desgaste e encargos para os cidadãos e a economia;

b) eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido);

c) custos e despesas para o orçamento público;

d) efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas;

e) efeitos colaterais e outras conseqüências;

f) entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução;

g) possibilidade de impugnação no Judiciário.

3. Deve a União tomar alguma providência? Dispõe ela de competência constitucional ou legal para fazê-lo?

3.1. Poderia a ação ser empreendida pelos Estados ou Municípios com os recursos de que dispõem?

3.2. Por que a União deve agir? Qual o fundamento constitucional para a iniciativa?

3.3. Em que medida deve a competência da União ser esgotada?

4. Deve ser proposta uma lei?

4.1. A matéria a ser regulada está submetida ao princípio da reserva legal?

4.2. Por que deve a matéria ser regulada pelo Congresso Nacional?

4.3. Se não for o caso de se propor uma lei: deve a matéria ser disciplinada por um regulamento? Por que não seriam suficientes simples portarias?

4.4 Existe fundamento legal suficiente para a edição de ato normativo secundário? Qual?

5. Deve ser tomada alguma providência neste momento?

5.1. Quais as situações-problema e os outros contextos correlatos que devem ainda ser considerados e pesquisados? Por que, então, deve ser tomada alguma providência neste momento?

5.2. Por que não podem ser aguardadas outras alterações necessárias, que se possam prever, para que sejam contempladas em um mesmo ato normativo?

6. A *densidade* que se pretende conferir ao ato normativo é a apropriada?

6.1. O projeto de ato normativo está isento de disposições programáticas?

6.2. Pode a densidade da norma (a diferenciação e o detalhamento) ser limitada por fórmulas genéricas (tipificação e utilização de conceitos amplos e de cláusulas gerais ou atribuição de competência discricionária)?

6.3. Podem os detalhes ou eventuais alterações ser confiados ao poder regulamentador do Estado ou da União?

6.4. Não teria a matéria já sido regulada em outras disposições de hierarquia superior (regras redundantes que poderiam ser evitadas)? Por exemplo, em:

-- tratado devidamente aprovado pelo Congresso Nacional;

-- lei federal (em relação a regulamento);

-- regulamento (em relação a portaria).

6.5. Quais as regras já existentes que serão afetadas pela disposição pretendida? São essas regras dispensáveis?

7. Deve a lei ter prazo de vigência limitado?

7.1. É a lei necessária apenas por período limitado?

7.2. Não seria o caso de editar-se uma *lei temporária*, submetida a um período probatório?

8. O ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e é inteligível para todos?

8.1. O novo ato normativo será entendido e aceito pelos cidadãos?

8.2. As limitações à liberdade individual e demais restrições impostas são indispensáveis? Por exemplo:

-- proibições, necessidade de autorizações;

-- comparecimento obrigatório perante autoridade;

-- indispensabilidade de requerimento;

-- dever de prestar informações;

-- imposição de multas e penas;

-- outras sanções.

Podem as medidas restritivas ser substituídas por outras?

8.3. Em que medida os requisitos necessários à formulação de pedidos perante autoridades poderia ser reduzido a um mínimo aceitável?

8.4. Podem os atingidos pela regra entender o vocabulário utilizado, a organização e a extensão das frases e das disposições, a sistemática, a lógica e a abstração?

9. O ato normativo é exeqüível?

9.1. Por que não se renuncia a um novo sistema de controle por parte da administração?

9.2. As disposições podem ser aplicadas diretamente?

9.3. Podem as disposições administrativas que estabelecem normas de conduta ou proíbem determinadas práticas ser aplicadas com os meios existentes?

9.4. É necessário incluir disposições sobre proteção jurídica? Por que as disposições gerais não são suficientes?

9.5. Por que não podem ser dispensadas:

a) as regras sobre competência e organização?

b) a criação de novos órgãos e comissões consultivas?

c) a intervenção da autoridade?

d) exigências relativas à elaboração de relatórios?

e) outras exigências burocráticas?

9.6. Quais os órgãos ou instituições que devem assumir a responsabilidade pela execução das medidas?

9.7. Com que conflitos de interesse pode-se prever que o executor das medidas ver-se-á confrontado?

9.8. Dispõe o executor das medidas da necessária discricionariedade?

9.9. Qual é a opinião das autoridades incumbidas de executar as medidas quanto à clareza dos objetivos pretendidos e à possibilidade de sua execução?

9.10. A regra pretendida foi submetida a testes sobre a possibilidade de sua execução com a participação das autoridades encarregadas de aplicá-la? Por que não? A que conclusão se chegou?

10. Existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios?

10.1. Qual o ônus a ser imposto aos atingidos pela norma? (Calcular ou, ao menos, avaliar a dimensão desses custos.)

10.2. Podem os atingidos pela norma, em particular as pequenas e médias empresas, suportar esses custos adicionais?

10.3. As medidas pretendidas impõem despesas adicionais ao orçamento da União, dos Estados e dos Municípios? Quais as possibilidades existentes para enfrentarem esses custos adicionais?

10.4. Procedeu-se a uma análise da relação custo-benefício? A que conclusão se chegou?

10.5. De que forma serão avaliados a eficácia, o desgaste e eventuais efeitos colaterais do novo ato normativo após sua entrada em vigor?

(O questionário baseou-se em Resolução de 11 de dezembro de 1984 do Governo da República Federal da Alemanha, destinada a controlar e racionalizar a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo.)

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA, República Federal da. *Bundesverfassungsgericht-entscheidungen* (BVerfGE) -- *Decisões da Corte Constitucional Alemã* . vol. 17, p. 306-313; vol. 55, p. 159-165.

ATALIBA, Geraldo. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 1990.

BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, vol. I.

BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*. 3. ed. Buenos Aires, Depalma, 1987.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. (aprovado pela Resolução nº 17 de 1989*).*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "MI 107". Relator: Ministro Moreira Alves. in: *Diário da Justiça*. Brasília, 29 de setembro de 1990.

-----. "Mandado de Segurança nº 17.145". Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. in: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 50, p. 472.

-----. "Recurso Extraordinário nº 43.995". Relator: Ministro Vilas Boas. in: *Revista Forense*, nº 195, 1961. p. 155.

-----. "Recurso Extraordinário nº 76.629". Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. in: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 71. p. 477.

-----. "Representação nº 432". Relator: Ministro Ari Franco. in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 70. p. 308 s.

-----. "Representação nº 890". Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. in: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 69. p. 625 s.

-----. "Representação nº 930". Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. in: *Diário da Justiça*, 2 de setembro de 1977.

-----. "Representação nº 1385". Relator: Ministro Moreira Alves. in: *Diário da Justiça*, 20 de setembro de 1987, p. 20411.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. "Apelação Cível nº 20.012". Relator: Ministro Sampaio Costa. in: *Revista de Direito Administrativo*. nº 24, 1951.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra, Almedina, 1986.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezione di Diritto Constituzionale*. Itália, Casa Editrice Doit, 1984, vol. II.

DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht*. 3 ed. Heidelberg, C. F. Müller, 1987.

ESPÍNOLA, Eduardo e Eduardo Espínola Filho. *A Introdução ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, vol. III.

ESPOSITO, Carlo. "Decreto-Legge". in: *Enciclopedia del Diritto*. Varese, Giuffré, 1962, vol. XI.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. Saraiva, São Paulo, 1989.

FERREIRA, Luiz Pinto. "Técnica Legislativa como a Arte de Redigir Leis". in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 89, 1986. p. 169.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985.

HILL, Hermann. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982.

JAHRREISS, Hermann. *Groesse und Not der Gesetzgebung*, 1953.

LACERDA, Paulo de. *Da lei em geral, sua retroatividade, revogação e interpretação. Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, vol. I.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, vol I.

MARINHO, Arthur de Sousa. "Sentença de 29 de setembro de 1944". in: *Revista de Direito Administrativo* I, p. 227-229.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969, vol. I.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990.

-----. "Aplicabilidade da Lei Complementar". in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 92, 1989. p. 125 s.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro, Guanabara, 1987, vol. V.

NAVARRO, Sacha Calmon. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990.

NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Munique, Reimbeck bei Hamburg, 1971.

PESTALOZZA, Christian. "Gesetzgebung im Rechtsstaat". in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981.

PINHEIRO, Hesio Fernandes. *Técnica legislativa*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo, Resenha Universitária, 1976, vol. I, Tomo II.

SILVA, Carlos Medeiros da. "Funcionário Público/Concurso". in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 34, 1953. p. 409.

SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1888**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo

12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.